

LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL (II de II)

Yurany Pineda Hernández*

RESUMEN

En este artículo se presenta la segunda parte de la investigación en la que se aborda el estudio de la fiducia mercantil, específicamente cuando se trata de empresas que enfrentan situaciones de insolvencia. Asimismo, se describen las herramientas legales que la normativa establecida por la Ley 1116 de 2006 trajo consigo, tendientes a la protección o en beneficio del patrimonio del acreedor y concomitantemente redunda en bien del empresario.

Teniendo en cuenta los resultados presentados en el primer artículo, en este se asume una aproximación crítica a situaciones jurídicas que resultan relevantes para la fiducia mercantil en el marco de la insolvencia empresarial, se estudian tendencias y sesgos propios del proceso concursal y entra en el tercer capítulo con mayor profundidad en lo relativo a la insolvencia y nulidad del contrato de fiducia.

Palabras claves: fiducia mercantil, insolvencia empresarial.

*Aspirante a Máster en Derecho Contractual Público y Privado. Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: abogadacmc@gmail.com.

ABSTRACT

This article presents the second part of the research that deals with the study of commercial trust, specifically when dealing with companies facing insolvency situations. Likewise, it describes the legal tools that the regulations established by Law 1116 of 2006 brought with them, tending to the protection or benefit of the creditor's assets and concomitantly redounds to the good of the employer.

Taking into account the results presented in the first article, this assumes a critical approach to legal situations that are relevant to the commercial trust in the context of corporate insolvency, it studies trends and biases of the bankruptcy process and enters the third chapter in greater depth regarding the insolvency and nullity of the trust contract.

Key words: mercantile trust, corporate insolvency.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el primer artículo desarrollado por la autora sobre este mismo tema, no existe fundamento jurídico sólido para que puedan darse embargos entregados a título de fiducia mercantil por obligaciones del fideicomitente anteriores a la constitución del fideicomiso. Así mismo, la acción de los acreedores anteriores a la constitución del fideicomiso, sólo puede lograr la extinción del contrato de fiducia, extinción que desde luego deja a salvo los derechos del beneficiario a título oneroso y de los terceros que contrataron con el fiduciario y los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Lo anterior en razón a que el contrato de fiducia solamente tiene efectos entre las partes que los suscriben, por lo cual los efectos de su extinción también son diferentes para éstos y para los acreedores anteriores a su celebración. También se concluyó que las partes que se comprometen a través de este contrato de adhesión deben incluir dentro del instrumento los deberes y derechos que se constituyen en el estatuto jurídico de la manifestación libre, voluntaria y expresa de las partes en el acto jurídico del contrato de fiducia. Sin embargo, esta manifestación de la autonomía de las partes no puede comprometer o limitar los derechos de terceros sobre los bienes objeto del contrato.

Por otro lado, el contrato de fiducia es un contrato de garantía, pero no es una garantía absoluta puesto que, cuando por razones del mercado una empresa llega al estado de iliquidez y quiebra, las acreencias laborales tanto de la sociedad fiduciante o de la misma sociedad fiduciaria, se resuelven atendiéndose al contrato laboral en las instancias laborales y civiles, luego esto significa, que este tipo de acreencias están por fuera del contrato de fiducia y que por lo tanto, accionar con este tipo de pretensión iría en contravía de la economía judicial, convirtiéndose más bien, en un desgaste injustificado, puesto que, esta codificado por otros campos. En otras palabras, no lograría trastocarse la seguridad y garantía que con el contrato se pretende. Adicionalmente, el régimen concursal previsto en

la Ley 1116 de 2006 es predominantemente liquidatorio, porque a pesar de regular un procedimiento de recuperación (reorganización) y otro de liquidación (liquidación judicial), se encuentra que la liquidación de la empresa prevalece sobre la recuperación de la misma.

El trabajo mostró que, de la liquidación de la empresa a través de la liquidación judicial, también se puede lograr la liquidación de la empresa a través de la reorganización, pues este proceso, puede terminar en un proceso de adjudicación o en una liquidación efectuada por el juez del concurso y no en un acuerdo de reorganización, cuando éste no es celebrado dentro del tiempo de la oportunidad legal, y cuando es celebrado, pero no es confirmado por el juez del concurso. Igualmente se infirió que el fideicomiso es de vieja data, como quiera que se encuentra ya en el antiguo derecho romano, en el cual se distinguía la fiducia cum creditore y cum amico, y este horizonte de comprensión sobre el negocio jurídico fiduciario se amplía con los aportes del derecho anglosajón y del derecho inglés, más la respectiva recepción, asimilación, aplicación y reinterpretación desde la experiencia jurídica latinoamericana y sin embargo, es un tema que no está terminado y que por el contrario es generador de visiones complejas y difíciles de comprender. Esta tarea debe ser afrontada por doctrinantes y juristas. Por último, el contrato de fiducia fundamenta las relaciones comerciales nacionales e internacionales al otorgar mayores garantías a las partes intervinientes en los negocios, incluyendo instancias coactivas que materializan la voluntad y el compromiso de las partes y puede incluir mecanismos orientados a que la entidad fiduciaria garantice la correcta valorización o depreciación de los bienes fideicomitidos.

1. APROXIMACIÓN CRÍTICA A SITUACIONES JURÍDICAS RELEVANTES

En este acápite se hace un análisis de algunas cuestiones jurídicas que condicionan y determinan el negocio fiduciario por circunstancias específicas y particulares entre las partes que pactan el acuerdo y los terceros que en algún momento pueden verse afectados extracontractualmente, advirtiendo que todas las situaciones jurídicas tanto del fideicomitente como de la sociedad fiduciaria como del beneficiario y de los acreedores son

problemas jurídicos difíciles y complejos que ameritan estudio y profundización de las circunstancias concretas de cada caso.

1.1. Cuando los trabajadores reclaman los bienes de la fiducia en garantía.

Respecto del presupuesto que contempla la Ley 1116 de 2006 referido al acuerdo de reorganización o liquidación, ya precisados en acápites anteriores, el artículo 31 *ibídem* establece cinco clases de acreedores a saber: “a) *Los titulares de acreencias laborales;*b) *Las entidades públicas y las instituciones de seguridad social;*c) *Las instituciones financieras nacionales y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia de carácter privado, mixto o público; y las instituciones financieras extranjeras;*d) *Acreedores internos, y*e) *Los demás acreedores externos”*

Entonces, teniendo de presente que los empleados o trabajadores de la empresa en proceso de reorganización o de liquidación son una clase de acreedores, conviene precisar ahora la prelación en las deudas de ellos respecto de los demás pasivos empresariales.

Pero, ¿qué ocurre si los trabajadores reclaman los bienes de la fiducia de garantía? Es necesario tener en cuenta que el contrato de fiducia de garantía tiene un objeto específicamente establecido en el pacto, de tal forma que si el objeto del negocio de fiducia no es atender las acreencias laborales y de seguridad social, entonces, los trabajadores de la empresa deben utilizar las vías establecidas para establecer a la justicia, máxime si se tiene en cuenta que el contrato de fiducia no es una sustitución patronal, como tampoco implica cambio de patrono ni continuidad de la empresa, ni continuidad de los trabajadores

En primer lugar, los principios que inspiran el régimen de insolvencia son la universalidad, la eficiencia, la información, la negociabilidad, la reciprocidad, la gobernabilidad económica y la igualdad, este último referido al tratamiento equitativo de todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. (Martín, 1923) (Negre, 1996)

Nuevamente, la norma estudiada reglamenta en el artículo 5 que es obligación del deudor suministrar la información, y la del juez reconocer y graduar las acreencias objeto del proceso de insolvencia, de conformidad con lo establecido sobre la prelación de créditos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil.

El citado título del Código Civil regula como créditos de preferencia -privilegiados e hipoteca- los de primera, segunda y cuarta clase. Los créditos de primera clase nacen de causas como: i) Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores. ii) Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto. iii) Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. iv) Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo. v) Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses. vi) Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados. Los de segunda clase pertenecen a las siguientes personas: i) El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños. ii) El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. iii) El acreedor prendario sobre la prenda. Finalmente, los de cuarta clase son: i) Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales. ii) Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas. iv) Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de éste. v) Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores. vii) Los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios.

Evidencia así lo anterior, que los reclamos laborales que puedan realizar los trabajadores en sede civil, al tener netamente un tinte patrimonial, queda atraído por la

concursalidad que se adelanta, más aún cuando se respetan como acreencias de primera clase. (Negre, 1996)

Para lo anterior según la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-227601 (2013), deben los:

Acreeedores, incluidos los titulares de obligaciones condicionales o sujetas a litigio, [...] presentar sus acreencias al liquidador dentro de los veinte días siguientes a la desfijación del aviso que informa sobre la apertura del aludido proceso concursal, allegando prueba de la existencia y cuantía de su reclamación, y de otro, que los acreedores reconocidos en el mecanismo recuperatorio, si fuere el caso, no tienen que presentar nuevamente sus créditos en el proceso de liquidación judicial. Es decir, que los acreedores reconocidos y admitidos en cada uno de los escenarios no requerirán de hacerse presente en la oportunidad dispuesta en la ley en el proceso de liquidación.

Sin embargo, la misma Superintendencia de Sociedades en oficio 220-005655 (2014), precisó que entre los mismos acreedores laborales no existen prioridades en el orden de pago, pues ya se tiene un beneficio que consiste en que tales acreencias pertenezcan a la primera clase.

Se tiene dicho que las acreencias laborales forman parte de los pasivos que mayor prioridad tienen, sin embargo, es pertinente resaltar que como cualquier acreedor puede acceder a la administración de justicia a fin de que se le satisfaga cierta deuda con dinero o bienes, no es contrario o abusivo que el trabajador-acreedor también haga uso de tal derecho con el contrato de fiducia en garantía. Sin embargo, como la doctrina, la jurisprudencia y la Superintendencia han reiterado, los bienes fideicomitados -patrimonio autónomo- tienen una finalidad taxativamente establecida, es decir, responde a una condición, razón por la cual resulta imposible que el juez otorgue algún beneficio de un bien fideicomitado en una acreencia laboral, cuando éste tiene otro beneficiario, a menos que, de su gestión o administración se generen ganancias tales que ya no se encuentran comprometidos con el fideicomisario y que las circunstancias lo permitan, o simplemente como lo permite la ley 80 de 1993 “...para efectos del desarrollo de procesos de

titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales”. Así mismo el artículo 38 de la Ley 1116 (2006) indica que *“Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.”*

Finalmente, para el caso particular debe tenerse de presente que según la misma norma que establece el régimen de insolvencia -Art 43-, las garantías reales, los contratos de fiducia mercantil y los encargos fiduciarios que tengan como finalidad garantizar, en virtud de los acuerdos de reorganización *“se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa”*.

En definitiva, el hecho de que los acreedores laborales exijan los bienes fideicomitidos, los ubica en un rango inferior al que por derecho ya les pertenece, en tanto en cuanto la ley civil los protege ubicando sus créditos en un primer plano.

1.2. Acreedores del fiduciario excluidos de la garantía general y terceros no señalados.

En relación con el contrato de fiducia mercantil, el principio general declara que el patrimonio de un deudor constituye prenda general a favor de los acreedores.

En este orden de ideas, de las primeras formas de negocios surgieron unos riesgos obvios tanto en el derecho romano como en el derecho inglés que estuvo ligado no solo a la posibilidad de que el dueño, por causa de la transferencia fiduciaria utilizara abusivamente el bien o que éste fuera perseguido por sus acreedores sin que en este evento el demandado tuviera una defensa eficaz. Según Rodríguez (2007), este riesgo subsiste en los países de tendencia jurídica continental europea, en los cuales no se ha reconocido la figura y los negocios que quedan librados a la confianza depositada en el adquirente y la asunción del

riesgo de la inoponibilidad del acto frente a terceros. Lo anterior acelera la evolución conceptual y la necesidad de una regulación legislativa creciente, en virtud de los cuales hoy se reconoce la independencia de los bienes recibidos, que no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario a pesar de que funja como titular de los mismos.

La transferencia de los bienes hecha por el fiduciante al separarlos de su masa patrimonial impide a sus acreedores perseguirlos con una lógica excepción que si es cierto modo desmejora el alcance del principio sobre la autonomía patrimonial, en función de evitar la constitución de fideicomisos en fraude de acreedores. Entonces, se puede inferir que la mala fe no puede fundar el ordenamiento jurídico y entonces el negocio realizado con el propósito de burlar los acreedores puede ser impugnado, no obstante, razones de interés general, frecuentemente vinculadas con la buena fe de los acreedores, máxime si las operaciones comerciales se celebran atendiendo a las reglas del mercado público de valores, pueden conducir a que se cierre la puerta a las demandas, convalidándose la independencia y autonomía del patrimonio del fideicomiso. El derecho a favor de acreedores anteriores al negocio fiduciario de perseguir los bienes fideicomitidos puede resultar excesiva e ir más allá de la posibilidad jurídica de la acción pauliana. Esta situación jurídica ha dado lugar a distintas posiciones teóricas.

En primer lugar, el fideicomiso no puede ser un instrumento fraudulento y los actos contemplados en el contrato no pueden tener como causa ni como resultado la negación de los derechos de los acreedores, en este orden de ideas, el ejercicio de una acción pauliana orientada a dejar sin efectos el acto traslativo para lograr el reintegro de los bienes al patrimonio del fideicomitente se ha vinculado invariablemente a la prueba, simultanea, del daño causado a los acreedores con la disposición de los activos y el acuerdo fraudulento y consiente entre los intervinientes en la operación (fideicomitente y fiduciario), quienes deben haber participado en el acto jurídico con el propósito de hacer daño, *concilius fraudis*. Este tema tiene importancia en la doctrina y la jurisprudencia, en el evento de que el negocio fiduciario no se pueda llevar a cabo directamente por el fideicomitente más bien, las legislaciones se han ocupado para brindarle a los negocios fiduciarios una adecuada protección.

En relación con los acreedores anteriores al negocio fiduciario en Colombia, no podrán perseguir “los bienes objeto del negocio fiduciario por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Para la Superintendencia Financiera un acreedor anterior, dotado de un título ejecutivo, podía perseguir los bienes en un proceso ejecutivo, por consiguiente, el negocio fiduciario quedaría expuesto y en riesgo, lo cual, interpeló la doctrina. En la circular básica jurídica la Superintendencia recogió la posición inicial, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones armonizándolas entre sí y sentó una nueva postura acogida a nivel conceptual. En lo fundamental y teniendo en cuenta que los contratos son ley para las partes hace ver como el accionar de un acreedor anterior debe orientarse contra el fideicomitente y el fideicomiso y no directamente contra los bienes, previa determinación del daño sufrido y sin que se tenga que probar acuerdo fraudulento alguno con la fiduciaria, con lo que surge una clara diferencia con la acción pauliana general. Cuando la acción de los acreedores anteriores prospera se convierte en una causal de terminación del contrato de fiducia, lo que pone en evidencia que es en ese sentido que debe entenderse la facultad consagrada y que el reintegro de los bienes al patrimonio del fideicomitente consistirá en el cumplimiento de la devolución de los que queden a la liquidación del negocio como lo establece el artículo 1234 numeral 7 del Código de Comercio. Esto supone desde luego, el pago previo de las obligaciones válidamente contraídas en el desarrollo del negocio fiduciario tal como lo establece el mismo Código de Comercio en el artículo 1227.

Por otra parte, un deudor fideicomitente que por razón de su situación económica termine en un proceso concursal de reestructuración o que quiebra o de cualquier otro y de conformidad con las disposiciones que regulan el contrato, los acreedores del fideicomiso deberían ser pagos con los bienes del patrimonio. No obstante, puede ocurrir que un acreedor del fideicomitente pretenda la revocatoria del acto constitutivo del patrimonio autónomo buscando que los bienes transferidos al fideicomiso se devuelvan a la masa patrimonial.

Parece ser que hay unas hipótesis en la constitución de un patrimonio autónomo que lo descalifican como tal, como si su conformación, por si sola, llevara incita la noción de

actuación injustificada en perjuicio de los acreedores, de tal forma que cuando se pretende que los bienes regresen a la masa patrimonial, los únicos perjudicados son los acreedores legítimos del patrimonio autónomo del deudor, pues se tendrá que esperar que el juez del concurso, de la reestructuración o de la liquidación, interprete que el acto jurídico no se celebró en perjuicio de los acreedores.

Teniendo en cuenta que todos los conceptos son polisémicos y relativos, el patrimonio autónomo por lo que a sus bienes se refiere, estos sirven para responder a los acreedores de la herencia, en el caso de fideicomisos testamentarios sobre todo en los países en los que existe un régimen de herederos forzosos que no pueden ser desmejorados frente a la porción mínima de los bienes herenciales que la ley consagra a su favor; en el caso de los países del common law cada persona puede disponer de forma libre de sus bienes. Desde el punto de vista pragmático, existen ventajas a favor del fiduciante, incluso de su familia con la aplicación del principio anterior; alguien en una actividad de alto riesgo para evitar comprometer en el futuro la totalidad de su patrimonio transfiere una parte de la masa patrimonial con el fin de constituir una reserva; si sobreviene alguna eventualidad, las acreencias que entonces puedan originarse no conferirán a sus titulares derechos sobre los bienes transferidos en fideicomiso, con lo cual, y como ocurrirá normalmente se obtiene en forma legítima un mecanismo de limitación de riesgos.

1.3. Pluralidad de contratantes.

Siguiendo a Batiza (1985), puede afirmarse que a través de la constitución del fideicomiso se deriva una relación jurídica caracterizada por la complejidad como producto de la articulación de varios elementos: por una parte, la pluralidad de partes que la integran, el contenido y duración cambiantes de los derechos y obligaciones que se reconozcan y protejan, la naturaleza de los bienes fideicomitidos, la amplitud y multiplicidad de los fines consensuados entre las partes y cuya realización se logra por la institución de la fiducia.

En este sentido, el derecho comercial y económico latinoamericano se caracteriza por plantear aspectos sustancialmente similares y determinar algunos puntos de encuentro

de tal forma que las legislaciones consideran que es posible la designación de varios fiduciarios para que conjuntamente o de manera sucesiva se responsabilicen de los bienes fideicomitidos, así como es posible la designación de varios fideicomisarios por parte del fideicomitente para que reciban simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso. (Batiza, 1985)

Actualmente, hablar de un numero plural de fideicomitentes (constituyentes del contrato de fiducia) ubica en un campo no reglamentado por las leyes colombianas, pues no existe una restricción explícita al respecto, como tampoco una aprobación total, razón por la cual, corresponde a las partes contratantes determinar en el acto constitutivo de la fiducia en garantía si habrá lugar a la concurrencia de un numero plural de fideicomitentes, de ser así determinar en éste los derechos y las obligaciones, así como las condiciones de su participación. (Rodríguez, 1998)

Bajo la premisa de que el contrato es ley para las partes, se debe siempre estipular en éste las condiciones, procedimientos, obligaciones, derechos, ingresos y retiros de los que forman parte del grupo fideicomitente.

En relación con las fiduciarias contratantes considero posible una pluralidad, pues es arbitrio del constituyente o fideicomitente la designación de la institución o entidad fiduciaria. Entonces, en el entendido de que es potestativa tal pretensión, que es el fideicomitente el que protege sus intereses, que no existe prohibición legal al respecto y si es del caso la fiduciaria lo acepta, es permitida tal inventiva fiduciaria. (Rodríguez, 1998)

Respecto a la existencia de un número plural de fideicomisarios (beneficiarios del contrato de fiducia), es necesaria también la estipulación en el contrato de fiducia, pues si bien no existe prohibición al respecto, se debe establecer si ellos recibirán el beneficio pretendido de forma simultánea o por el contrario sucesivamente. (Pérez, 1998)

1.4. Cláusula compromisoria para el proceso concursal.

La Asociación de Fiduciarias de Colombia por medio de la guía jurídica Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario define la cláusula compromisoria como “el pacto contenido en un contrato o en un documento separado referido a él, en virtud del cual los contratantes [plenamente identificados] acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral” (Nº 058 pág. 86 y Ley 1563 de 2012 artículo 4¹). Es necesario advertir que la cláusula compromisoria puede contemplarse en el contrato o en un documento separado teniendo en cuenta que las diferencias entre las partes son futuras y desconocidas al momento de estipular la cláusula, y deben tener causa en un contrato expreso, sin embargo, aunque es legal la cláusula compromisoria es importante que las partes libre y conscientemente analicen la proporcionalidad entre el avalúo de los bienes fideicomitidos y las costas al acudir al tribunal de arbitramento. En virtud de la cláusula compromisoria, pueden someterse al procedimiento arbitral las controversias en las cuales se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido², lo cual coloca en evidencia la autonomía de la cláusula

¹ Ley 1563 de 2012 ARTÍCULO 4o. CLÁUSULA COMPROMISORIA. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

² C-248 de 1999 “Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio. La decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa. Esa decisión puede ser considerada como inadecuada o equivocada. Sin embargo, ello no amerita que sea declarada inexecutable por la Corte Constitucional, a la cual le corresponde únicamente establecer si la norma es compatible con la Carta Política.”

compromisoria del contrato, del cual ésta forma parte, es decir, la cláusula compromisoria se constituye en la norma propia de las partes. (Artículo 5 de la Ley 1563 de 2012³).

En este mismo orden de ideas, cuando en el desarrollo del contrato de fiducia surge un conflicto entre las partes, las mismas están facultadas para efectuar un pacto arbitral, el cual, consiste en la decisión bilateral de que el conflicto sea disuelto por un tribunal de arbitramento, teniendo en cuenta que la autonomía del pacto se deriva de la voluntad de las partes, quienes prevén que ante una acción respecto de la existencia o validez del negocio, quede a salvo la eficacia del pacto arbitral, tal como se adoptó en la Ley 1563 de 2012⁴.

Respecto de la cláusula compromisoria específicamente en el negocio fiduciario no es parte necesaria para la celebración del mismo, en este orden de ideas la jurisprudencia arbitral colombiana ha insistido en algunos casos en que debe ser considerado como parte y ha desarrollado múltiples argumentos para advertir la conveniencia de la misma por varias razones. La cláusula compromisoria en el marco particular del fideicomiso de garantía y en los reclamos que los beneficiarios dirijan contra la sociedad fiduciaria incluidas desde luego las demandas de responsabilidad. Con reiterada frecuencia se pacta una cláusula compromisoria en este tipo de contratos en virtud de la cual, las partes defieren al pronunciamiento de un tribunal arbitral la decisión de controversias surgidas de la celebración, el desarrollo o la ejecución del contrato y que las partes no puedan resolver directamente.

³ Ley 1563 de 2012 ARTÍCULO 5o. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido. La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

⁴ Ley 1563 de 2012 Artículo 3°. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho. Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

Inicialmente, la cláusula puede guardar silencio o referirse a las partes en ambos casos, y dado el efecto relativo de los contratos, la primera respuesta tiende a sostener que solo vincula a quienes concurrieron a suscribirlo, es decir, fideicomitente y fiduciario, luego la cuestión está en saber si el beneficiario sobreviviente puede hacer uso de la cláusula compromisoria para llevar a la fiduciaria ante la justicia arbitral, teniendo en cuenta que el beneficiario es un tercero acreedor, con todos los derechos que la ley y el contrato le otorgan, pero que no es parte del contrato. En este orden de ideas, teniendo en cuenta el sistema, el pacto arbitral deriva su validez y eficacia del acuerdo de voluntades que delimita sus alcances y legitima los árbitros para fallar, por lo tanto, poniendo de presente que en Colombia el pacto arbitral es solemne, es decir, debe constar por escrito, por consiguiente, algunos doctrinantes precisan que no es suficiente la adhesión del beneficiario al contrato sino que el beneficiario debe manifestar su deseo de ligarse por la cláusula compromisoria y que éste deseo sea aceptado por el fiduciario. Es posible inferir que en relación con la cláusula compromisoria y las cláusulas abusivas no existe un principio único de interpretación para resolver el problema.

Respecto de la cláusula compromisoria, el tema es cuestión es si existe o no un acuerdo vinculante que otorgue al tribunal la jurisdicción para fallar, pues se trata de una solución excepcional cuya legitimidad deriva de la habilitación que las partes otorguen a los árbitros para conocer del conflicto dentro de los límites que ellos mismos señalen. Por lo tanto, no es una facultad omnicomprendensiva de cualquier diferencia entre las partes, en tanto en cuanto, la capacidad arbitral es directamente proporcional a los términos precisos del pacto arbitral que no otorga facultades para resolver cualquier diferencia entre las partes, así por ejemplo, puede que el alcance se limite solo a las consecuencias de la terminación y no en relación con la celebración o ejecución del contrato.

Existen tribunales que reconociendo la posibilidad de que la aceptación del beneficiario de la estipulación a su favor pudiese extenderse a la cláusula compromisoria, han advertido que ello requiere, no obstante, referencia expresa y adicional, por lo que sin ella (aunque se acoja a la estipulación a favor), no es posible otorgarle la posibilidad de invocarla (Cámara de Comercio de Bogotá, 2000)

Cuando los tribunales de arbitramento tienen a defender la cláusula compromisoria aun en el evento de la nulidad del contrato, entonces esta posición de los árbitros no permite profundizar en la verdadera condición jurídica del beneficiario. En términos de Rodríguez (2007), es posible que el beneficiario pueda invocar la cláusula compromisoria pero que ello dependerá, del estudio de cada caso en concreto con el fin de saber cómo se consagran los derechos a su favor y si frente a la solemnidad del contrato pueda encontrarse una formula escrita y completa que lo ponga en evidencia.

1.5. Sucesión del fideicomiso por muerte de uno de los socios.

Particularmente en Colombia, la Superintendencia Financiera es la entidad que se ha pronunciado en relación con la muerte del fideicomitente y ha profundizado entorno a la fiducia mortis causa, tal como se registra en el concepto No. 2004029979-2 (2004), así:

Resulta factible para las sociedades fiduciarias ser nombradas por el testador en condición de albaceas o ejecutores testamentarios (mas no como "albaceas fiduciarios), para que en su calidad de propietarios fiduciarios de los bienes de la herencia (ya sea en la totalidad o de parte de la herencia) los pueda administrar así como aplicar los productos de esa administración (v.gr. la enajenación de los bienes fideicomitados o de parte de ellos) a los fines señalados en el contrato y, posteriormente, transfiera los bienes fideicomitados a quienes tengan derecho a ellos de acuerdo con la voluntad testamentaria y ante la autoridad (judicial o notarial) competente para liquidar la masa herencial que, tal como se expuso, debe respetar no solo las limitaciones legales en materia sucesoria (tal como acaece con las asignaciones forzosas, entre otras) sino también no haberse constituido dicho negocio fiduciario con objeto y/o causa ilícitos o con el propósito de defraudar a terceros.

2. TENDENCIAS Y SESGOS EN EL PROCESO CONCURSAL

A partir del reconocimiento de la complejidad derivada del contrato de fiducia, doctrinantes y juristas plantean elementos teórico-práctico referenciales que permiten comprender y plantear el problema jurídico frente a la siguiente inquietud: ¿Qué ocurre si el promotor favorece algunos u otros dentro del proceso concursal? Con el propósito de dilucidar este núcleo probélico, es importante rastrear ideas sustanciales del concepto, funciones y tareas del promotor en el proceso concursal.

El concepto genérico de promotor a la luz del artículo 67 de la ley 1116 de 2006 y del decreto reglamentario 962 del 20 de marzo de 2009 debe ser entendido como aquella persona natural o jurídica experta y calificada que funge como administrador del proceso concursal de reorganización constituyéndose en auxiliar de la justicia por su experiencia e idoneidad⁵. Por consiguiente, los requisitos mínimos fundamentales contemplados en el artículo 5 del decreto 962 (2009), en relación con la persona natural son: acreditar título, registro o tarjeta profesional en ciencias económicas, administrativas, jurídicas y áreas afines según la Superintendencia de Sociedades; formación académica en insolvencia en una institución de educación superior con registro calificado; experiencia profesional de dos años como promotor; o experiencia acreditada mínimo de 5 años como administrador de empresas (artículos 5 y 6 del decreto 962 de 2009⁶).

⁵ Decreto 962 de 2009 Artículo 1°. Naturaleza de los cargos de promotor y liquidador. Los cargos de promotores y liquidadores, como auxiliares de la justicia, son oficios públicos indelegables, que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad. Los honorarios respectivos constituyen la totalidad de la retribución del servicio y no podrán exceder los límites establecidos en el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006.

⁶Artículo 5°. Requisitos para la inscripción en la lista de promotores o de liquidadores. 5.1.3. Experiencia.5.1.3.1. Experiencia profesional.Experiencia acreditada en por lo menos dos (2) procesos concursales como contralor o liquidador, o en el mismo número de procesos de insolvencia como promotor o liquidador, o en igual número de trámites de acuerdos de reestructuración como promotor. La experiencia en procesos concursales o de insolvencia también podrá ser acreditada con por lo menos dieciocho (18) meses de ejercicio en esa clase de procesos como juez, o con el mismo número de meses como agente especial en toma de posesión para administrar o como liquidador en liquidaciones forzosas administrativas, o demostrando haber ejercido su profesión durante al menos cinco (5) años.5.1.3.2. Experiencia como partícipe en la administración de empresasTener experiencia acreditada por lo menos de cinco (5) años como administrador en empresas, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 6° de este Decreto, del sector privado, público, de economía mixta o industrial y comercial del Estado. Esta experiencia se demostrará con certificaciones expedidas por las entidades con las que haya estado vinculado el aspirante, en las que conste el tiempo del servicio prestado y las funciones desarrolladas, o a través del certificado histórico expedido por la

En este orden de ideas, según la ley 1116 de 2006 artículo 67 se tenía previsto en audiencia pública y por sorteo la designación del promotor, sin embargo, la ley 1380 de 2010 en su artículo 39 y 40 suprimieron el numeral 1 del artículo 1116 de 2006; considerando que es funcional otorgar al juez la facultad para designar al promotor al momento de la apertura del concurso, según el artículo 35 de la ley 1429 de 2010 que reza:

Las funciones que de acuerdo con la Ley 1116 de 2006 corresponden al promotor serán cumplidas por el representante legal de la persona jurídica deudora o por el deudor persona natural comerciante, según el caso. Excepcionalmente, el juez del concurso podrá designar un promotor cuando a la luz de las circunstancias en su criterio se justifique, para lo cual tomará en cuenta entre otros factores la importancia de la empresa, el monto de sus pasivos, el número de acreedores, el carácter internacional de la operación, la existencia de anomalías en su contabilidad y el incumplimiento de obligaciones legales por parte del deudor. Cualquier número de acreedores no vinculados que representen cuando menos el treinta por ciento del total del pasivo externo podrán solicitar en cualquier tiempo la designación de un promotor, en cuyo caso el juez del concurso procederá a su designación de manera inmediata. La solicitud podrá ser presentada desde el inicio del proceso y el porcentaje de votos será calculado con base en la información presentada por el deudor con su solicitud. De igual manera, el deudor podrá solicitar la designación del promotor desde el inicio del proceso, en cuyo caso el juez del concurso procederá a su designación. En aquellos casos en que se designe el Promotor, este cumplirá todas las funciones previstas en la Ley 1116 de 2006.

entidad competente. (...). Artículo 6°. Requisitos para la inscripción en las diferentes categorías según la experiencia acreditada. b). Promotor o liquidador en al menos diez (10) trámites de acuerdos de reestructuración, o en el mismo número de procesos de insolvencia de categoría B, o c). Juez Civil del Circuito o de procesos concursales o de insolvencia por lo menos por cinco (5) años, o d). legal, o miembro de junta directiva, o consejo directivo y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones, de por lo menos cinco (5) años en personas jurídicas. Categoría C: Para la inscripción en esta categoría, el aspirante deberá acreditar: 1. Experiencia Profesional. Haberse desempeñado como: a). Contralor o liquidador en al menos dos (2) procesos concursales de concordato o liquidación obligatoria, o b). Promotor o liquidador en al menos dos (2) trámites de acuerdos de reestructuración, o procesos de insolvencia, o c). Juez Civil del Circuito o de procesos concursales o de insolvencia por lo menos por dieciocho (18) meses, d). Agente Especial en la toma de posesión para administrar o en liquidaciones forzosas administrativas de por lo menos dieciocho (18) meses, o e). Para la inscripción en esta categoría el aspirante podrá acreditar experiencia profesional, demostrando haber ejercido su profesión durante al menos cinco (5) años.

Es importante tener en cuenta que la designación del promotor es de obligatoria aceptación según se ha establecido en la Ley 794 (2003) artículo 3 numeral 2⁷ y el decreto 962 de 2009 artículo 14⁸. El promotor escogido deberá posesionarse durante los 5 días siguientes a la notificación de la designación y desempeñará las funciones que le son propias según el orden jurídico desde el momento de la aceptación de su designación hasta la terminación del acuerdo de reorganización, que en términos generales deben ser entendidas en términos de administrador del procedimiento. Respecto de las funciones del promotor, el profesor Rudy Pereira (2015, pp. 284 - 286) considera que estas se encuentran estipuladas en varios artículos de la Ley 1116 de 2006

Existe una doble vía para afrontar cualquier situación irregular jurídicamente hablando derivada directamente del ejercicio profesional del promotor a saber: la vía de la sustitución y la vía de la remoción. El problema jurídico que surge del incumplimiento de las funciones y de los deberes del promotor conforme a la Ley 1116 de 2006 conlleva a la sustitución entendida ésta como la facultad que tienen los acreedores y el deudor de sustituir al promotor designado por el juez, (parágrafo artículo 19⁹ de la Ley 1116 de 2006), adicionalmente, cuando el promotor actúa como representante legal del deudor se genera un conflicto de intereses y hay que atenderse para afrontarlo, a los dispuesto en el inciso 2 del

⁷ Aceptación del cargo. Todo nombramiento se notificará por telegrama enviado a la dirección que figure en la lista oficial, y en éste se indicará el día y la hora de la diligencia a la cual deban concurrir. Copia debidamente sellada por la oficina de telégrafo respectiva, se agregará al expediente. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha notificación se pueda realizar por otro medio más expedito, de lo cual deberá quedar constancia en el expediente. En la misma forma se hará cualquiera otra notificación. El cargo de auxiliar de la justicia es de obligatoria aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes al envío del telegrama correspondiente o a la notificación realizada por cualquier otro medio, so pena de que sea excluido de la lista, salvo justificación aceptada. Los peritos deberán posesionarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación. Si la persona designada estuviere impedida para desempeñar la función, se excusare de prestar el servicio, no tomare posesión cuando fuere el caso hacerlo, no concurriere a la diligencia o no cumpliera su encargo dentro del término señalado, se procederá inmediatamente a su relevo.

⁸ Ley 962 de 2009 Artículo 14 Escogencia, aceptación y posesión del cargo de promotor o de liquidador. Efectuada la escogencia del promotor o del liquidador, la decisión se comunicará por oficio, enviándolo a la dirección de su domicilio o correo electrónico o al número de fax que figure en la lista, de lo cual se dejará constancia en el expediente. El cargo de promotor o el de liquidador es de obligatoria aceptación, salvo la ocurrencia de algún impedimento, y el escogido contará con cinco (5) días para posesionarse.

⁹ Ley 1116 de 2006 artículo 19 PARÁGRAFO. *De común acuerdo el deudor y los acreedores titulares de la mayoría absoluta de los votos, podrán, en cualquier momento, reemplazar al promotor designado por el juez del concurso, siempre y cuando este último haga parte de la lista elaborada por la Superintendencia de Sociedades.*

artículo 67 y al numeral 1 del artículo 48 *ibídem*¹⁰. Por otra parte, el juez del concurso está facultado para remover el promotor entendida como una sanción impuesta por el juez del concurso, cuando existen causales objetivas establecidas por el Gobierno¹¹

Finalmente, cuando el promotor tiene la tendencia y sesga su ejercicio profesional para favorecer a cualquier sujeto procesal en el ejercicio de sus funciones, necesariamente debe ser sustituido o removido del encargo jurídico, derivándose de su acción unos efectos jurídicos y éticos. Sin duda, cuando el actuar profesional del promotor no es calificado desde el punto científico y técnico queda en entredicho su experiencia e idoneidad y por ende, su ética profesional que implica iniciar la acción disciplinaria pertinente.

2.1. Procesos paralelos.

En el evento de que existan procesos paralelos al momento de apertura de un proceso de insolvencia, se requiere el reconocimiento de la existencia de ellos. Así por ejemplo, según el artículo 113 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, se entiende por procesos paralelos los dos o más concursos que se adelantan de forma simultánea contra un mismo deudor en Estados diferentes, en los cuales, desde el momento que haya habido reconocimiento de un proceso extranjero principal, solamente se podrá abrir un proceso de

¹⁰ Ley 1116 de 2006 artículo 67 inciso 2: *En cualquier tiempo, los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias, calificadas y graduadas, podrán sustituir al liquidador designado por el Juez, escogiendo el reemplazo de la lista citada en el inciso anterior, quien deberá posesionarse ante aquel. Lo anterior aplicará también al promotor cuando actúe como representante legal para efectos del acuerdo de adjudicación.*

¹¹ Decreto 2130 (2015) Artículo 2.2.2.11.6.1. Causales de remoción. El auxiliar de la justicia será removido, además de los casos especiales previstos en este decreto, en los siguientes eventos: 1. Cuando incumpla las obligaciones establecidas en el Manual de Ética. 2. Cuando incumpla alguno de sus deberes, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.11.2.13 del presente decreto. 3. Cuando ocurra una causal de incumplimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.11.4.1 del presente decreto. 4. Cuando esté incurso en una situación de conflicto de interés, de conformidad con lo establecido en las leyes. 5. Cuando omita cualquier deber de información establecido en el presente decreto. 6. Cuando omita renovar o constituir las pólizas de seguro. 7. Cuando, de común acuerdo con la entidad en proceso de reorganización, liquidación o intervención y los acreedores titulares de la mayoría absoluta de los derechos de voto, soliciten el reemplazo del promotor designado por el juez del concurso o cuando los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias, calificadas y graduadas, decidan solicitar la sustitución del liquidador designado por el juez de concurso. 8. Por renuncia del promotor, liquidador o agente interventor. 9. En caso de muerte, o incapacidad física o mental permanente.

insolvencia regido por esta ley cuando el deudor tenga bienes en Colombia, caso en el cual, los efectos jurídicos del procedimiento afectan exclusivamente los bienes situados en Colombia¹². No obstante, podrían afectarse los bienes del deudor que se encuentran en el extranjero siempre que sea a fines de cooperación y coordinación con arreglo a la ley mencionada (artículos 110, 111 y 112).

En el evento que este en curso simultáneamente un proceso en el extranjero y otro de insolvencia conforme al ordenamiento jurídico colombiano, la autoridad competente debe colaborar y coordinar teniendo en cuenta la preferencia y primacía del proceso local.¹³ Adicionalmente, podrán pagarse las obligaciones causadas con posterioridad a la apertura del proceso de insolvencia, y el pago de las obligaciones que no encuadren dentro de este concepto quedarán suspendidos, tal como lo prevé el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 1116 de 2006 en los siguientes términos:

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero que sea un proceso principal: 2. Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes, salvo el caso de un acto u operación que corresponda al giro ordinario de los negocios de la empresa. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención de lo dispuesto en este numeral, será ineficaz de pleno derecho y dará lugar a la imposición de multas sucesivas hasta por doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes por parte de

¹² Ley 1116 de 2006 artículo 113: *Desde el reconocimiento de un proceso extranjero principal, sólo podrá iniciarse un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia cuando el deudor tenga bienes en Colombia. Los efectos de este proceso se limitarán a los bienes del deudor ubicados en Colombia y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en Capítulo IV del presente Título, a otros bienes del deudor ubicados en el extranjero que, con arreglo a las leyes colombianas, deban ser administrados en el proceso adelantado conforme a las normas colombianas relativas a la insolvencia.*

¹³ Ibídem Artículo 114: En caso de tramitarse simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, la autoridad colombiana competente procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro proceso, conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV del presente Título, en los términos siguientes: 1. Cuando el proceso seguido en Colombia esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero: a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos sobre medidas proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero de la presente ley deberá ser compatible con el proceso seguido en Colombia; y b) De reconocerse el proceso extranjero en Colombia como proceso extranjero principal, el artículo sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero del presente Título, no será aplicable, en caso de ser incompatible con el proceso local.

la autoridad colombiana competente, hasta tanto reversen la respectiva operación. De los efectos y sanciones previstos en el presente numeral, advertirá la providencia de reconocimiento del proceso extranjero.

Si existe incompatibilidad entre los efectos del reconocimiento del proceso extranjero principal y el proceso de insolvencia local, debe prevalecer el proceso de insolvencia local, de tal forma que la autoridad competente podrá revocar los efectos del reconocimiento del proceso extranjero principal o simplemente no tenerlos en cuenta, es decir, nada impide a las autoridades colombianas competentes adoptar medidas expresamente contrarias al orden público de Colombia (artículos 105, 71, 93 y 91 de la Ley 1116 de 2006).

En relación con los procesos paralelos y particularmente sobre los efectos del reconocimiento del proceso extranjero principal, las disposiciones contenidas en la Ley 1116 de 2006 introducen elementos de confusión y desconoce la armonía que debe reinar en las legislaciones para solucionar casos de insolvencia transnacional (Pereira, 2015, pp. 809-817). En el evento de que a un mismo deudor le tramitan varios procesos de insolvencia en diferentes países y los representantes extranjeros de estos procesos piden a la autoridad colombiana el debido reconocimiento prevalece el proceso extranjero principal sobre el proceso extranjero no principal; si son secundarios no hay prevalencia del uno sobre el otro¹⁴.

En el evento de que al deudor además de los procesos extranjeros, le inicien un proceso de insolvencia local, prevalece el proceso de insolvencia local (Artículo 114 de la Ley 1116 de 2006), es decir, el criterio que debe tenerse en cuenta cuando existen procesos paralelos es el de colaboración, coordinación y compatibilidad entre las decisiones.

¹⁴Ley 1116 de 2006 Artículo 100: [...] Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración que indique debidamente los datos de todos los procesos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

Este tipo de procesos tienen como características según afirman Álvaro Londoño Restrepo & Álvaro Isaza Upegui en el libro “Régimen de Insolvencia Empresarial-Comentarios a Ley 1116 de 2006” las siguientes:

Aplica para personas naturales y jurídicas.El juez del caso puede reconocer un solo procedimiento como proceso extranjero principal.Se reconoce como proceso extranjero principal siempre y cuando dicho proceso se inicie en el estado en el que el deudor tiene el centro principal de sus intereses.Un proceso extranjero se debe reconocer como procedimiento extranjero no principal cuando se abre en un Estado en que el deudor tenga un establecimiento y sea distinto del centro principal de sus intereses.La autoridad colombiana es competente para reconocer proceso concursal extranjero cuando el deudor tenga bienes en Colombia.El reconocimiento de un proceso extranjero -principal o no principal- no excluye la apertura de un proceso de insolvencia local.La reorganización y la liquidación judicial, como procesos concursales locales, prevalecen sobre los procesos extranjeros, independientemente de que se hayan abierto antes o después del reconocimiento del proceso extranjero.El proceso de insolvencia local prevalece sobre las medidas otorgadas para satisfacer los derechos de los representantes extranjeros.Cuando se tramite simultáneamente dos o más procesos concursales, deberá hacer cooperación y coordinación entre las autoridades competentes que conozcan dichos procesos.Los acreedores del deudor podrán hacer valer sus derechos en cualquiera de los procesos de insolvencia reconocidos. (Isaza & Londoño, 2011, pp. 506, 507)

Respecto de posibles procesos paralelos a los de insolvencia y que son de naturaleza distinta, debe tenerse presente que cada uno de ellos va a tener un trámite procesal diferente, un asunto diferente, razón por la cual los procesos no pueden entremezclarse y confundirse con el propósito de frustrar el corriente de las investigaciones. No obstante, cada uno de los procesos que se adelanten -concursal, penal, administrativo, laboral-, pueden tener puntos en común, sin que sea necesario que uno se resuelva primero para que el otro pueda proseguir (López, 2007), dicha figura es lo que se conoce como prejudicialidad.

La Corte Constitucional mediante auto 278 de 22 de septiembre de 2009 expone que la prejudicialidad “*se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca*”.

Así las cosas, debe entenderse que los trámites paralelos de otras áreas del derecho que se adelanten, no deben repercutir en los procesos concursales, por lo menos en el de liquidación, ya que, simplemente se busca terminar con una sociedad o empresa que tiene pasivos los cuales deben ser subsanados, por lo que, no es necesaria la prejudicialidad tal y como se evidencia por analogía del artículo 7º de la Ley 1116 de 2006, al establecer que “*El inicio, impulsión y finalización del proceso de insolvencia y de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera que sea su naturaleza. De la misma manera la decisión del proceso de insolvencia tampoco constituirá prejudicialidad*”.

Mientras tanto, en los procesos de reorganización dependiendo del trámite paralelo que se adelante -penal-, debe tenerse básicamente cuidado en los negociadores o delegados de la misma, en miras a generar un compromiso o acuerdo satisfaciendo parámetros de legalidad, responsabilidad e idoneidad. (Acosta & Tania, 2001)(López, 2207)

De lo antedicho se puede inferir, que los procesos deben seguir su curso normal en cada una de sus jurisdicciones y la autoridad competente está facultada para tomar las decisiones objetivas según la ley y en derecho.

2.2. Por la liquidación de la empresa a la inexistencia de beneficiarios.

Teniendo en cuenta que los beneficiarios son una parte importante y trascendental dentro del acto constitutivo de la fiducia en garantía, resulta imposible el solo pensar que no existen dentro de él. Sin embargo, puede suceder que esos beneficiarios del contrato celebrado ya no existan, y es ahí donde surge la pregunta ¿Qué sucede con los bienes

fideicomitidos? Antes de contestar la pregunta se debe recordar que el beneficiario se hace beneficiario en virtud de una deuda o acreencia que fideicomitente (deudor) tenía con él primero, para así, satisfacer y cumplir la deuda en los plazos pactados, por tanto, el hecho de que ya no exista el beneficiario no quiere ello decir que los herederos o descendientes no ejerzan su derecho y reclamen lo que les pertenece.

Una vez precisado lo anterior, se entiende que, en razón a la inexistencia del beneficiario principal, proceden los herederos de éste a ser parte de cumulo de acreedores y por ende, a tener derecho sobre los bienes fideicomitidos. Así entonces, en cuanto al contrato de fiducia celebrado y que otorgaba a una persona determinada los beneficios, será posteriormente ésta suplantada por los descendientes, quienes cobrarán lo que por derecho le corresponde.

Caso contrario sucede cuando los beneficiarios están desaparecidos, o como tal, no se tiene ubicación de ellos. En este punto, es indispensable que la sociedad fiduciaria:

En cumplimiento de los deberes de diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes en el desarrollo de sus relaciones contractuales, a que se refiere el numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y los deberes indelegables que le determina el artículo 1234 del Código de Comercio, podrá acudir a los mecanismos judiciales de rendición espontánea de cuentas regulada en el artículo 419 del Código Civil, y los artículos 408, numeral 4 y 419 del Código de Procedimiento Civil; o al de pago por consignación establecido en el artículo 420 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, a efectos de dar cabal cumplimiento a las obligaciones de atención y pago de las obligaciones garantizadas con cargos a los recursos fideicomitidos que fueran pactadas contractualmente, por lo cual también le cabe responsabilidad al fideicomitente.

3. INSOLVENCIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA

Puede ocurrir que algunos contratos no produzcan efectos jurídicos y sean ineficaces en virtud del acto jurídico en el que fueron celebrados. Es necesario recordar que existe en el ordenamiento jurídico establecidos unos requisitos imprescindibles o esenciales que, a falta parcial o total de los mismos, hacen que el contrato no nazca a la vida jurídica. Por consiguiente, los contratos pueden ser ineficaces o por inexistencia de los mismos o por inexistencia e invalidez de los mismos derivándose entonces nulidad absoluta o relativa. Algunos doctrinantes y juristas determinan como causal de invalidez la rescisión por lesión enorme que es una forma de terminar los contratos y de evidenciar su ineficacia conforme a lo establecido en el Código de comercio artículo 897 que prescribe la ineficacia en los siguientes términos: *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

Por otra parte, algunos legisladores no admiten el concepto de inexistencia de contrato teniendo en cuenta que los supuestos de existencia los contemplan en los de nulidad absoluta. La eficacia e ineficacia del negocio jurídico tiene verdadera relevancia cuando una autoridad competente así lo concluye, porque decide por los atributos del contrato como un acto inexistente. Al respecto cabe señalar que la nulidad del negocio jurídico que se celebre mediante el contrato de fiducia, de acuerdo con el artículo 899 del Código de Comercio, se configura en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga (causa u objeto ilícitos), y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz. Así mismo, el Código Civil en su artículo 2475 señala que no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen

No existe el contrato cuando este no produce efectos, puesto que no nace a la vida jurídica porque falta alguno de los elementos esenciales exigidos por la ley, esta es la razón por la cual algunos consideran que se equipara en sus efectos a la nulidad absoluta que de manera reiterativa hay que decirlo, produce verdaderas implicaciones jurídicas a través de una decisión judicial. Son causas de la inexistencia del contrato, en primer lugar, la falta de

voluntad o ausencia absoluta de consentimiento, tal como ha quedado establecido en el artículo 1510 del Código Civil¹⁵; en segundo lugar, cuando no se determina el objeto, y finalmente, si existe un defecto de forma en los contratos solemnes o falta un elemento esencial.

Adicionalmente, a diferencia de la inexistencia, la invalidez parte de reconocer que el acto o contrato nace a la vida jurídica, pero por decisión judicial puede desaparecer por los efectos nocivos que este produce. En este orden de ideas, se puede acreditar la invalidez de un contrato por la nulidad absoluta del mismo si se tiene en cuenta que puede ser nulo de pleno derecho porque desde el punto de vista de los sujetos intervinientes de alguno de ellos se predica incapacidad absoluta; igualmente puede ocurrir que el objeto o la causa son ilícitos o inmorales; o porque el contrato adolece de algunos defectos por desconocimiento de principios generales de orden público y de buenas costumbres.

Por otra parte, puede existir nulidad relativa porque prevalece algún interés particular y privado, pues según el artículo 1743 del Código Civil “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes. La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido” (Artículo 1743 Código Civil)

El principio de nulidad relativa surge cuando alguno de los intervinientes adolece de incapacidad relativa, o cuando existiendo consentimiento, este se encuentra viciado por error, violencia o dolo. Aunque la ignorancia de la ley no sirve de excusa es necesario tener

¹⁵ Código civil art 1510: *El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiase empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiase vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiase comprar otra.*

en cuenta que cuando uno o ambos contratantes se hayan equivocado se puede viciar el consentimiento. Igualmente, los actos y contratos jurídicos requieren de la manifestación de la voluntad libre de las partes, de tal modo que cualquier forma de coacción es un vicio del consentimiento. Por otra parte, toda maniobra engañosa utilizada para inducir a una persona o mantenerla en el error se califican como dolo y se incluye en los vicios del consentimiento, así como la lesión enorme que experimenta una de las partes generándose un perjuicio pecuniario.

3.1. Pago con los bienes fideicomitidos.

La fiduciaria en virtud del contrato de fiducia celebrado con el constituyente está en la obligación de dar cumplimiento a cabalidad de cada una de las cláusulas contenidas en el mismo. Dicho cumplimiento no solo se refiere a la gestión y administración de los bienes, sino que, también hace referencia al pago como tal que debe realizarse al beneficiario como medio de cumplimiento de la obligación que el fideicomitente contrajo con este último. (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Título Quinto)

Por lo anterior, debe la sociedad fiduciaria realizar el pago de los certificados fiduciarios tomando como monto el capital e intereses pactados y causados; en dado caso que dicho monto supere el valor autorizado o establecido en el acto constitutivo, deberá la sociedad fiduciaria realizar el pago únicamente hasta la concurrencia o límite de lo autorizado a cargo de los bienes fideicomitidos, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual.

Si, por el contrario, los bienes objeto de la fiducia no resultan ser suficientes por desvalorización, pérdida u otra situación, compete a la fiduciaria cancelar el valor que alcance y lo demás que no logro ser atendido, debe ser resultado por el fideicomitente, es decir, se generaría un saldo a su cargo.

3.2. Valorización o depreciación de los bienes fideicomitidos

El fiduciario tiene la obligación de administrar y manejar los bienes según su naturaleza con los cuidados y precauciones y buscando las mejores y seguras condiciones de inversión y remuneración. Los bienes constituidos en fideicomiso deben producir los frutos y rendimientos económicos esperados manteniendo su naturaleza. En este orden de ideas, la administración de los bienes fideicomitidos debe responder por su manejo y en lo establecido por el código civil colombiano se considera que existen diferentes grados de conducta con relación a la responsabilidad; la primera conducta como culpa grave consistente en no manejar los negocios con suficiente cuidado; la culpa leve referida a la falta de diligencia y cuidado; y la culpa levísima o falta de esmerada diligencia de un hombre experto. En este sentido, en todos los eventos se presume que existe una conducta omisiva o imprudente en el manejo de los negocios y de los bienes. Se colige entonces que de la administración adecuada o no de los bienes se puede derivar una responsabilidad penal, fiscal, disciplinaria, administrativa y tributaria.

Los dividendos generados por la valorización de los bienes fideicomitidos así como la depreciación de los mismos son eventos y situaciones jurídicas que deben estar previstas en la constitución del contrato y que en el entendido de ser esta ley para las partes, es el referente que se debe tener en cuenta para resolver las eventualidades problemáticas que se presenten en relación con la administración de los bienes; en su defecto, cuando no haya sido previstas todas estas situaciones se resolverán conforme a la ley vigente.¹⁶

¹⁶ Concepto 2006057819-0001 (2007): a) *Tratándose de contratos de fiducia en garantía en desarrollo de los cuales una sociedad fiduciaria expida certificados fiduciarios, cuya finalidad no es otra que la de emitir a favor de un determinado acreedor designado en el acto constitutivo o en documento o instrucción posterior, una constancia de que el pago de dicha acreencia se encuentra respaldado con cargo a los bienes fideicomitidos, lo usual, salvo convención expresa en contrario, la entidad fiduciaria al momento de proceder a hacer efectivo el pago de tales certificados fiduciarios debe tomar el valor de la obligación incluidos capital e intereses pactados, aplicando al pago el máximo establecido. En el evento en que la suma a deber, por cuenta de los accesorios, supere el monto máximo autorizado o determinado en el acto constitutivo o en las instrucciones impartidas, la sociedad fiduciaria únicamente podrá realizar el pago de las acreencias garantizadas hasta concurrencia del valor que le haya sido autorizado pagar con cargo a los bienes fideicomitidos por cuenta de cada acreencia, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual si actuare en contrario.* b) *Si a contrario sensu, los bienes fideicomitidos comprometidos para el pago de acreencias fiduciarias no resultaren suficientes, sea por desvalorización de los mismos, por pérdida o cualquiera otra circunstancia que deberá analizarse, las obligaciones garantizadas no podrán ser atendidas en forma suficiente, de manera tal que pueda resultar*

3.3. Bienes fideicomitidos y riesgo

De acuerdo con la normatividad colombiana y el sentido común es más que obvio que cuando alguna persona tiene el deber de conservación y custodia, así como la administración y gestión de bienes, debe primar en su actuar el deber de cuidado (artículo 1606 Código Civil).

Zusman (1980) afirma que tal teoría se encuentra íntimamente ligada con la inejecución o extinción de las obligaciones, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o inexistencia de culpa.

Por su parte Jorge (Suescún, 2003), afirmó:

La obligación que tiene por objeto la cosa que se pierde debe tener su fuente jurídica en un contrato bilateral. Si la referida obligación proviene de un contrato unilateral, el problema de los riesgos no puede presentarse, ya que en esta clase de vínculos jurídicos una de las partes se obliga para con la otra, que no asume obligación o contraprestación alguna, de manera que la pérdida fortuita de la cosa extingue la obligación única. Esto significa que el acreedor asume las consecuencias de la pérdida. En otras palabras, quien pierde el derecho es el único que lo tiene. (Suescún, 2003, p. 27)

Al respecto, Ospina y Ospina (2000) sostienen:

En el contrato de sociedad y en cualquier otro contrato bilateral [mercantil] que genere obligación de dar o entregar especie o cuerpo cierto, la pérdida de esta, no imputable al deudor ni al acreedor, es de cargo de este último, quien debe cumplir las obligaciones de su cargo (*res perit creditor*). No así en la compraventa, respecto de la cual la ley mercantil expresamente invierte el principio: el contrato se disuelve y, por tanto, se extinguen las obligaciones correlativas a cargo del acreedor a la entrega o tradición de la especie perecida [sic]. (Ospina & Ospina, 2000, pag 588.)

un saldo a cargo del fideicomitente.c) De todos modos, e independientemente de las circunstancias particulares de cada caso, lo cierto es que la sociedad fiduciaria deberá desplegar su mejor gestión a efectos de que se atienda, en materia de acreedores garantizados, lo pactado en el acto constitutivo o instruido en documento o acto separado, acudiendo frente a cualquier duda a los principios de interpretación de la ley aplicables al contrato por vía especial o analógica.

3.4. Extralimitación del derecho de disposición

El contrato de fiducia en garantía es aquel por medio del cual se transfieren unos bienes a una entidad en virtud de una específica obligación. El hecho de que la fiduciaria contraiga obligaciones diferentes o por fuera de la finalidad encomendada en el acto constitutivo, es decir, se extralimite de sus funciones y de su gestión, inevitablemente entrará a responder con su propio patrimonio, pues así doctrinariamente se ha establecido por Abelulik (1993), Aramburo (2008), Arrubla (2007), Diz (2006) y Rozo (1998) entre otros.

Garreta (1997) expresa y explica como tales irresponsabilidades en cierto punto pueden llegar a afectar la economía o la actividad comercial de una sociedad, pero, aún más interesante como Roca Guillamón (2009) traspasa la barrera de lo societario y se ubica en lo concursal al afirmar:

A lo largo de la tramitación del concurso los administradores pueden incurrir en responsabilidades de distinta naturaleza, lo que sin embargo no excluye que puedan provenir de unos mismos hechos y actuaciones. Nada impide que una conducta sea al mismo tiempo integrante de un tipo penal, generar una responsabilidad tributaria y, además, la obligación de reparar en el ámbito civil los daños causados como consecuencia de la conducta antijurídica (Roca, 2009, p.981)

Finalmente, se resalta lo que la estudiada Ley establece acerca de la responsabilidad de los socios, los administradores, revisores fiscales y empleados:

Artículo 82. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del

interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

4. CONCLUSIONES

De la información recopilada en este segundo artículo respecto del concepto de fiducia mercantil en el marco de la insolvencia empresarial se pueden derivar las inferencias siguientes:

1. El contrato de fiducia puede incluir mecanismos orientados a que la entidad fiduciaria garantice la correcta valorización o depreciación de los bienes fideicomitidos.
2. La responsabilidad de la fiduciaria que administre los bienes fideicomitidos puede tener diferentes niveles de responsabilidad, que pueden ocasionar responsabilidad penal, fiscal, disciplinaria, administrativa y/o tributaria, dependiendo de su naturaleza y gravedad. La existencia de estos niveles de responsabilidad constituye una garantía adicional para los acreedores que tengan derechos sobre los bienes fideicomitidos.
3. Las entidades fiduciarias que contraigan obligaciones diferentes o que extralimiten la finalidad del contrato de fiducia, deben responder por las consecuencias de tales decisiones con su propio patrimonio.
4. Los socios, administradores, revisores fiscales y empleados serán responsables de las desmejoras ocasionadas por sus conductas dolosas o culposas frente a los bienes fideicomitidos.
5. Una de las garantías de la figura de fiducia es que el promotor puede ser removido o sustituido por los acreedores y el deudor cuando existan causales objetivas o cuando sesga su ejercicio profesional para favorecer a cualquier sujeto procesal en el ejercicio de sus funciones. Adicionalmente, el promotor no puede actuar como representante legal del deudor, por generarse conflicto de intereses.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeluik, J. R., 1993. *Las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Acosta, M. & Tania, M., 2001. *Manual de concursos mercantiles y quiebras*. México: Editorial Porrúa.
- Aramburo, M., 2008. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas*, 38(108).
- Arrubla, J., 2007. *Abuso de la posición dominante contractual, en regulación financiera, bursátil y derechos del consumidor*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Batiza, R., 1985. *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición ed. México: Porrúa.
- Cabrera, M., Pulido, A. & Rocha, A., 2016. Dinámica del comercio bilateral China-Colombia sector calzado. Un análisis desde el mercado local, en el contexto del libre comercio global. *Revista Teckne*, 13(2).
- Cámara de Comercio de Bogotá, 2000. *Laudo Arbitral, BASF Química Colombiana S.A., Novartis de Colombia S.A., Productos Fitosanitarios Proficol El Carmen S.A. y Monsanto Colombiana Inc. vs. Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. de julio 19 de 2000.*
[En línea] Available at:
http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/19148/basf_quimica_colombiana_y_otros_vs_fiduciaria_anglo_2000_07_19.pdf?sequence=1&isAllowed=y
[Último acceso: 12 noviembre 2017].
- Decreto 2130, 2015. *Presidencia de la República*. Bogotá: por el cual se modifican y adicionan normas en materia de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015 y se dictan otras disposiciones.

- Decreto 962, 2009. *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamentan los artículos 5°, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores.
- Díz, E., 2006. *Teoría de riesgo*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Garreta, J. M., 1997. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. Madrid: Marcial Pons.
- González, D., 2016. Diagnóstico del reconocimiento y revelación de los activos intangibles en Colombia frente a la NIC 38. *Trabajos de Grado Contaduría UdeA*, 8(1), pp. 17-32.
- Guevara, A. & Vergara, L., 2014. *El rol de los conciliadores en la insolvencia económica de la persona natural no comerciante*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Isaza, Á. & Londoño, Á., 2011. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Bogotá: Legis.
- Ley 1116, 2006. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.
- Ley 794, 2003. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones.
- López, H. F., 2007. *La jurisprudencia arbitral en Colombia, Tomo IV*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martín, F., 1923. *La convocatoria de acreedores y la quiebra*. Buenos Aires: Oyuela.
- Mongua, J., 2015. Intervención Económica de Empresas en Dificultad: El Caso Colombiano. *Revista Republicana*, pp. 11-29.
- Negre, L., 1996. *Los acreedores laborales en el proceso concursal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Ospina, G. & Ospina, E., 2000. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta ed. Bogotá: Temis.
- Pereira, R., 2015. *Derecho concursal*. Bogotá: Leyer.
- Pérez, Á., 1998. *Teoría general de las obligaciones. Vol. II*. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento de Chile.
- Roca, J., 2009. Responsabilidad Civil de los administradores concursales. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Volumen 10, pp. 95-116.
- Rodríguez, D., 1998. *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Pamplona: Arazandi.
- Rodríguez, J. J., 2007. *Nuevo régimen de Insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rozo, P., 1998. Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el Derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*, Volumen 4.
- Soriano, D., 2013. Aspectos jurídicos sobre el rol de la fiducia en el mercado de capitales. *Panorama*, 7(12), pp. 143-170.
- Suescún, J., 2003. *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Superintendencia Financiera, 2004. *Concepto N° 2004029979*. Bogotá: Superintendencia Financiera.
- Superintendencia Financiera, 2007. *Concepto N°2006057819-0001*. Bogotá: Superintendencia Financiera.
- Superintendencia Financiera, 2013. *Oficio 220-227601*. Bogotá: Superintendencia Financiera.

Superintendencia Financiera, 2014. *Oficio 220-005655*. Bogotá: Superintendencia Financiera.

Zusman, S., 1980. *La Teoría del Riesgo*. Buenos Aires: s.n.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	3
1. APROXIMACIÓN CRÍTICA A SITUACIONES JURÍDICAS RELEVANTES	4
1.1. Cuando los trabajadores reclaman los bienes de la fiducia en garantía.....	5
1.2. Acreedores del fiduciario excluidos de la garantía general y terceros no señalados.	8
1.3. Pluralidad de contratantes.....	11
1.4. Cláusula compromisoria para el proceso concursal.....	13
1.5. Sucesión del fideicomiso por muerte de uno de los socios.....	16
2. TENDENCIAS Y SESGOS EN EL PROCESO CONCURSAL	16
2.1. Procesos paralelos.....	20
2.2. Por la liquidación de la empresa a la inexistencia de beneficiarios.	24
3. INSOLVENCIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA.....	25
3.1. Pago con los bienes fideicomitidos.....	28
3.2. Valorización o depreciación de los bienes fideicomitidos.....	29
3.3. Bienes fideicomitidos y riesgo.....	30
3.4. Extralimitación del derecho de disposición	31
4. CONCLUSIONES	32
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33