

**LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA
EMPRESARIAL**

YURANY PINEDA HERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
BOGOTÁ
2018**

**LA FIDUCIA MERCANTIL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA
EMPRESARIAL**

YURANY PINEDA HERNANDEZ

DIRECTOR:

DR. FABIÁN LÓPEZ

**Trabajo presentado como requisito parcial para obtener el título de Máster en
Derecho Contractual Público y Privado**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
BOGOTÁ
2018**

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

Yurany Pineda Hernández*

RESUMEN

En este artículo se presenta la primera 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 redundan en bien del empresario.

En el primer capítulo se analizan los aspectos generales de la fiducia mercantil de garantía. El segundo capítulo abarca nueve tópicos sobre la fiducia en los procesos concursales, como son los conceptos de empresa, los activos y los pasivos, las normas sobre derecho concursal, la ley 116 de 2006 y los procesos de reorganización.

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 paper deals with the study of mercantile fiduciary, 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.

In the first chapter the general aspects of the mercantile guarantee trust are analyzed. The second chapter covers nine topics on fiduciary in insolvency proceedings, such as business concepts, assets and liabilities, rules on bankruptcy law, law 116 of 2006, reorganization processes, a critical approach to legal situations relevant in these processes, the analysis of trends and biases in the bankruptcy process and the insolvency and nullity of the fiduciary contract. Based on these topics, the third chapter presents the main conclusions of the study regarding the usefulness of commercial trust in the framework of corporate insolvency.

Key words:mercantile trust, corporate insolvency.

INTRODUCCIÓN

Actualmente en el marco de la globalización, del desarrollo y crecimiento económico de las multinacionales y transnacionales, de tratados de libre comercio, de capitalismo y del pos-capitalismo, las empresas cuyo objeto y razón social están sustentados en formas clásicas y tradicionales en relación con la administración de los bienes o la producción de servicios, en determinados espacios y tiempos corren el riesgo de presentar situaciones de insolvencia. Dado que el modelo económico en sí mismo está permanentemente reinventándose en la era de lo virtual y de la nanotecnología exige que las empresas estén dispuestas a afrontar los retos y desafíos del presente y el futuro, para evitar quedar rezagadas del acelerado devenir y ambiente virtual del mundo de los negocios. (Guevara & Vergara, 2014)

De acuerdo con Solano (2013), en este contexto de riesgo e incertidumbre cobran mayor importancia todas las figuras jurídicas de garantía y especialmente el de la fiducia en razón de la globalización del mercado que rompe las fronteras y soberanías. En Colombia, esta forma de contrato se puede hacer entre las partes, al igual que puede existir una casa matriz de fiducia en determinado Estado extranjero y desde allí respaldar franquicias en otro Estado. Igual situación puede ocurrir con las sociedades que actúan como fideicomitentes. (González, 2016)

De esta manera, de acuerdo con Mongua (2015), el contrato de fiducia fundamenta las relaciones comerciales nacionales e internacionales y le genera seguridad jurídica, económica y financiera a un tipo de sociedad líquida que culturalmente se adapta a diferentes estilos de vida, pero que en las relaciones contractuales necesita de elementos garantes y de instancias coactivas con el fin de comprometer la voluntad de las partes.

Los puntos que sirven de referencia a la sociedad actual no son los mismos que tradicionalmente se mantenían. Al contrario, los diferentes mundos culturales de la política,

del derecho, de la economía, de la educación, cada día tienen mayor influencia global y homogeneizadora, lo cual sugiere que las decisiones y las acciones que se toman en los diferentes contextos están expuestas al riesgo y la incertidumbre. En este escenario, el derecho está llamado a proponer mecanismos idóneos que den respaldo a las relaciones civiles y comerciales entre las personas jurídicas.

Las legislaciones arraigadas en la tradición jurídica de occidente han desarrollado aspectos generales y comunes de la fiducia de garantía, de lo cual facilita la persistencia y expansión de la globalización. Para ello, la sociedad y el Estado tienden a un ordenamiento jurídico cada vez más universal, y, en consecuencia, doctrinantes y juristas de cada Nación hacen acopio de las normas internacionales y decantan la normatividad teniendo en cuenta las características y contextos regionales. (Guevara & Vergara, 2014)

La sociedad asalariada ha nutrido su economía y sus finanzas a partir de los beneficios y ventajas que ofrece una empresa determinada. En la actualidad las empresas nacionales afrontan crisis y corren grandes riesgos debido a que un porcentaje representativo de compradores prefieren los productos importados o producidos por la industria foránea; esta situación ha ocasionado que buena parte de las empresas que eran nacionales hoy sean propiedad de multinacionales extranjeras; esta realidad tiene un alto impacto en los individuos y en la sociedad en general. (Cabrera, et al., 2016)

En este orden de ideas, una sociedad que ha vivido tradicionalmente del empleo hoy tiene que afrontar una nueva realidad económica. Estas situaciones irregulares del mercado, de la sociedad laboral, de la sociedad del mercado, de la sociedad del consumo, tienen un alto impacto sobre el ordenamiento jurídico.

Ante el carácter inevitable que tienen varios de los riesgos derivados de esos negocios que caracterizan la sociedad moderna, la fiducia mercantil está llamada a crear unas nuevas condiciones de confianza o respaldo, generando un nuevo clima que hace viable algunos intercambios comerciales que no serían viables si esa figura jurídica. Ante la relevancia que tiene ese mecanismo, en el presente trabajo se aborda su estudio jurídico, específicamente cuando se trata de empresas que enfrentan situaciones de insolvencia.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA FIDUCIA MERCANTIL DE GARANTÍA

En una primera aproximación conceptual, la fiducia es la concepción del trust como una institución que desempeña múltiples funciones; sin embargo, lograr una definición que logre integrar todas sus ventajas funcionales resulta un reto complejo, lo cual ha conducido a que la doctrina haya optado por describir la operación en lugar de definirla (Arrubla, 2013). Por su parte, la fiducia en garantía para algunos doctrinantes, entre los que se encuentra Eduardo Casas (1997) y Eduardo Castillo (2011) se entiende como la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. Esta garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de bienes fideicomitados para que, con su producto, o mediante dación en pago se cancele el valor de las obligaciones garantizadas, tal como quedó establecido jurídicamente por la Superintendencia Financiera en la circular básica jurídica de 2014:

Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.

A los contratos de fiducia en garantía le son aplicables en lo referente al registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario y las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013, de conformidad con el párrafo del art. 3 de la misma ley. Adicionalmente, se señala que el registro establecido en la citada disposición tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del art. 55 de la Ley 1116 de 2006.

El negocio fiduciario en garantía puede presentar las siguientes modalidades:

8.4.1. Fiducia en garantía propiamente dicha: consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitados para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada.

8.4.2. Fiducia en garantía y fuente de pagos: consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma. (Superintendencia Financiera, 2014, pp. 15-16)

No obstante, lo antedicho ha sido fuente de conflicto en Colombia puesto que, atendiendo a la cultura jurídica, hubo el temor de que la fiducia se convirtiera en una institución jurídica que permitiría ciertas maniobras de insolvencia, desconociendo que la transferencia de bienes a través del contrato de fiducia no constituye en sí mismo un medio en función del empresario para insolventarse; teniendo en cuenta que cuando un fideicomitente transfiere el derecho de dominio sobre un bien a la fiducia, su patrimonio cambia la naturaleza, puesto que, se constituye en patrimonio autónomo (Rodríguez, 2005, p. 198), máxime si se tiene en cuenta que con la celebración del contrato el fiduciario no puede adquirir taxativa y el dominio sobre los bienes sino que éste tiene la obligación de transferir nuevamente el dominio de los bienes objeto del contrato al fideicomitente o a sus herederos (Artículos 1238 y 1242 del Código de Comercio). Pues, el fiduciario asume la responsabilidad de un pasivo por el valor de los bienes del que el fideicomitente es acreedor, es decir, éste o el fideicomitente cambia un derecho real de dominio sobre un bien por un derecho personal respecto de la fiduciaria, sin que por ello se disminuya su patrimonio.

Entonces, jurídicamente hablando, los acreedores anteriores a la constitución de la fiducia no pueden perseguir los bienes transferidos mediante este tipo de contrato, pero si

pueden perseguir los derechos de usufructo derivados de la fiducia sin que necesariamente tengan que impugnar el contrato de fiducia, el cual, como se ha dicho en el anterior artículo, sí puede ser impugnado.

Las disposiciones en relación con el contrato de fiducia del sistema jurídico colombiano coincide con el sistema jurídico latinoamericano, en tanto en cuanto, doctrinantes y juristas, una y otra vez retornan a la cultura jurídica occidental; en este sentido respecto de lo anterior las cosas serían distintas si en el contrato de fiducia o por documento posterior, el fideicomitente designe específicamente a un beneficiario de la fiducia; este acto de designación de beneficiario es un acto de disposición del derecho de cobro contra la fiduciaria, en el cual, sustituyendo al fideicomitente se coloca al beneficiario en posición de exigirle a la fiduciaria la entrega de los bienes transferidos a través de la celebración del contrato, y en este caso en particular los acreedores anteriores a la designación del beneficiario, pueden impugnar quizás siguiendo el procedimiento propio de la acción pauliana, conforme al ordenamiento jurídico.

El artículo 1238 del Código de Comercio Colombiano, en criterio de Panesso(2016) es visto como un obstáculo en el proceso de viabilidad de la fiducia mercantil, de la seguridad jurídica y de lo que significa la transferencia en un negocio de gestión de intereses ajenos. En tanto que Piandoy (2016)sostiene que éste artículo en sí mismo crea una acción objetiva para la terminación anticipada del contrato porque como lo manifestó Hernán Fabio López Blanco, “perseguir” no es sinónimo de embargar o de medida cautelar, y que no todo el que “persigue” tiene por éste solo hecho acción ejecutiva y menos derecho a medida cautelar; asimismo, tal como se ha expresado en el Código Civil Colombiano(1887), en el artículo 27, no habiendo desde el punto de vista gramatical lugar a inferir que la palabra “perseguir” implica acción ejecutiva o medida cautelar cabe aplicar el artículo 30 del Código Civil Colombiano, y de acuerdo con su texto utilizar el contexto de la ley en relación con la acción de los acreedores anteriores a la constitución del contrato de fiducia.

Igualmente, puede ser referente de interpretación el principio general expresado en el artículo 2488 ibídem, según el cual, los acreedores tienen garantía en los bienes presentes y

futuros del deudor y nunca en los pasados; más aún, el contexto de la ley conforma al artículo 1240.8 del Código de Comercio, indica el contenido de la acción de los acreedores anteriores: es darles la facultad de terminar el contrato y no la embargar los bienes, pues, la causal de terminación del contrato no es el embargo de los acreedores anteriores a la fiducia. Por lo tanto, para que se termine el negocio fiduciario bastará que se pruebe que la obligación es anterior a la fecha del contrato, sin tener que demostrar elementos subjetivos de ánimo fraudulento. Quiere lo anterior decir que existen divergencias de interpretación entre doctrinantes y juristas, quienes sostienen la alternativa de la acción pauliana, pues esta requiere demostrar el acuerdo fraudulento del fideicomitente y la fiduciaria, además de la insuficiencia de activos del fideicomitente para responder por sus obligaciones.

Para Arrubla (2013), no se consagra una acción pauliana sino una acción objetiva, sin que el tercero tenga que asumir la penosa tarea de demostrar el difícil elemento subjetivo del consenso fraudulento, luego, se genera un elemento de control en orden a que la fiducia no sea instrumentalizada para proteger al fiduciante y burlar a los acreedores. (Manrique, 1998)

Conforme al inciso segundo del artículo 1238 del Código de Comercio, se debe demostrar sólo el fraude y puede ser utilizado por cualquiera que haya celebrado el contrato de fiducia, en tanto que en el primer inciso y en el numeral 8 del artículo 1240 *ibídem*, solo hay que demostrar que la obligación es anterior y sólo puede ser usada por los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución de la fiducia. Por consiguiente, la acción contemplada en el inciso primero produce como efecto jurídico la terminación del negocio fiduciario, mientras que, la acción contemplada en el párrafo segundo produce el efecto de la impugnación y, en consecuencia, la aplicación del principio jurídico “*en derecho las cosas de deshacen como se hacen*”.

En este orden de ideas, el párrafo primero produce efectos a futuro; ahora bien, los derechos de los terceros con los que la fiduciaria adquiere obligación en cumplimiento del contrato de fiducia no deben resultar afectados por la extinción del contrato, en tanto que, el párrafo segundo destruye los efectos del contrato desde su celebración.

De este conjunto de episodios se puede inferir que los acreedores objeto de la garantía son terceros ajenos al vínculo derivado del contrato de fiducia y no partes beneficiarias de la fiducia que pueden correr el riesgo de perder su derecho a la terminación del contrato de fiducia como consecuencia de la acción de los acreedores anteriores o por acción de impugnación del contrato. En esta línea de interpretación hay razón a la acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario con el fin de que se suspenda la gestión del fiduciario, de tal modo que los derechos sobre el fideicomiso que constituyen parte del activo del deudor y que son prenda de sus acreedores se concreten en una suma fija y determinada como resultado de la liquidación del contrato. Las interpretaciones que admite el embargo de los bienes de los acreedores anteriores a la constitución del fideicomiso desconocen el contexto jurídico del negocio de gestión de intereses ajenos y la protección que los terceros de buena fe tienen en este tipo de negocios. El interés de los acreedores del fiduciante, que contratan con conocimiento del derecho de disposición y libre administración que tienen los deudores, tiene que ceder ante la buena fe de los terceros que contratan con la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo. (Manrique, 1998)

La acción de terminación del contrato de la que puede hacer uso el acreedor da derecho al beneficiario a título oneroso y a los acreedores de obligaciones adquiridas en desarrollo de la fiducia para como terceros hacerse oír en el proceso y acreditar su independencia e inoponibilidad frente a la obligación en que se ampara la petición de terminación del contrato.

En este orden de ideas, la fiducia en garantía propiamente dicha instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil se caracteriza por la transferencia de bienes que efectúa el fideicomitente a la fiduciaria. Por lo tanto, los bienes transferidos dejan de ser de propiedad del fideicomitente y salen de su patrimonio para conformar un patrimonio autónomo destinado únicamente a las obligaciones garantizadas mediante el contrato de fiducia. Por consiguiente y en virtud de lo anterior, los bienes transferidos no constituyen prenda general de los acreedores presentes y futuros del fideicomitente, por lo que, en el evento del incumplimiento del deudor – fideicomitente de las obligaciones garantizadas con el contrato de fiducia, la garantía se hará efectiva sin tener en cuenta a sus otros acreedores,

conforme al principio universal del ordenamiento jurídico en el entendido en que el contrato es ley para las partes (Casas, 1997).

Así lo expresa el artículo 1233 del código de comercio: *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*

Por consiguiente, el fiduciario en su condición de propietario del bien o bienes fideicomitidos, tiene la plena capacidad para enajenarlos a terceros o entregarlos a título de dación en pago a los acreedores garantizados con el contrato.

Luego, se puede inferir de lo anterior y de lo que afirma Carlos Manrique Nieto en su libro “La fiducia de garantía” (1998) y Ernesto Rengifo en “La fiducia mercantil y pública en Colombia” (1998), que en el marco de la fiducia mercantil una vez se constituye el patrimonio autónomo, este está destinado únicamente a amparar, respaldar o garantizar el cumplimiento de las relaciones jurídicas obligatorias bien sea con los frutos derivados del mismo o con el producto de su enajenación. al celebrar la fiducia mercantil, se dispone de un aparato o mecanismo jurídico que permite la solución de una obligación -no satisfecha oportunamente- con la intervención directa del fiduciario conforme a las facultades otorgadas, por lo tanto, no es el acreedor quien realiza la garantía.

Sin embargo, es importante advertir que el fiduciario no asume responsabilidad puntual por la eficacia de la garantía, a menos que haya recibido los bienes fideicomitidos por un valor superior a las condiciones de los mismos, o cuando culposamente incurra en el incumplimiento de su gestión por falta de idoneidad y diligencia para concretar y lograr el propósito o finalidad de la fiducia.

En términos generales los bienes que constituyen el patrimonio del contrato de fiducia mercantil son transferidos en términos de propiedad a favor del fiduciario para la formación de un patrimonio autónomo; es decir, la fiducia mercantil, en todos los casos y en sus diferentes expresiones presupone por definición la transferencia por el constituyente o fideicomitente al fiduciario del derecho real de dominio sobre uno o más bienes para un

propósito de confianza. En conclusión, la fiducia mercantil implica la transferencia de la propiedad, la constitución de un patrimonio autónomo y la determinación de una finalidad fiduciaria, sin desconocer, de todas maneras, la plenitud absoluta del encargo fiduciario en razón por ejemplo a fuerza mayor, caso fortuito, mera tenencia, encargo de confianza, etc. (Manrique, 1998; Rengifo, 1998)

2. LA FIDUCIA EN LOS PROCESOS CONCURSALES

2.1. LA EMPRESA

La organización empresarial es parte de la estructura de las sociedades desde hace siglos y en diferentes culturas y países. En el momento actual de la evolución humana, caracterizada por el mercado global, la empresa como unidad comercial e industrial con repercusiones jurídicas debe afrontar retos y desafíos propios del mercado, lo que también implica efectos de orden jurídico.

El Código de Comercio colombiano (1971) en el artículo 25 establece que “*se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*”. Debe distinguirse entre empresa y establecimiento de comercio, por cuanto, la primera se refiere a una organización económica dedicada a la distribución, mediación o producción de bienes o servicios, mientras que lo segundo corresponde a los instrumentos con los que se realizan, ejecutan o materializan los fines de la empresa.

Barrera (1989) afirma que la empresa es el “*conjunto de personas y cosas organizadas por el titular con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes y servicios destinados al mercado*” (pp. 751-752). A su vez, Cervantes (1984) la describe como “*universalidad de hecho, constituida como un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores*

incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado general” (1984, p. 128).

La empresa como actividad económica organizada se caracteriza por ser una entidad de producción de bienes o servicios, en la que se integran el trabajo humano y los elementos materiales e inmateriales, bajo la dirección de un personaje llamado empresario, y el empresario es una persona física o jurídica que de forma habitual ejecuta una actividad dirigida al mercado, de acuerdo con el artículo 20 del Código de Comercio (1971).

2.2. LOS ACTIVOS, LOS PASIVOS Y SU CONFORMACIÓN

Para los efectos del presente trabajo los activos y los pasivos son conceptos contables de importancia central y son definidos por la Unión Europea (2009) como el conjunto de bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro. Dichos activos se pueden clasificar en activo no corriente y no corriente, siendo los primeros los que permanecen en la sociedad por un periodo superior al año o al ciclo normal de la explotación, como, por ejemplo, las inversiones inmobiliarias, las inversiones financieras, los activos por impuestos diferidos. Los segundos son aquellos elementos que se espera vender, consumir o realizar en el transcurso del ciclo normal de explotación, e incluyen las existencias, los deudores comerciales, las cuentas a cobrar, las inversiones a corto plazo, el efectivo y otros activos líquidos, entre otros. Por su parte, los pasivos corresponden a las obligaciones surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro.

De acuerdo con estos conceptos, una empresa puede llegar a encontrarse en situación de insolvencia dependiendo de las decisiones que tomen los empresarios frente a las condiciones que se presenten en el mercado; esas decisiones pueden hacer que los pasivos de la empresa crezcan más rápidamente que el activo corriente, lo cual limita la disponibilidad de recursos para cumplir con las obligaciones adquiridas para mantener la

marcha del negocio. Esta situación no implica, sin embargo, la incapacidad absoluta de cumplir con esos compromisos; en cambio, se trata de una situación transitoria, que puede ser resuelta mediante mecanismos de fiducia, que le generan liquidez a la empresa mientras logra nivelar el flujo de ingresos propios del negocio, con los pasivos previamente adquiridos.

2.3. ALTERNATIVAS ANTE SITUACIONES DE ILIQUIDEZ

La dinámica de los negocios puede generar entonces situaciones de liquidez o de insolvencia; la liquidez corresponde a un fenómeno que se presenta en la caja cuando los recursos que general la operación son insuficientes para atender el pago oportuno de las obligaciones (Isaza & Londoño, 2011), mientras que la insolvencia es descrita como el desequilibrio patrimonial entre el activo realizable y el pasivo exigible. Puede generar efectos en el patrimonio, además, que en los concursos liquidatorios, afecta directamente a los acreedores, puesto que algunas acreencias quedan insolutas o ausentes de pago, concretamente cuando patrimonio resulta ser insuficiente frente al pasivo.

Antes de llegar a estas situaciones de concursos liquidatorios, las empresas usualmente enfrentan situaciones de cesación de pagos, ya sean estas voluntarias o involuntarias, es decir, por decisión de los empresarios a pesar de contar con los recursos necesarios, o por imposibilidad cuando la empresa carece de los recursos líquidos en el momento en que se vence las fechas establecidas para cubrir sus pasivos. Tiene como característica indispensable para el derecho concursal que la mencionada cesación de pagos sea de manera permanente y generalizada, por cuanto no es posible concebir o pensar en un concurso cuando la ausencia de pago es transitoria y con un solo acreedor. (Isaza & Londoño, 2011)

En el evento de que las empresas estén expuestas y en alto riesgo de crisis de liquidez o situaciones similares, algunos empresarios consideran que se deben hacer esfuerzos internos para la inyección de capital o acudir a las líneas de crédito ofertadas por los bancos incluyendo mecanismos tales como el leasing. Además de estas opciones,

pueden estudiarse otras medidas administrativas que permitan la reducción de gastos y de costos, de manera que se mejore la rentabilidad de la empresa. Cuando se adquieren créditos bancarios, se deberán pagar tasas activas de crédito, a lo cual suelen agregarse unos puntos representativos del riesgo (Maynard, 2017). Es decir que, desde el punto de vista financiero, la mejor opción para los accionistas es la aportar ellos mismos los recursos que la empresa requiera, lo que implica correr el riesgo de manera directa, en lugar de reconocerles a las instituciones financieras una tasa adicional por su decisión de ser ellos quienes corran el riesgo.

Algunas empresas reconocidas cuentan con los respaldos económicos requeridos de acuerdo con el monto de sus recursos; pueden captar inversionistas para que provean recursos requeridos, prescindiendo de los bancos; en este caso, lo que está haciendo es aumentar el patrimonio, al compartirlo con los nuevos inversionistas. Sin embargo, no basta la emisión de unos bonos para colocar en el mercado, pues es preciso que existan potenciales compradores y con ello desarrollar un mercado organizado de capital en el que participen diferentes entidades tales como compañías de seguros, administradores de fondos de pensiones y cesantías, y aún fiduciarias como administradoras de proyectos y fondos de inversión.

El hecho de que una empresa enfrente situaciones de iliquidez puede ser considerada como un factor de riesgo, sintomática del incumplimiento de sus clientes en la cancelación de las cuentas por pagar, o en unos márgenes de utilidad insuficientes. Cualquiera que sea la causa, el empresario debe tomar los correctivos correspondientes, dado que tener que acudir a emisión de acciones o créditos bancarios, disminuye la utilidad esperada.

En este tipo de episodios por iniciativa de su propia administración o por su principal banquero, puede estudiarse la constitución de un patrimonio autónomo que reciba algunos activos de la empresa y que a partir de ese momento se convierta en garante de toda la operación y gestión de la compañía, recibiendo créditos de los bancos, adquiriendo materia prima, y comercializando los productos terminados, para generar un flujo de

efectivo que permita pagar los créditos recibidos y poco a poco abonar a las obligaciones anteriores. (Rodríguez, 2007)

Otra opción es la suscripción de acuerdos pre-concordatarios; esta opción consiste en una forma de fideicomiso o garantía, consistente en la convocatoria de los acreedores para acordar acuerdos preventivos; mediante estos acuerdos, se procede a la entrega de activos no monetarios a una entidad fiduciaria para que los administre y cancele a los acreedores los pasivos en la medida en que la empresa vaya mejorando su situación financiera. Estos acuerdos tienen la ventaja de evitar los procesos judiciales, que pueden ser demorados y complejos, además de que pueden generar dificultades operativas como consecuencia de medidas como el embargo de cuentas bancarias; es probable que en los acuerdos pre-concordatarios los acreedores logren condiciones menos favorables que los que esperaban obtener durante el desarrollo normal de su cliente; sin embargo, esas condiciones son a su vez más favorables que las que obtendrían si la empresa llegara a enfrentar procesos obligatorios de concordato.

Dentro de los acreedores pueden estar no solamente los proveedores de materias primas o servicios, sino también la DIAN, los empleados, los arrendatarios de inmuebles y otras partes interesadas en la situación financiera de la empresa. Todos esos interesados deben ser considerados cuando se trata de propiciar y sustentar el acuerdo de reestructuración. (Rodríguez, 2007)

En materia de insolvencia y de procesos de reorganización y liquidación, la Corte Suprema de Justicia respecto a los derechos y prerrogativas de los trabajadores, ha establecido que “al interior del trámite de reorganización deberán pagarse los rubros derivados del contrato de trabajo y reclamados por el quejoso, con preferencia sobre las demás obligaciones de la concursada. La Superintendencia de Sociedades ha advertido que se encuentra en curso el término de dos meses para la presentación de los proyectos de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de los cuales se correrá traslado secretarial por el término de 5 días a fin de que las partes formulen objeciones [si] hay lugar a ello, en cumplimiento del artículo 29 de la ley 1116 de 2006” (Sentencia 12681, 2015). Este tipo de medidas lo que buscan es darle prioridad a los trabajadores como parte más

vulnerable dentro de los afectados por la situación financiera que afecta a todos los acreedores de la empresa.

En cuanto a una posible búsqueda de respondientes, la Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que:

Si los terceros no logran dentro del proceso concursal el pago de sus créditos, explorarán otras vías, como sería en su caso perseguir a quienes sean responsables de modo subsidiario. Pero ya esas acciones serán de su resorte exclusivo, sin que pueda el liquidador arrogarse la legitimación. Dicho más elípticamente, el liquidador paga hasta donde puede, sin que esté obligado ni facultado para salirse de las lindes liquidatorias y buscar quién otro puede pagar los créditos insolutos. El liquidador es representante del deudor en liquidación, mas no representante de los acreedores del mismo. (Sentencia 0364, 2006)

Respecto de la depreciación de los bienes, ha sido la Superintendencia Financiera ha señalado la necesidad de que se haga dando cumplimiento a lo estipulado en el contrato de fideicomiso; sin embargo, de no ser así, es factible que los bienes fideicomitados por el uso y usufructo necesariamente sufran depreciación de su valor comercial.

En este punto, se comparte el planteamiento de Arrubla (2013) sobre lo que sucedería si la fiduciaria llegara a una situación de insolencia y las consecuencias que esto tendría en la gestión del fideicomiso y la protección de los bienes fideicomitados. El autor plantea que *“ante la insolvencia del fiduciante, la fiduciaria tendría el derecho a la separación de la res sub fiducia del resto de los bienes del fiduciante, aún en el supuesto de que estuviese en su poder.”* Así mismo, *“los bienes del patrimonio autónomo, no forman parte de la prenda general de los acreedores del fiduciante. En principio, sus acreedores, cuyo crédito se haya adquirido con posterioridad a la constitución de la fiducia, no pueden perseguir los bienes fideicomitados”*. (Arrubla, 2013, p. 259-260)

De esta manera, el autor firma que

El riesgo de iliquidez se disminuye considerablemente con la figura de la fiducia en garantía, pues los bienes que garantizan la deuda quedan fuera del patrimonio del

deudor (pensemos en una fiducia en dinero) por lo que en este caso no importará su iliquidez sobreviviente y, adicionalmente, tampoco importará la insolvencia posterior a su constitución pues, en principio, los acreedores no podrán reintegrar dichos activos para hacer valer su crédito. (Arrubla, 2013, p. 260)

A continuación, en la Tabla 1 se presentan algunos antecedentes jurisprudenciales relacionados con situaciones de insolvencia y trámites fiduciarios.

Tabla 1. Antecedentes jurisprudenciales

Radicado	T-760 (2013)
Corporación	Corte Constitucional
Magistrado Ponente	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Fecha	31 de octubre de 2013
Accionante	Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A.
Accionada	- Superintendencia de Sociedades - CAMCO Ingeniería S.A.S.
Partes del negocio fiduciario	Fiduciante: Gallego Inmobiliaria S. A. Fiduciaria: Fiducolombia S.A. Beneficiario: Proveeduría Universal y Cía Ltda.
Hechos	<ol style="list-style-type: none"> 1. El 27 de agosto de 2010 ECOPETROL S.A. contrató con CAMCO Ingeniería S.A.S. labores de mantenimiento técnico de las unidades de generación de vapor y energía de la Gerencia en la Refinería Barrancabermeja de ECOPETROL S.A. 2. El 6 de septiembre de 2011 se dio por terminado el contrato, toda vez que CAMCO Ingeniería S.A.S incumplió con el pago de acreencias laborales de 297 trabajadores vinculados en la ejecución del contrato. 3. CAMCO Ingeniería S.A.S. solicitó a ECOPETROL S.A. cancelar las obligaciones laborales por ella incumplidas a costa de sus saldos a favor del contrato, aplicando la Cláusula Vigésima Tercera de las Condiciones Generales del Contrato. 4. En respuesta de lo anterior, ECOPETROL S.A. procedió a realizar los descuentos y los pagos requeridos, conciliando el pago total en \$ 1.730.442.216. 5. El día 28 de septiembre de 2011, CAMCO Ingeniería

Radicado	T-760 (2013)
	<p>S.A.S. presentó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de admisión a un proceso de reorganización empresarial, aceptando se mediante auto el 14 de octubre de 2011.</p> <p>6. ECOPETROL S.A. no fue notificada del proceso de reorganización adelantado por la Superintendencia de Sociedades; además, que en dicho proceso se incorporó como deuda laboral en el balance de pasivos de la sociedad las obligaciones laborales canceladas por la empresa accionante.</p> <p>7. La empresa CAMCO Ingeniería S.A.S. no tramitó ante el Juez del concurso el permiso que permitiría continuar a ECOPETROL S.A. con los pagos por ella solicitados, según lo dispuesto en la ley.</p> <p>8. En relación con el permiso no tramitado por la sociedad concursada, la accionante aduce que la Superintendencia de Sociedades le hizo extensivos efectos no contemplados en la Ley 1116 de 2006, al desconocer que los pagos realizados se hicieron en cumplimiento de lo pactado por las partes en el contrato de ejecución.</p> <p>9. ECOPETROL sostuvo que el a quo desconoció el contrato de cesión de derechos económicos suscrito el 20 de octubre de 2010 entre la Sociedad CAMCO Ingeniería S.A.S. y la Fiduciaria COLPATRIA S.A., en virtud del cual los dineros adeudados por ECOPETROL S.A. a la Sociedad CAMCO Ingeniería S.A.S. se encontraban cedidos a un patrimonio autónomo, por lo que además de la prohibición contemplada en el artículo 17 de la ley 1116 de 2006, tampoco le era posible a la accionante disponer de esos recursos con libre arbitrio ya que los mismos debían ser girados al patrimonio autónomo.</p>
<p>Problema jurídico</p>	<p>¿La Sociedad CAMCO Ingeniería S.A.S desconoció la obligación por la cual había autorizado a ECOPETROL S.A. el pago de acreencias laborales?</p>
<p>Planteamiento de la Corte</p>	<p>Una vez expedido el auto de admisión y apertura al proceso concursal, se generan unos efectos que limitan las facultades del deudor y los derechos de los acreedores. Por un lado, el deudor adquiere la limitación legal que impide continuar con cualquier pago por fuera del giro ordinario de los negocios de la empresa o sociedad, constituir cauciones, hacer pagos o arreglos relacionados con las obligaciones vigentes al inicio del proceso, o llevar a cabo reformas estatutarias; sin</p>

Radicado	T-760 (2013)
	<p>embargo, este mandato contiene una excepción por la cual se permite al deudor realizar cualquiera de estos actos con previa autorización del juez del concurso.</p> <p>Lo anterior, encuentra sustento en la intención que tuvo el legislador de garantizar la igualdad de los acreedores y constituir medidas de conservación del crédito para conservar indemne el patrimonio del deudor desde el momento de la presentación de la solicitud de admisión al proceso, lo cual tiene como finalidad suspender cualquier operación económica que agrave más la situación de la insolventada.</p> <p>Desde la óptica de los acreedores, las limitaciones se enfocan en impedir la terminación de contratos celebrados con el deudor mediante la imposibilidad de oponer el hecho que el deudor fue admitido al proceso concursal como causal para la terminación de contratos. Igualmente, se suspende la iniciación de nuevas ejecuciones o continuación de las que se encuentran en curso. Para estos efectos el legislador ha dispuesto que a través del fuero de atracción se deberán remitir al juez del concurso aquellos procesos de ejecución.</p>
Opinión	<p>Emitido el auto de admisión y apertura del proceso concursal, se suspende todo tipo de pago que este por fuera de las operaciones normales de la empresa; se constituye la imposibilidad de oponer la admisión al concurso como causal de terminación de contratos; se presenta la necesidad de vincular todos los activos y pasivos dentro de la masa concursal; y, la necesidad de cumplir con el requisito de publicidad y vincular a todos los acreedores de la empresa o sociedad y en general, terceros con interés en el proceso.</p>

Expediente	25690
Sujeto del proceso	Convivas Construcciones S.A.
Acreencias	1,2 billones de pesos
Partes	<ul style="list-style-type: none"> - Promotor de Conalvías - Conalvías Equipos SAS, Fincon SAS e Conalvías Inversiones SAS - Acreedores
Posición de	En los próximos 30 días vencerán obligaciones con el sector

Expediente	25690
Conalvías	<p>financiero por un valor cercano de \$ 307.597 millones, que representan más del 10% del total de los pasivos actuales, sin que en este momento la campaña cuente con los recursos suficientes para atender oportunamente con dichos pagos.</p> <p>Aduce Conalvías la incapacidad para pagar a raíz de la pérdida de varios procesos de arbitraje</p>
Decisión	<p>Conalvías fusionará sus cuatro empresas para atender sus pagos (Conalvías construcciones SAS, Conalvías Equipos SAS, Fincon SAS e Conalvías Inversiones SAS).</p> <p>Acordaron reformar los estatutos para así fusionarse.</p>
Opinión	<p>Al ser Conalvías una de las sociedades en materia de vías más consolidadas, resultaba más que apropiado que ésta al ser la encargada de inyectar capital a las demás -Conalvías-, decidiera reorganizarse.</p> <p>Ahora, respecto del proceso de reorganización adelantado, fue indiscutible la división que del capital se hizo para cancelar cada uno de los pasivos de la sociedad, según las prioridades que en la materia se han establecido, entre ellas, la primacía de las obligaciones laborales.</p> <p>Del presente asunto, se resalta la celeridad con la que el mismo se hizo y ello se logra por la organización de la sociedad, la proposición calificada del promotor e idoneidad del mismo, pues fue de tal su competitividad que permitió en corto tiempo que la Superintendencia de Sociedades aprobara el acuerdo de reorganización.</p> <p>Concluyo entonces que dicho proceso es pretendido dentro de una empresa o sociedad que busca la preservación de la misma y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias, a través de una reestructuración administrativa e incluso operacional, en la que por medio de acuerdos o convenios de pago se responde a todo tipo de acreedores.</p>

2.4. DERECHO CONCURSAL

Vélez (2011) realiza una breve historia del derecho concursal moderno colombiano y clasifica en tres las etapas o épocas del derecho concursal.

2.4.1. Etapa peligrósista (1940-1969).

Tras desatarse la segunda guerra mundial, el gobierno colombiano en cabeza del presidente Eduardo Santos expide el Decreto 750 (1940), que establecía como objetivo “*dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota*”, ello, por cuanto dicho Decreto consideraba en estado de quiebra a los comerciantes que incurrieran en mora, es decir, a los que incumplieran las obligaciones contraídas; primaban, entonces, la mala fe y la desconfianza del deudor comerciante, por cuanto, se estipuló en el mencionado decreto la obligatoriedad de un proceso penal, en donde el juez condecor del mismo tenía la facultad de detener preventivamente o hasta condenar penalmente al deudor desafortunado. (Vélez, 2011)

A su vez, Rodríguez (2007) describió las estipulaciones del decreto 750 de 1940 y resaltó que éste permitía la realización de convenios amigables entre los acreedores y el deudor para finalmente celebrar un concordato resolutivo de obligatorio cumplimiento y que fuera aprobado por el juez. Finalmente, fue la Corte Suprema de Justicia la que después de treinta años de vigencia, decretó en 1969 su inconstitucionalidad argumentando que el gobierno había excedido las facultades que por ley le habían sido otorgadas.

2.4.2. Etapa intervencionista.

Aparte de la generalización que para los años sesenta en Latinoamérica se presentaba acerca de la intervención estatal, se sumaba la existencia del vacío legal que la Corte Suprema de Justicia había generado al declarar la inconstitucionalidad del Decreto 750 de 1940, acontecimientos que obligaron al gobierno de Carlos Lleras Restrepo a tramitar de forma urgente una ley de facultades que le permitió expedir el Decreto 2264 (1969), el cual introdujo las figuras del concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio presentados como instrumentos o mecanismo tendientes a la recuperación de las empresas (Vélez, 2011).

Posteriormente, surgió el Decreto 410 de 1971 como fuente innovadora a lo ya establecido en el Decreto 2264 (derogado en razón a la crisis económica), en tanto otorgó mayores facultades a la Superintendencia de Sociedades, al arrebatarles a los jueces y demás funcionarios la administración procesal de los concordatos preventivos obligatorios. La crisis económica del 1982 generó crisis en sectores ya constituidos y posicionados en la economía, por lo que entre las grandes reformas, ya durante el gobierno de Virgilio Barco, dieron paso, con la promulgación del Decreto 350 de 1989, a un nuevo horizonte del derecho concursal colombiano, por cuanto fue la primera vez en la historia de la legislación nacional que se registraba un mayor proteccionismo al empresario (Vélez, 2011).

2.4.3. Etapa aperturista.

Dicha etapa tuvo comienzo con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y con los respectivos ajustes que el ordenamiento jurídico requirió en virtud del nuevo orden constitucional, razón por la cual, se expidió el Decreto 222 de 1995. Al respecto, Rodríguez (2007) refiere de la norma citada que:

Dentro de esta perspectiva histórica, la Ley 222 de 1995 constituye el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales. En efecto, esta ley eliminó definitivamente el instituto jurídico de la quiebra, al disponer en su artículo 242 la derogatoria del Título II del Libro sexto del Código de Comercio. Además, sustituyó toda la normatividad concordataria establecida por el Decreto 350 de 1989 y las reglas del estatuto procesal civil en cuanto a concurso de acreedores. Este estatuto, se encontraba soportado en los criterios de igualdad, eliminación de privilegios a los acreedores fiscales y acceso a los mecanismos de insolvencia por parte de cualquier deudor, evocando normas clásicas del concurso de acreedores sin hacer distinciones en cuanto a la calidad del sujeto. (Rodríguez, 2007).

2.5. LEY 1116 DE 2006

Esta norma establece el régimen de insolvencia empresarial en Colombia, el cual tiene como propósito fundamental la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial. El proceso de reorganización busca a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa de activos o pasivos; en tanto que, el proceso de liquidación judicial busca la liquidación pronta y ordenada y el aprovechamiento del patrimonio del deudor. Además, el régimen de insolvencia permite inferir que propicia y protege “la buena fe” en las relaciones comerciales y patrimoniales y sanciona las conductas que sean incompatibles y contrarias a este principio sustancial del derecho Constitucional.

Adicionalmente, conforme al espíritu jurídico del régimen de insolvencia, la ley establece las personas naturales comerciantes y las personas jurídicas a quienes se les puede y debe aplicar el régimen de insolvencia, así como las personas que están excluidas del mismo. Igualmente, la ley consagra los principios jurídicos del régimen de insolvencia y las facultades y atribuciones del juez competente. Asimismo, plantea los requisitos necesarios para el inicio del proceso de reorganización, así como los supuestos legales para la presentación y trámite de la solicitud pertinente. En este sentido, en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 se describen los efectos jurídicos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización de una persona natural o jurídica, pues, a partir de la presentación se prohíbe a los administradores la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios de garantía que recaigan sobre bienes propios del deudor sin que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos

en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. Así queda prescrito en la Ley los efectos a los que se hace referencia:

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

La celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, deberán obtener autorización de la autoridad competente.

La emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, a través de patrimonios autónomos o de cualquier otra manera, deberán obtener adicionalmente la autorización de la autoridad competente.

Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

PARÁGRAFO 1o. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El

trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8o de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

PARÁGRAFO 2o. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el párrafo anterior.

PARÁGRAFO 3o. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.

De lo antedicho, se puede identificar al sujeto que está legitimado para solicitar la autorización de constitución, ejecución y/o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios con fines de garantía, teniendo en cuenta que el deudor mediante escrito motivado ante el juez de concurso, puede solicitar dicha autorización para la celebración, ejecución o modificación de las fiducias mercantiles o de los encargos fiduciarios.

Igualmente, la Ley prescribe los demás negocios fiduciarios u operaciones que requieren de autorización previa para su celebración, pues, la celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tengan por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores debe obtener autorización de la Superintendencia Financiera, reconocida como la autoridad competente. (Rodríguez, 2007)

Las asambleas académicas son el escenario en donde se plasman cada uno de los interrogantes de la materia y se plantean posturas (Instituto Iberoamericano de Derecho Consursal, 2014). Sin embargo, la norma fuente generadora de derechos y obligaciones estipuló los eventos en los que no se requiere autorización del juez del concurso para ejecutar fiducias mercantiles, pues, cuando se trata de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, se prescribe que no requiere la autorización por parte de la Superintendencia de Sociedades como autoridad competente, igualmente, tampoco en el caso de que la ejecución de una fiducia mercantil en garantía

forme parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

En este orden de ideas, se puede inferir que son ineficaces de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores del empresario, la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles, encargos fiduciarios o patrimonios autónomos que tengan por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores sin la respectiva autorización.

2.6. REORGANIZACIÓN

La Real Academia Española define el termino reorganizar como “organizar algo de manera distinta y de forma que resulte más eficaz”, a su vez, la Ley 1116 de 2006 en su primer artículo establece que “El proceso de reorganización pretende, a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos.”.

Conforme con ese artículo 1 de la nueva normativa se desprende que no todas las empresas son susceptibles de reorganizarse, pues habla solamente de aquellas empresas que sean viables desde todo punto de vista. Lo anterior, por cuanto con el trámite de reorganización empresarial se busca “preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos” (Ley 1116, 2006, p. Artículo 1).

De lo transcrito se desprenden los llamados acuerdos de reorganización, que según Pereira (2015) y de acuerdo con la Ley 1116 de 2006 son un contrato *sui géneris*, pues, “es obligatorio aun antes de su confirmación, porque la providencia que lo confirma es meramente declarativa de la legalidad y conveniencia del acuerdo de reorganización y, en ningún caso constitutiva.” (Pereira, 2015, p. 57).

La enunciada obligatoriedad se predica del deudor concursado respecto del respeto y la ejecución del acuerdo de reorganización, pues, pese a que no interviene directamente

en la celebración del mismo, sí se encuentra consagrado en el art 40 de la legislación estudiada. A su vez, también se predica obligatoriedad de los acreedores disidentes con relación a la celebración del acuerdo por la mayoría prevista en la ley, pues impera el principio “la minoría respeta y se somete a la mayoría”, ya que, el art 31 de la ley 1116 afirma que el acuerdo de reorganización se decide “por el voto favorable de un numero plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos, así como que “las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido...” (Pereira, 2015).

2.6.1. Objetivos de la reorganización.

Para autores como Castillo(2007) yGaraguso(2001) la reorganización tiene como objetivos principales los siguientes:

Recuperación y conservación de la empresa como unidad económica de explotación y fuente de empleo. Lo primero a resaltar es que la recuperación de la empresa hace referencia al saneamiento de las dificultades patrimoniales del deudor, mientras que, la conservación busca solamente mantener la empresa en el estado en el que se encuentra. Lo anterior, porque los acuerdos o procesos de reorganización deben ser compuestos, es decir, deben por un lado buscar la refinanciación de las deudas (pago a los acreedores) y, por otro lado, solucionar las causas de la crisis económica que afronta la misma.(Pereira, 2015)(Pulgar, 1994)

Protección de los acreedores. Dicha protección gira entorno a la satisfacción de sus créditos, sin embargo, tal protección no resulta ser absoluta y ciega por cuanto se estaría en contradicción con el objetivo anterior de “conservación y recuperación de la empresa”. Es decir, para la doctrina es contrario a derecho que en un acuerdo de reorganización se pacte vender bienes indispensables, importantes y fijos a fin de cubrir una deuda, cuando éstapuede ser cubierta con otros bienes que notengan tales calidades. En consecuencia, la mencionada protección está subordinada al principio del acápite anterior.

2.6.2. Presupuestos.

Para solicitar la apertura de la reorganización o la liquidación judicial, la ley 1116 (2006) establece como presupuestos indispensables la pluralidad de acreedores y en consecuencia, la pluralidad de obligaciones incumplidas, pues, como ya se dijo, no es procedente un acuerdo de reorganización cuando el incumplimiento es transitorio y es a un solo acreedor, pues así está expresado en el art 9 de la norma en estudio:

El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. 1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. (Ley 1116, 2006)

Igualmente, para dar inicio al proceso de reorganización o liquidación es necesario un presupuesto subjetivo y uno objetivo. El primero se refiere a las personas que pueden ser sujetos pasivos de este procedimiento, es decir, las personas naturales y las personas jurídicas tal y como el art 2 de la Ley 1116 de 2006 establece:

Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. (Ley 1116, 2006)

Sin embargo, la misma norma excluye de la aplicación del régimen de insolvencia, de acuerdo con su artículo tercero, a:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. 2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias. 3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad. 4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito. 5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial. 6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas. 7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios. 8. Las personas naturales no comerciantes. 9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar. PARÁGRAFO. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores. (Ley 1116, 2006)

Finalmente, el presupuesto objetivo está dirigido a considerar la situación material o los actos que al deudor lo ponen incurso en la insolvencia como lo son la cesación de pagos ya estudiada y la incapacidad de pago inminente que establece la norma en el artículo 9 en los siguientes términos: “El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.”

2.6.3. Liquidación.

La liquidación también conocida en el Código de Comercio como quiebra, y como liquidación obligatoria en la Ley 222 (1995), es un proceso concursal que “*persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor*”.

Dicho proceso de liquidación judicial es lo contrario del proceso de reorganización, pues mientras el primero pretende la liquidación del patrimonio del deudor, el segundo busca la recuperación del deudor por el acuerdo realizado (Martín, 1923) (Negre, 1996). Al respecto, existen dos clases de liquidación a saber: la liquidación judicial y la liquidación voluntaria.

La liquidación voluntaria hace referencia al cumplimiento de una causal de disolución consagrada en la ley, en donde no existe proceso concursal sino un mecanismo de liquidación de las sociedades disueltas, en donde los acreedores no están obligados a solicitar el reconocimiento de las deudas o créditos que existen a su favor, y donde no se terminan los procesos ejecutivos que en contra de la persona jurídica se encuentran en curso (Pereira, 2015).

Caso contrario sucede en la liquidación judicial, pues ella tiene como causa la presencia de una crisis patrimonial del deudor. El termino judicial deja ver que corresponde a un proceso concursal del que hacen parte todos los acreedores y el deudor (Pereira, 2015).

2.6.4. Órganos.

El trámite de liquidación judicial conlleva la realización de varias actividades: la determinación de los activos y pasivos, y la enajenación de esos activos con el fin de distribuirlos entre los acreedores (pasivos) del deudor. Para ello hace uso de ciertas figuras y órganos que orientan su existencia al cumplimiento y la realización de la liquidación. Tales órganos son:

Juez del concurso. “Entre los poderes que tiene el juez del concurso, en relación con la liquidación judicial, pueden señalarse, a manera de ilustración, los siguientes: decretar la disolución de la persona jurídica deudora; separar a los administradores del deudor; terminar contratos de tracto sucesivo; objetar los nombramientos o los contratos hechos por el liquidador, cuando afecten el patrimonio del deudor o los intereses de los acreedores

[...]; reconocer y graduar los créditos; adjudicar bienes del deudor; aprobar cuentas finales del liquidador”(Pereira, 2015, p. 527).

Liquidador. Definido como el representante legal del deudor, pues es el administrador del patrimonio que tiene el deudor en el concurso, así como el administrador del concurso. Tal órgano corresponde según el artículo 67 de la ley 1116 de 2006 a auxiliares de la justicia, como oficios públicos indelegables.

2.6.5. Efectos de la apertura de la liquidación judicial

La liquidación judicial contemplada como aquella figura en donde se da por terminada la actividad comercial de una empresa o sociedad, para diferentes autores son varias y diversas las causas y los respectivos efectos en los socios y como tal en la empresa (Camara, 1989)(Reyes, 2002), por eso mismo, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 los consagra de la siguiente manera:

La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:1. La disolución de la persona jurídica. En consecuencia, para todos los efectos legales, esta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación judicial”.2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.3. La separación de todos los administradores.4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.6.

Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social, con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales.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. Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre. Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados. La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor, responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso. La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.8. La interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial.9. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor. La apertura del proceso de liquidación judicial del deudor solidario no conllevará la exigibilidad de las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores.10. La prevención a los deudores del concursado de que sólo pueden pagar al liquidador, advirtiéndole la ineficacia del pago hecho a persona distinta.11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme

parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan.12. La remisión al Juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, hasta antes de la audiencia de decisión de objeciones, con el objeto de que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. Con tal fin, el liquidador oficiará a los jueces de conocimiento respectivos. La continuación de los mismos por fuera de la actuación aquí descrita será nula, cuya declaratoria corresponderá al Juez del concurso. Los procesos de ejecución incorporados al proceso de liquidación judicial, estarán sujetos a la suerte de este y deberán incorporarse antes del traslado para objeciones a los créditos. Cuando se remita un proceso de ejecución en el que no se hubiesen decidido en forma definitiva las excepciones de mérito propuestas estas serán consideradas objeciones y tramitadas como tales.13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. PARÁGRAFO. Lo previsto en el presente artículo no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión. (Ley 1116, 2006)

Ahora bien, cabe señalar que en la actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano existen regímenes legales para afrontar las situaciones de crisis de las personas jurídicas y naturales, y según el caso en concreto, las empresas pueden optar conforme a la ley por el régimen de insolvencia, por la reorganización empresarial o en definitiva por la liquidación.

Una vez más, es importante advertir que, tal como lo advierte Garrido (2013), es frecuente que el ordenamiento jurídico colombiano se atenga más a situaciones emergentes que a principios que sustenten tanto la formulación teórica como la implementación

práctica de instituciones y recursos jurídicos. Así, por ejemplo, la profunda crisis económica que erosionó y desestabilizó en todos los aspectos al país, que dejó a muchas empresas en una cadena interminable de crisis, con profundas dificultades en el pago corriente de sus obligaciones y debido a otros factores derivados del narcotráfico, del conflicto armado y de la misma corrupción, conjuraron las crisis empresariales y los concordatos constituyeron una solución de naturaleza contractual; es éste el ambiente de hecho en el que emerge una solución de derecho a través de la expedición de la ley 550 (1999) y la ley 1116 (2006).

En el texto “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el derecho comparado y crisis económica)” se registran diferentes posturas ideológicas y experiencias jurídicas que alimentan el debate de doctrinantes y juristas nacionales y extranjeros en relación con el derecho concursal, a saber:

Se afirma, por ejemplo, que el legislador alemán pretendía impulsar procedimientos de insolvencia dirigidos hacia la reordenación más que a la liquidación; sin embargo, el régimen de responsabilidad de la operación de capitalización de deuda no está terminado y es susceptible de generar nuevos problemas en particular, de tal modo que las reformas relativas a los acreedores parecen estar bloqueadas por algunos tribunales con fundamento en disposiciones legales de carácter general, es decir, respecto del procedimiento de reordenación en Alemania no se ha dicho la última palabra. (Garrido, 2013)

Este mismo problema de insolvencia empresarial es una cuestión asumida por el derecho societario que ante la magnitud de la crisis y buscando mejorar la convivencia, legitimar el mercado y evitar abusos y daños directos y colaterales, el legislador en Argentina acude al remedio concursal, no obstante, buscando la eficiencia de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo que amerita intervenir antes que la crisis sea irreversible, desjudicializando los procedimientos o imponiendo una planificación o reestructuración, separando en caso de ser necesario, incluso al empresario de la misma empresa; es decir, la viabilidad de la empresa es directamente proporcional a la rentabilidad de la misma. Por lo tanto, la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la

normativa societaria y residualmente por la vía concursal ante la cesación de pagos, teniendo en cuenta que ente la insolvencia sólo cabe la liquidación. (Richard, 2016)

Con el fin de afrontar el mismo problema la lógica contractualista del derecho concursal chileno se fundamenta en la idea que el procedimiento debe estar dirigido a que los particulares logren, por medio del acuerdo una solución que puede haber sido diseñada previamente por el legislador, aun valorada técnicamente por los tribunales de justicia; luego, el legislador busca que los particulares logren alcanzar una decisión univoca sobre los destinos de los bienes y actividad del deudor. La nueva regulación concursal chilena pretende resolver los problemas estructurales por medio de una menor intervención por parte de los tribunales en función de amparar la privatización de las actividades económicas de la empresa reduciendo costos de transacción, permitiendo la división de acreedores en diversas clases y evitando la dilación del procedimiento. (Serrano, 2014)

En tanto que en Colombia el régimen concursal ha evolucionado favorablemente, haciendo tránsito de los rígidos procesos del siglo pasado hacia un sistema flexible y dotado de instrumentos contractuales para la resolución de los problemas originados en la insolvencia empresarial, es decir, los acuerdos extrajudiciales de reestructuración, dan lugar a beneficios para deudores y acreedores, en la medida en que permiten llegar a los mismos resultados dentro del trámite formal de insolvencia.

Análogamente, el legislador español respecto de los acuerdos de refinanciación los considera un instrumento alternativo al proceso concursal, ofreciendo una concepción y una función muy distante respecto del denominado acuerdo concursal de pagos diseñando un procedimiento en el que participen todos los acreedores, que permita encontrar una respuesta al estado de insolvencia que padece un deudor. la opción acogida por el legislador español es considerar que la intervención judicial no debería en ningún caso suponer obstáculo alguno al desarrollo del procedimiento, debiendo actuar tan solo cuando el acuerdo ya se hubiera logrado, buscando que el derecho positivo disponga de un procedimiento ágil y que asegure la eficacia inmediata del acuerdo extrajudicial de pagos, así mismo, la previa intervención judicial asegura la correcta formación del acuerdo y la eficacia del acuerdo de masa. (Vivero, 2016)

El sistema americano de los Estados Unidos muestra la interrelación entre la economía nacional y la ley de quiebra y las insolvencias empresariales que han ocurrido en las situaciones de crisis que requieren reformas legales y que podrían aliviar el posterior impacto sobre la sociedad. Una economía estancada eleva el nivel de desempleo y los salarios. la crisis económica global genera inseguridad en los mercados locales y regionales; inseguridad en los consumidores que reducen la demanda; los gobiernos toman medidas antinmigración y se pierden derechos y libertades, por lo tanto, el legislador afronta una serie de desafíos y retos causados por los problemas de las quiebras fronterizas y los embates económicos que con urgencia requieren un sistema preventivo confiable para predecir y detectar las zonas de insolvencia empresarial que afectan negativamente la economía.

Antes de 1985 en Francia el derecho concursal buscaba pagar a los acreedores y presumía la culpabilidad del deudor a quien a partir de la cesación de pagos (insolvencia) se le debía castigar. Posteriormente, se buscó actuar lo más pronto posible, antes de la insolvencia, de tal forma que se empezó a desarrollar el derecho concursal. Actualmente la ley busca salvaguardar la empresa como tal y el ordenamiento jurídico añade nuevos instrumentos concursales como caja de herramientas tanto para el empresario como para el juez. De acuerdo con Reinoso, (2016), las soluciones negociadas son la conciliación y la salvaguardia por medio de comités de acreedores que es judicial, pero que supone el voto positivo de ciertos acreedores.

A propósito del mismo problema, la búsqueda de soluciones a la crisis en todos los sectores, a todos los niveles y en términos generales en todos los países, contaminan el ámbito de acción de las empresas comerciales, agrícolas, profesionales y de consumidores, que impulsan a los legisladores a buscar alternativas de solución a partir de nuevas técnicas para resolver las crisis partiendo de la deconstrucción y relectura de instrumentos históricamente concebidos y reglamentados por el legislador en cada uno de los países. En este orden de ideas, el legislador italiano probablemente necesita una nueva sistematización de la ley para resolver la continuidad de una empresa, para ayudarla, respetando la autonomía del empresario y protegiendo la decisión personal. El legislador asume la

cuestión de la continuidad empresarial, la cual le ha permitido concretar la crisis en una disciplina que puede conducir, de acuerdo con la jurisprudencia, a retener que el concordato preventivo sea utilizado solamente en la versión con continuidad empresarial, rechazando aquellos planes que puedan parecer quiebras autogestionadas en cuanto se resuelven en una liquidación desmembrada de la empresa, teniendo en cuenta que una norma afín no tiene sentido en tales casos (Azzellini, 2014)

Lo afirmado anteriormente por expertos nacionales y extranjeros obligan a inferir que el ordenamiento jurídico y cada una de sus instituciones, recursos y medios están en estrecha relación con el contexto económico nacional, regional y global, lo cual obliga a encontrar puntos de afinidad, es decir, la economía, la macroeconomía, los negocios internacionales y el post-capitalismo, son factores de influencia que condicionan la celebración de los contratos y por ende el contrato de fiducia.

3. CONCLUSIONES

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

1. 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.
2. 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. 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.

3. 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.
4. 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 atendándose 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.
5. 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
6. 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.

7. De este ejercicio de consulta documental y de acercamiento y profundización sobre el negocio fiduciario, se puede inferir 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.
8. 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.
9. El contrato de fiducia puede incluir mecanismos orientados a que la entidad fiduciaria garantice la correcta valorización o depreciación de los bienes fideicomitidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrubla, J., 2013. *Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Azzellini, D., 2014. ¡Si, podemos! Empresas recuperadas por sus trabajadores en el hemisferio norte durante la crisis actual. *Revista ORG & DEMO*, 15(1).
- Barrera, J., 1989. *Instituciones de derecho mercantil*. México DF: 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).
- Camara, H., 1989. *Algunas reformas menores. El concurso preventivo y la quiebra*. Buenos Aires: Depalma.
- Casas, E., 1997. *El abc de los servicios fiduciarios en Colombia: recuento histórico y evolución técnica y jurídica desde la ley 45 de 1923 hasta nuestros días*. Bogotá: Temis.
- Castillo, E., 2007. *El concurso mercantil y su proceso*. México: Oxford University Press.
- Castillo, E., 2011. *El fideicomiso, el fideicomiso de garantía y su ejecución*. México: Limusa.
- Cervantes, R., 1984. *Derecho mercantil*. México: Herrero.
- Código de Comercio, 1971. *Presidencia de la República*. Bogotá: Decreto 410.
- Decreto 2264, 1969. *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio.
- Decreto 750, 1940. *Sobre quiebras*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Fondo Social Europeo, 2009. *Definición y conceptos básicos de Contabilidad*. Madrid: Fondo Social Europeo.
- Garaguso, H., 2001. *Fundamentos del derecho concursal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Garrido, D., 2013. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, Volumen 25, p. 237.

- 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.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Consursal, 2014. *Derecho concursal “Trascendiendo paradigmas concursales” 8º Congreso Colombiano*. Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Consursal.
- 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 222, 1995. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones..
- Ley 550, 1999. *Congreso de la República*. Bogotá: or la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposicion.
- Ley 57, 1887. *Congreso de la República*. Bogotá: Por medio del cual se expide el Código Civil.
- Manrique, C., 1998. *La fiducia de garantía*. Bogotá: Universidad de Los Antes.
- Martín, F., 1923. *La convocatoria de acreedores y la quiebra*. Buenos Aires: Oyuela.

- Maynard, J., 2017. La teoría "ex ante" de la tasa de interés. *Revista de Economía Institucional*, 19(36), pp. 347-353.
- 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.
- Panesso, M., 2016. *Paralelo entre el Fideicomiso Civil y la Fiducia Mercantil en el Ordenamiento Jurídico Colombiano:¿ Cuándo es posible predicar la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria?*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Pereira, R., 2015. *Derecho concursal*. Bogotá: Leyer.
- Piandoy, M., 2016. *Persecución de los bienes objeto del contrato de fiducia mercantil, hacia una interpretación sistemática del artículo 1238 del Código de Comercio*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Pulgar, J., 1994. *La reforma del derecho concursal comparado y español. Los nuevos institutos concursales y reorganización*. Madrid: Civitas.
- Reinoso, S., 2016. *Fideicomiso de administración para entidades deportivas en crisis*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Rengifo, E., 1998. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, F., 2002. *Derecho societario. Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Richard, E., 2016. Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas.¿ Un problema del derecho concursal?.. *Revista de Derecho*, Volumen 8, pp. 257-300.
- Rodríguez, J. J., 2007. *Nuevo régimen de Insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Rodríguez, S., 2005. *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Sentencia 0364, 2006. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 12681, 2015. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: s.n.
- Sentencia T-760, 2013. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Serrano, J., 2014. Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal. *Revista de Derecho*, Volumen 42, pp. 187-223.
- Soriano, D., 2013. Aspectos jurídicos sobre el rol de la fiducia en el mercado de capitales. *Panorama*, 7(12), pp. 143-170.
- Superintendencia Financiera, 2014. *Instrucciones Generales Relativas a las Operaciones de las Sociedades de Servicios Financieros*. Bogotá: Superintendencia Financiera.
- Vélez, L. G., 2011. *Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.
- Vivero, C., 2016. *Acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Procedimiento y tramitación*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	3
1. ASPECTOS GENERALES DE LA FIDUCIA MERCANTIL DE GARANTÍA	5
2. LA FIDUCIA EN LOS PROCESOS CONCURSALES	11
2.1. LA EMPRESA	11
2.2. LOS ACTIVOS, LOS PASIVOS Y SU CONFORMACIÓN	12
2.3. ALTERNATIVAS ANTE SITUACIONES DE ILIQUIDEZ	13
2.4. DERECHO CONCURSAL.....	20

2.4.1. Etapa peligrósista (1940-1969).....	21
2.4.2. Etapa intervencionista.	21
2.4.3. Etapa aperturista.	22
2.5. LEY 1116 DE 2006.....	23
2.6. REORGANIZACIÓN.....	26
2.6.1. Objetivos de la reorganización.	27
2.6.2. Presupuestos.	28
2.6.3. Liquidación.....	29
2.6.4. Órganos.	30
2.6.5. Efectos de la apertura de la liquidación judicial.....	31
3. CONCLUSIONES	37
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39