

**Las implicaciones de la ley
de garantías mobiliarias
para el sector fiduciario y
para los acreedores
garantizados**

Luis Fernando López Roca

- 1. El contrato de Fiducia en Garantía como Garantía Mobiliaria**
- 2. Los registros como (i) mutación de la propiedad y (ii) oponibilidad**
- 3. ¿Aún se precisa del Registro Mercantil en la fiducia en garantía?**
- 4. La fiducia en garantía que no dice serlo**
- 5. Las fuentes de pago y las garantías**
- 6. Conclusiones**

**Contrato de fiducia en garantía Ley 1676
de 2013**

**¿Es el contrato de fiducia
en garantía una garantía
mobiliaria?**

2017

Contrato de fiducia en garantía Ley 1676 de 2013

“Art. 3° Par. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006”.

El contrato de fiducia en garantía no está sujeto a la Ley 1676 pero estará sujeto a lo dispuesto para éstas en lo atinente a:

- 1. Registro**
- 2. Oponibilidad**
- 3. Restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario**

La fiducia en garantía no es una Garantía Mobiliaria

- 1. La ley la excluye expresamente**
- 2. Lo hace pues la fiducia tiene un “medio privado y eficiente” de ejecución**
- 3. Su subyacente pueden ser bienes muebles e inmuebles**
- 4. No es suficiente con que sea un Contrato**

¿Cuál es el propósito del registro?

- **Hay dos clases de registro**
- **Mutación de la propiedad**
- **(ej Aeronaves, automotores, bienes inmuebles)**
- **Oponibilidad**
- **(ej Registro Mercantil, RGM)**

¿Cuál es el registro que debe ser llevado a cabo para que un contrato de fiducia en garantía sea oponible? ¿Registro de garantías mobiliarias o Registro Mercantil? ¿ambos?

¿Cuál registro debe ser llevado a cabo para que los bienes que han sido fideicomitidos sean excluidos de la masa de liquidación? ¿Registro de garantías mobiliarias o Registro Mercantil? ¿ambos?

Antecedentes de la ley de garantías mobiliarias - Lo dispuesto en la ley 1116 de 2006 en torno a la oponibilidad

Art. 123 los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que consten en documento privado deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

Reglamentación

Decreto 2785 de 2008

Artículo 1°. Los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía celebrados (...) deberán inscribirse por el fideicomitente en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

Parágrafo 1°. Los contratos de fiducia mercantil a que hace referencia el presente artículo, que no sean inscritos en el registro mercantil, serán inoponibles ante terceros.

Subrogado por el artículo 21 de la ley 1676 de 2013?

Antecedentes de la ley de garantías mobiliarias - Lo dispuesto en la ley 1116 de 2006 en torno a la exclusión de los bienes fideicomitidos

Art. 55 Par. El Gobierno Nacional reglamentará los casos en los cuales los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia.

Reglamentación

Decreto 1038 de 2009

Artículo 12. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil (...)

Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el vocero del patrimonio autónomo con fines de garantía y el liquidador, cuando los bienes fideicomitidos hagan parte de la unidad de explotación económica del fideicomitente y esta pueda venderse en los términos del párrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006.

Subrogado por el párrafo del artículo 3° de la ley 1676 de 2013?

Registro y oponibilidad del contrato de fiducia Ley 1676 de 2013

Artículo 21. Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley.

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil.

Registro y oponibilidad del contrato de fiducia Ley 1676 de 2013

El artículo 21 de la Ley 1676 subrogó el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009 y el 1 del 2785 de 2008

La hipótesis de ambas normas era la misma: Oponibilidad

Son hipótesis contrarias e incompatibles

El artículo 21 exceptúa el Registro Mercantil para la Oponibilidad

La Oponibilidad en GM solo la da el RGM

Como la Fiducia en Garantía se rige por Ley 1676 su oponibilidad no tiene que ver con Registro Mercantil

¿Cuál es la manera en la que debe registrarse un contrato de fiducia en garantía cuándo éste versa sobre bienes excluidos de la ley de garantías mobiliarias?

2017

Registro y oponibilidad del contrato de fiducia Ley 1676 de 2013

El artículo 55 de la Ley 1116 refería al Registro Mercantil de la época

El Registro Mercantil dejó de operar para la Fiducia en Garantía

No hay forma distinta a entender que la exclusión es un efecto del RGM

Hecho el registro de la fiducia en garantía en RGM, se produce la exclusión del artículo 55

Contrato de fiducia en garantía Ley 1676 de 2013

“Art. 3° Par. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006”.

¿Cuál es el elemento fundante de la fiducia en garantía?

¿Cuál es la manera en la que se debe registrar un contrato de fiducia cuando el mismo tiene más de un propósito y entre aquellos se encuentra el de garantía?

La función de garantía – procesos de liquidación

Núm.. 7 Artículo 50 Ley 1116 de 2006

La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Superintendencia de Sociedades:

“la apertura del proceso liquidatorio implica por mandato legal, la terminación y finalización de los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, con las consecuencias jurídicas que ello comporta, cual es que los bienes objeto de los mismos deben ser restituidos al patrimonio a liquidar, inclusive los dineros que constituyan la fuente de pago de tales contratos, y los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados, como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos”

La función de garantía – procesos de liquidación

Superintendencia de Sociedades (Oficio 220-068603 Del 11 de Junio de 2013)

El Decreto 1038 de 2009, reglamentó el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, en los siguientes términos:

“Exclusión de la masa de la liquidación de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley (...)” . (Se Subraya).

De la norma en mención, se colige que el legislador estableció una excepción a la restitución de los bienes fideicomitidos, cual es la exclusión de la masa liquidatorio de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil para obtener financiación el deudor, siempre y cuando se den las condiciones allí previstas”

La función de garantía – procesos de liquidación

1. Los elementos esenciales del contrato
2. El principio de esencia sobre forma
3. Los contratos no son como se llaman
4. La formalidad en la ley es la excepción
5. No hay exigencia legal de llamar a un contrato “Fiducia en Garantía”
6. Lo importante es que de su esencia y su naturaleza surja que son celebrados para garantizar que el deudor acceda a financiación

¿Es posible que una estructura de fuentes de pago funja como garantía?

- **La subsidiariedad**
- **Las seguridades**
- **La función de garantía**
- **La enervación del incumplimiento**

¿Es posible que una estructura de fuentes de pago funja como garantía?

- **La fuente de pago cumple función de garantía?**
- **El principio de virtualidad de los actos jurídicos y el artículo 65 del C.C.**
- **Es un formalismo extremo decir que una fuente de pago no puede ser garantía**
- **Si se instrumenta por conducto de una fiducia en garantía cumple como Garantía Admisible e Idónea**

Conclusiones

- **El contrato de fiducia en garantía no es una garantía mobiliaria, pero tendrá regulación homologa en lo que respecta a su inscripción, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario.**
- **A partir de la vigencia de la ley 1676 de 2013, el registro de garantías mobiliarias otorga los efectos que anteriormente cumplía el registro mercantil, en punto de la oponibilidad del contrato de fiducia en garantía y la exclusión de los bienes fideicomitidos.**

Conclusiones

- **La oponibilidad del contrato de fiducia en garantía y la exclusión de la que trata el artículo 55 de la ley 1116 2006 se surtirán con la inscripción en el registro de garantías mobiliarias, con independencia de la naturaleza de los bienes fideicomitidos.**
- **El elemento fundante de la fiducia en garantía es su función, con independencia de la denominación que se le otorgue.**
- **Un esquema de fuentes de pago puede servir como garantía del cumplimiento de una obligación.**

Gracias.

Lopez_Montealegre_Abogados

2017