



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

OFICIO 220-116294 DEL 15 DE JULIO DE 2020

ASUNTO: LA FIDUCIA EN GARANTÍA ES UNA GARANTÍA MOBILIARIA.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta relativa a si la fiducia en garantía puede ser considerada una garantía mobiliaria, y si les son aplicables las reglas de ejecución de estas.

Al respecto se advierte que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

No obstante, lo expresado, se resolverán de manera general las dudas formuladas en el mismo orden en que fueron planteadas:

1. “¿Es la fiducia en garantía una garantía mobiliaria?”

El artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, dispone lo siguiente:

“Artículo 3o. Concepto de garantía mobiliaria y ámbito de aplicación. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley. (Énfasis fuera de texto)

(...) **Parágrafo.** 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. (Énfasis fuera de texto)

(...)

Ahora bien, frente a la definición de garantía mobiliaria se pronunció este Despacho mediante Oficio No. 220-197611 del 19 de octubre de 2016:

“La Ley 1676 de 2013 va un poco más allá: para ella no importa la denominación que las partes hayan dado al contrato, ni tampoco su intención subjetiva; lo que el juez y el intérprete deben consultar es el efecto que produce el negocio en las relaciones entre acreedor y deudor, y si a través del negocio se busca asegurar el cumplimiento de la prestación debida, que es en últimas la finalidad de las garantías a la luz del artículo 65 del Código Civil.

Así, actos que tradicionalmente versaban sobre el derecho de dominio, como los pactos de retroventa y reserva de dominio de la compraventa, la Ley de Garantías Mobiliarias los considera como auténticos actos de garantía, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de existencia y oponibilidad que están previstos en la ley, como la necesidad de que el contrato conste por escrito (artículo 14 de la Ley 1676 de 2013) y la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias, la entrega de la tenencia del bien dado en garantía, o la constitución del control a favor del acreedor garantizado (artículo 21 ibídem).



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

En consecuencia, si la *fiducia cumple funciones de garantía, resulta irrelevante que las partes hayan denominado el contrato como “de administración y fuente de pagos”, se tendrá como garantía mobiliaria para los efectos de la Ley 1676 de 2013 y se aplicará el régimen de ejecución y ejercicio de los derechos del acreedor garantizado en los procesos concursales.* (Énfasis fuera de texto)

Conforme a lo expuesto, y teniendo en cuenta que la finalidad del contrato de fiducia en garantía, es avalar **el cumplimiento de obligaciones contraídas con terceros, esto implica que efectivamente sea una garantía mobiliaria.**

2. Si lo es, ¿le son aplicables las reglas de ejecución de garantías mobiliarias previstas en la ley 1676 de 2013 y el decreto 1835 de 2015?”

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, a la fiducia mercantil se le aplicará las reglas referentes a la oponibilidad, la restitución de tenencia, así como los mecanismos de pago establecidos en el respectivo contrato de conformidad con lo previsto por el artículo 2.2.2.4.2.3 del Decreto 1835 de 2015, el cual dispone:

“Artículo 2.2.2.4.2.3. Mecanismo de ejecución por pago directo. Cuando el acreedor garantizado, en el evento del incumplimiento de la obligación garantizada ejerza el mecanismo de ejecución por pago directo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, deberá:

(...) *Parágrafo 3º. A los *negocios fiduciarios con fines de garantía, ya sea que se trate de negocios propiamente en garantía o de negocios de fuente de pago, se le aplicarán los mecanismos de pago establecidos en el respectivo contrato.** (Énfasis fuera de texto).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el contrato de fiducia en garantía es un negocio jurídico, cuyo objeto es la administración de uno o más bienes destinados a garantizar una obligación o servir de fuente de pago, tal como lo dispone el numeral 8.4 del Capítulo 1, título II, parte II de la Circular Básica Jurídica de expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia financiera), **las partes libremente pueden definir el mecanismo de ejecución encaminado a hacer efectiva la garantía fiduciaria.**

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no sin antes señalar que en la Página Web puede consultar entre otros la normatividad, la Jurisprudencia en temas de insolvencia, así como la Circular Básica Jurídica, entre otros.