

ANUARIO DE

DERECHO PRIVADO

MONOGRAFÍAS

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

05

MARIANA BERNAL FANDIÑO
Directora

ANUARIO DE

DERECHO PRIVADO

05

ISSN 2665-2714

Para citar: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.00>

Fecha de publicación: agosto de 2023

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 3394949 ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del

30 de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



“El fideicomiso como sujeto pasivo de crédito y la ejecución de garantías fiduciarias bajo el régimen de reorganización en Colombia: ¿un posible quiebre al concurso de acreedores?”

JUAN CAMILO NIÑO ALVAREZ*

DOI: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.07>

Resumen: La fiducia en garantía constituye uno de los mecanismos más atractivos para los acreedores que buscan crear un esquema de garantías que les permita satisfacer sus créditos. Al entrar el fideicomitente en un trámite de reorganización empresarial, en virtud de lo dispuesto por la Ley 1116/06, el funcionamiento de la garantía fiduciaria debería suspenderse, en aras de prevenir que el acreedor que figura como beneficiario del fideicomiso satisfaga la obligación a su favor por fuera del proceso concursal respectivo. Si bien ésta última ha sido una posición uniforme y reiterada por parte de la Superintendencia de Sociedades, como juez concursal, existe una postura disímil cuando el patrimonio autónomo se encuentra atendiendo y/o garantizando obligaciones respecto de las cuales éste es titular directo. Nuestro artículo cuestiona, de manera constructiva, la postura actual de la referida entidad para aquellos casos en que el fideicomiso figura como deudor directo de un crédito y su fideicomitente ingresa a un trámite de reorganización, y propone un acercamiento distinto para este tipo de situaciones que permita preservar un equilibrio adecuado entre el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos y la integridad del trámite concursal.

Palabras clave: Fiducia en garantía, derecho concursal, fideicomitente, trámite de reorganización, universalidad, igualdad, patrimonio autónomo, deudor, beneficiario real.

* Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario y en Derecho de la Empresa de la Universidad de Los Andes. Ha trabajado en temas de mercando de capitales, seguros y derecho corporativo. Es abogado en una entidad del sector fiduciario. Su correo electrónico es: jc.nino1602@uniandes.edu.co Las posturas expresadas en este artículo son personales y no comprometen a ninguna institución o persona distinta del autor.

“The trust as a credit subject and the execution of trust guarantees under the reorganization regime in Colombia: a possible break with the bankruptcy of creditors?”

Abstract: The *fiducia en garantía* is one of the most attractive mechanisms for creditors seeking to create a guarantee scheme that allows them to satisfy their claims. When the settlor enters into a *trámite de reorganización empresarial*, by virtue of the provisions of Law 1116 of 2006, the operation of the *garantía fiduciaria* should be suspended, in order to prevent the creditor that appears as beneficiary of the trust from being able to continue satisfying the obligation in its favor outside the framework of the respective bankruptcy proceeding. Although the latter has been a uniform and reiterated position on the part of the *Superintendencia de Sociedades*, as bankruptcy judge, there is a dissimilar position when the trust is attending and/or guaranteeing obligations in respect of which it is the direct holder. The article questions, in a constructive manner, the current position of the *Superintendencia de Sociedades* for those cases in which the trust appears as a direct debtor of a credit and its settlor enters a *trámite de reorganización*, and proposes a different approach for this type of situations that allows preserving an adequate balance between the right of the creditors to satisfy their credits and the integrity of the bankruptcy proceeding.

Keywords: *Fiducia en garantía*, bankruptcy law, settlor, *trámite de reorganización*, universality, equality, trust, debtor, actual beneficiary.

Introducción

Históricamente, la evolución legal de los mecanismos concursales en Colombia ha sido, cuando menos, irregular. Hemos transitado como país, de un primer momento caracterizado por un enfoque notablemente punitivo, donde se percibía al empresario en una situación financiera difícil como un sujeto casi delincucional, hasta otro en que se reconoce la relevancia económica, social y política de la empresa y, en tal medida, se persigue la recuperación empresarial, en aquellos escenarios en que esta es viable, o se establecen reglas para dar paso a una liquidación ordenada que procure atenuar en tanto sea posible los efectos perniciosos que se derivan del fenecimiento empresarial, procurando siempre preservar los incentivos necesarios para el emprendimiento en el país.

Es en este escenario de desarrollo normativo en que la sobreposición del derecho de las garantías adquiere relevancia, debiéndose procurar una interacción armónica entre las prerrogativas y expectativas propias de los acreedores y el mantenimiento de la integridad del trámite concursal en defensa de la inmensa mayoría de agentes relacionados con la actividad empresarial, incluyendo al propio empresario.

I. La Insolvencia en el derecho colombiano: características, objetivos y finalidades

1. Evolución normativa del régimen concursal en Colombia¹

1.1 La etapa peligrósista: de 1940 a 1969

1.1.1 Decreto 750 de 1940

El 16 de abril de 1940 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 750 y en su artículo 1.º consideraba que un empresario se encontraba en estado de quiebra cuando desatendía el pago corriente de sus obligaciones. Según refiere la Superintendencia

1 La división temporal aquí presentada se toma del documento publicado por la Superintendencia de Sociedades en el año 2011, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace https://www.super.sociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf

de Sociedades, la comisión redactora del Decreto precisó que uno de los principales objetivos de este Decreto era “*dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación de los patrimonios en bancarrota*”². Bajo la norma en cita, el empresario tenía la obligación de informar al juez sobre su situación, so pena de poder ser considerado culpable de ésta³; además, preveía la existencia de un supuesto objetivo de ingreso al concurso; la cesión de pagos o la suspensión de pagos⁴.

El talante punitivo de esta norma fue tal, que se “(...) *impulsaba un proceso penal contra el comerciante que era tramitado por el mismo juez, a fin de establecer si por culpa o negligencia del comerciante se había llegado a tal situación y, en caso de comprobarse irregularidades dolosas, ser condenado a pena de cárcel (...)*”⁵. Esta norma culminó su vida jurídica con la declaratoria de inexecutable declarada por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que el Ejecutivo carecía de las facultades necesarias para su expedición⁶.

1.2. La etapa intervencionista: De 1969 a 1995

1.2.1. Decreto 2264 de 1969

Finalizando el año 1969 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2264 de 1969 cuyo aspecto más relevante fue la introducción *-en su artículo 2.º-* de la figura del denominado concordato preventivo⁷, el cual permitía al empresario que temiera una inminente cesación de pagos acudir ante el juez concursal para solicitar la tramitación del concordato preventivo. La vigencia de esta normativa cesó con la entrada en vigor del Decreto 410 de 1971.

2 Superintendencia de Sociedades. 2011. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf (último acceso: 4 de noviembre de 2021).

3 Rodríguez Espitia, Juan José. «Aproximación al Derecho Concursal Colombiano.» *Revista E Mercatoria*, 2007, 5.

4 Cuberos Gómez, Gustavo. «Insolvencia: Evolución de un concepto.» *Revista de Derecho Privado. Uniandes*, 2005, 43.

5 Arias, José Fernando, Mónica Espinosa, y Ana Cristina Jaramillo. «Análisis Jurídico Práctico de los Efectos y Fines de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley 550 de 1999).» 2003. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/21089/u245734.pdf?sequence=1> (último acceso: 6 de diciembre de 2021).

6 Corte Suprema de Justicia. (1967). Sentencia 30020124. M.P.: Luis Sarmiento Buitrago. Bogotá D.C.

7 Cuberos Gómez. *Insolvencia: Evolución de un concepto*. 44.

1.2.2. Decreto 410 de 1971

Esta norma trajo cambios sustanciales para el régimen concursal colombiano. En su artículo 1910 se ocupó de regular lo relativo al concordato preventivo para aquellos comerciantes que hubieren suspendido o temieran suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles. Por su parte, en el artículo 1937 estableció las reglas correspondientes al proceso de quiebra, indicando que *“se considerará en estado de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales (...)”*.

Algunos sectores de la doctrina han reconocido que es a partir de este decreto que se abre paso en Colombia a los dos mecanismos concursales ahora vigentes, con sus respectivas modalidades y matices; la reorganización y la liquidación. Así, señala Cuberos que esta norma reconoció nuevamente la relevancia de distinguir entre las posibles causas de la cesación de pagos, en los siguientes términos:

“Es evidente que en este código el legislador volvió a adoptar una base objetiva, externa, partiendo de hechos reveladores, independientemente de cuál fuera la situación patrimonial del deudor, soportándose para ello, como ya se señaló, incluso en presunciones. Ahora, como aquí se utilizó el criterio de la cesación de pagos para dar paso a dos mecanismos de solución diferentes, e incluso antagónicos, eso llevó a alguna parte de la doctrina a diferenciar en su momento las causas de la cesación, señalando que si ésta provenía de la insolvencia, entendida como desbalance entre activos y pasivos, lo procedente era la quiebra, en tanto que si el origen era una simple iliquidez la solución sería el trámite de un concordato”⁸.

Esta norma avanzó en el reconocimiento de la importancia de la empresa, como una fuente de bienestar de relevancia social fundamental, lo cual conllevó una responsabilidad en cabeza de los hacedores de políticas públicas para promover mecanismos que permitieran favorecer la continuación de los ciclos empresariales, aún en momentos de dificultad económica. Al respecto, tal y como lo recogen Arias, Espinosa y Jaramillo, el recordado tratadista José Gabino Pinzón planteó en su momento que *“(...) Más allá del interés particular de los acreedores y del mismo deudor, existe un interés general de la comunidad en mantener las empresas con vida, como fuente de riqueza y empleo (...)”*.

8 Ibídem.

1.2.3. Decreto 350 de 1989

Ante la probada insuficiencia de la regulación prevista en el Decreto 410 de 1971 para enfrentar las crisis empresariales⁹, el Gobierno expidió el Decreto 350 de 1989 que reformó lo tocante a los denominados concordatos preventivos. Algunas de las principales modificaciones adoptadas por esta norma fueron:

- Acoger la institución de la “empresa” como la unidad económica independiente de su propietario y beneficiaria de las protecciones otorgadas por la legislación concursal¹⁰.
- Promover el “(...) *carácter universal del concordato, en la medida en que todos los acreedores, incluyendo los privilegiados, estaban obligados a hacerse parte en el proceso, para que sus créditos pudieran ser reconocidos (...)*”¹¹.
- Atribuir facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades, con el fin de “(...) *desjudicializar el proceso y servir como descongestión de los despachos judiciales (...)*”¹².

Igual de importante fue el reconocimiento que hizo, en su artículo 2.º, de la relevancia económica de la empresa, en los siguientes términos: “*El concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito*” (subraya fuera del texto). Esta norma en particular refleja uno de los pilares fundamentales de lo que es el régimen concursal actual en Colombia y es esa pretensión armonizadora entre el adecuado fomento a la recuperación empresarial y la protección efectiva del derecho de crédito.

En materia de regulación concursal, esta norma mencionó por vez primera al negocio fiduciario, celebrado con una sociedad fiduciaria debidamente constituida y operante, como una herramienta válidamente empleable por el empresario en dificultades para administrar su patrimonio y/o sus asuntos mercantiles.

9 Ibídem.

10 Arias, Espinosa, y Jaramillo. *Análisis Jurídico Práctico de los Efectos y Fines de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley 550 de 1999)*. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/21089/u245734.pdf?sequence=1> (último acceso: 6 de diciembre de 2021), 26.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

1.3. La etapa aperturista: desde 1995 al presente

1.3.1. Ley 222 de 1995

El Congreso de la República profirió la Ley 222 de 1995 con el objetivo general de modernizar el régimen comercial para actualizarlo a las realidades de una economía en apertura.

Esta norma trajo consigo importantes cambios en materia concursal que iban desde la profesionalización de los funcionarios que intervenían en los procesos concursales de aquel entonces¹³, hasta la despenalización de la quiebra¹⁴. Así mismo, se sustituyó la expresión “quiebra” definitivamente para introducir el concepto de “liquidación obligatoria”¹⁵. Tal y como lo señala Rodríguez, “(...) *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 (...)*”¹⁶.

1.3.2. Ley 550 de 1999

Aunque la Ley 222 de 1995 introdujo importantes cambios al régimen concursal, la crisis sistémica sufrida por la economía colombiana a finales de los años noventa provocó¹⁷ que el Congreso, en un tiempo récord de 3 meses, aprobara la Ley 550 de 1999¹⁸ que tuvo como objetivo dotar de flexibilidad y rapidez el trámite concursal en el país, reconociendo su importancia no solo para la regulación de las relaciones entre particulares, sino como una herramienta de política pública esencial para el fomento de la actividad empresarial y del acceso al crédito¹⁹. De particular importancia en esta norma fue la creación del denominado “acuerdo

13 Superintendencia de Sociedades. 2011. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf (último acceso: 4 de noviembre de 2021).

14 Rodríguez Espitia. *Aproximación al Derecho Concursal Colombiano*. 6.

15 Cuberos Gómez. *Insolvencia: Evolución de un concepto*. 46.

16 Rodríguez Espitia. *Aproximación al Derecho Concursal Colombiano*. 8.

17 Superintendencia de Sociedades. 2011. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf (último acceso: 4 de noviembre de 2021)

18 *Ibidem*.

19 Arias, Espinosa y Jaramillo. *Análisis Jurídico Práctico de los Efectos y Fines de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley 550 de 1999)*.

de restructuración”, concebido como un acuerdo que el empresario/deudor podía celebrar con sus acreedores, con el fin de “(...) *corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.*” (artículo 5 de la Ley 550 de 1999). Esta Ley también creó criterios de ingreso al concurso más claros, al establecer, por ejemplo, en su artículo sexto lo siguiente: “(...) *En las solicitudes de promoción por parte del empresario o del acreedor o acreedores, deberá acreditarse el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa (...).*”.

1.3.3. Ley 1116 de 2006

El 27 de diciembre de 2006 el Congreso de la República expidió la Ley 1116, unificando en un único cuerpo normativo el esquema recuperatorio de la Ley 550 y el esquema liquidatorio de la Ley 222 e incorporó la ley modelo de la UNCITRAL de 1997 sobre insolvencia transfronteriza. Esta Ley recoge de forma sucinta el resultado del proceso de evolución normativa de las normas concursales que puede resumirse en los siguientes puntos: i) la protección del crédito es uno de los pilares estructuradores del régimen concursal; ii) se concibe a la empresa como una unidad productiva fuente generadora de empleo y riqueza; iii) en Colombia, el régimen de insolvencia prevé dos tipos de procesos tendientes a enfrentar situaciones de crisis empresarial diferentes: el de reorganización y el de liquidación; uno con vocación recuperatoria y otro que busca generar una terminación ordenada del ciclo productivo de una empresa .

2. Objetivos del trámite de reorganización

Como se ha indicado hasta ahora, la evolución del derecho concursal ha desembocado en un régimen bipartito que prevé un mecanismo basado en el salvataje de la empresa viable (el proceso de reorganización) y un proceso de liquidación organizado que busca maximizar las posibilidades de generación de valor para los acreedores ante el fenecimiento empresarial.

La Corte Constitucional describió con claridad los cambios introducidos en el plano concursal por la Ley 1116 de 2006²⁰:

- (i) Estableció como principios fundamentales el de la igualdad y universalidad entre todos los acreedores que concurren, disponiendo que todos los activos del insolvente hagan parte del concurso. Estos principios se manifiestan a través de medidas como el fuero de atracción respecto de los demás procesos en curso en contra del concursado.
- (ii) Brindó seguridad jurídica al consolidar en sí los trámites de reorganización y liquidación y generando una prelación legal para las normas del concurso sobre otras normas de carácter legal que le fueran contrarias.
- (iii) Otorgó una amplia gama de poderes al juez del concurso para conducir los aspectos jurisdiccionales del trámite que corresponda.

Así, el trámite de reorganización tiene una vocación eminentemente recuperatoria que permite al deudor pactar con los acreedores condiciones que regirán el saneamiento de sus relaciones obligacionales, en aras de permitir la viabilidad financiera de la empresa.

3. Principios del régimen de insolvencia

En materia internacional, cuatro son los principios del derecho concursal comúnmente aceptados: la Oficiosidad, la Universalidad Subjetiva, la Universalidad Objetiva y la Igualdad²¹. La Ley 1116 de 2006, en su artículo cuarto, no obstante, plantea un catálogo de principios más amplio y establece los siguientes:

- Universalidad
- Igualdad
- Eficiencia
- Información
- Negociabilidad
- Reciprocidad
- Gobernabilidad económica

20 Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-006 de 2016. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C.

21 Sotomonte Mujica, David Ricardo. «La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada.» *Revista de Derecho Privado Uniandes*, 2005. 2.

En nuestro concepto, si bien todos los principios deben actuar de forma transversal para la aplicación del derecho concursal en el país, los principios de universalidad e igualdad deben informar con mayor intensidad el adecuado desarrollo de un determinado proceso concursal y por tal razón, analizaremos con mayor detenimiento estos dos principios como ejes fundamentales del trámite recuperatorio.

3.1. Principio de universalidad

Este principio se define como aquel en virtud del cual “*La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación*” (numeral 1 del artículo 4 de la Ley 1116 de 2006). A diferencia de algunas legislaciones internacionales donde se procura distinguir entre la universalidad subjetiva (aquella según la cual todos los acreedores de un mismo sujeto concursal deben concurrir al concurso) y la universalidad objetiva (aquella según la cual todos los activos de un sujeto concursal deben ser vinculados al concurso)²², la legislación colombiana adoptó el concepto de universalidad genérica que comprende ambas dimensiones.

Elementos como el fuero de atracción, el deber de notificar a la totalidad de acreedores sobre el inicio del trámite de reorganización y la obligación de realizar un inventario de la totalidad de créditos, los acreedores titulares de éstos y los activos que tiene en cabeza suya el deudor, entre otras, son mecanismos a través de los cuales se materializa el principio de universalidad.

3.2. Principio de igualdad

En virtud de este principio los acreedores que acuden al concurso, sin perjuicio de las prelacións legales, deben recibir un tratamiento igualitario. Según la Superintendencia de Sociedades, este principio “*(...) supone que los acreedores que concurren al trámite concursal de su deudor común, lo hagan en igualdad de condiciones jurídico procesales, sin perjuicio de la existencia de privilegios o garantías que conforme a la ley detenten algunos créditos, ya sea por su prelación al pago o porque les fue otorgada, paralela, concomitante o posteriormente al nacimiento de la obligación, una garantía accesoria para su cumplimiento (...)*”²³.

22 Para más información en relación con las diferencias entre universalidad objetiva y universalidad subjetiva, ver: Sotomonte Mujica. *La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada*.

23 Superintendencia de Sociedades. (2008). Oficio 220-000084 de 2008. Bogotá D.C.

Este principio se materializa en el régimen concursal a partir de restricciones como las establecidas en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, según las cuales le está prohibido al concursado, a partir del momento de la presentación de solicitud de admisión al trámite concursal, “(...) *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 (...)*”. Igualmente, el contenido del artículo 34 de dicha norma es otro escenario de materialización de dicho principio, al establecer, haciendo referencia al contenido que debe tener un acuerdo de reorganización, que “(...) *Las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley (...)*”.

A partir de los elementos históricos y teleológicos aquí revisados, buscaremos cuestionar la posición actual de la Superintendencia de Sociedades en materia concursal al evaluar la ejecución de garantías fiduciarias cuando el fideicomiso es el sujeto pasivo del crédito, precisamente por considerar que ésta puede potencialmente contrariar la integridad de los principios y fines últimos del trámite de reorganización empresarial, tal y cómo se ilustrará más adelante.

II. La fiducia de garantía y el trámite de reorganización

En el capítulo anterior presentamos la evolución histórica a través de las principales normas que han regido, desde sus inicios, el derecho concursal en Colombia. Igualmente, esbozamos de manera sucinta el cambio teleológico desde un periodo fundamentalmente punitivo a otro en donde la empresa, como unidad económica y productiva sustancial, se percibe como un generador de valor para la sociedad, por lo que su funcionalidad debe salvaguardarse en momentos de dificultad, o su fenecimiento debe ser ordenado. Finalmente, relacionamos los principios del derecho concursal y enfatizamos en los denominados de universalidad e igualdad.

En este capítulo, describiremos la figura de fiducia de garantía (o fiducia en garantía) y su relación con el proceso de reorganización empresarial, con el fin de centrar la discusión en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a este tipo de vehículos fiduciarios en dicho trámite recuperatorio.

1. La fiducia mercantil

Según el artículo 1226 del Código de Comercio, “(...) la *fiducia mercantil* es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada *fiduciante* o *fideicomitente*, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada *fiduciario*, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado *beneficiario* o *fideicomisario* (...)”. Esta norma, enuncia los dos aspectos más relevantes de la fiducia mercantil como negocio jurídico: la transferencia de la propiedad (es decir, es un negocio traslativo del dominio) y la existencia de una finalidad particular y determinada cuya ejecución se confiará en un profesional habilitado para el efecto, lo cual permite calificar a este tipo de propiedad como de tipo finalista. Esto último es de palmaria importancia, en la medida en que, como lo ha señalado Rodríguez Azuero, la fiducia mercantil es “(...) un típico negocio de confianza en el cual esta es definitiva, porque aquí, más que en otras figuras estudiadas en las diversas épocas, podríamos afirmar que ella constituye el alma y motor de la voluntad del fideicomitente y soporta su decisión (...)”²⁴.

La Circular Básica Jurídica 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia señala que existen los siguientes tipos de negocios fiduciarios: de inversión, de administración inmobiliaria, de administración, de garantía y fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados.

A continuación, reseñaremos los orígenes, características y objetivos de la fiducia de garantía.

2. La fiducia mercantil de garantía

Los antecedentes de esta figura, y su valor dentro de las relaciones negociales, se remontan, según lo refiere Rodríguez Azuero, a la figura de la *fiducia cum creditore*, un negocio propio del derecho romano, anterior incluso a la prenda y la hipoteca, en que “(...) el deudor transfería por *mancipatio* o *injure cesio* la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación (...)”²⁵.

24 Rodríguez Azuero, Sergio. «Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina». Bogotá: Legis, 2017. 55.

25 Ibídem. 9.

Así mismo, es posible encontrar semejanzas entre algunos elementos de este tipo de negocio y algunas modalidades de *trust* anglosajón²⁶.

Dentro de la regulación colombiana, la fiducia en garantía se define como aquella en virtud de la cual se transfiere uno o más activos a una sociedad fiduciaria con el fin de que éstos sirvan de garantía para el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros²⁷. Dentro de dicha definición, se prevé dos tipos de modalidades de fiducia de garantía: la fiducia de garantía propiamente dicha y la fiducia de garantía y fuente de pagos.

En la primera, el administrador fiduciario, ante un escenario de incumplimiento de la obligación garantizada con el vehículo fiduciario, debe acometer las instrucciones previstas en el contrato de fiducia para que con los recursos resultantes de la venta y/o remate de los bienes fideicomitidos afectos a la garantía, o en últimas a través de la dación en pago, se satisfaga la obligación incumplida, total o parcialmente. En la segunda modalidad, el fideicomitente entrega un flujo de recursos al administrador fiduciario, tradicionalmente a través de la cesión de derechos económicos, con el fin de que éste destine tales ingresos a la atención de la obligación garantizada en los términos previstos en el contrato de fiducia. La caracterización de “garantía” de la segunda modalidad ha llegado a ser cuestionada, en la medida en que no se trata de una obligación contingente, sujeta al incumplimiento, sino que se prevé como un mecanismo dispuesto desde el inicio para la atención regular del servicio de la deuda.

La fiducia en garantía ha cobrado protagonismo en la construcción de esquemas tendientes a la garantía de obligaciones, particularmente en el sector financiero, donde la administración del riesgo de crédito y el riesgo de contraparte suele comprender la mayor parte de la gestión precontractual de los establecimientos de crédito. Esto, en la medida en que este tipo de producto ofrece flexibilidad para las partes a la hora de definir los términos, plazos y condiciones, y, sobre todo, una alternativa al sistema de garantías tradicional (prendas, hipotecas, anticresis, etc.)²⁸, pues permite a los acreedores ejercer sus derechos, en principio, sin la necesidad de la intervención del aparato jurisdiccional, al solicitar directamente al

26 Ibidem. 56.

27 Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia. Parte II, Título II, Capítulo I, Artículo 8.4.

28 Si bien el sistema de garantías tradicional en el país ha demostrado ser insuficiente para satisfacer las necesidades de los agentes económicos, no es posible soslayar la importancia de la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias, la cual, siguiendo estándares internacionales, ha permitido modernizar y ajustar los sistemas de garantías locales, logrando una mayor eficiencia, ejecutabilidad y flexibilidad.

administrador fiduciario la ejecución de las instrucciones previstas en el contrato de fiducia constitutivo de la garantía.

3. La fiducia mercantil de garantía dentro del proceso de reorganización empresarial

Hasta este momento hemos mostrado cómo dos de los principios fundantes del derecho concursal colombiano son el de universalidad y el de igualdad, en virtud de los cuales todos los bienes y acreedores de un deudor deben encontrarse afectos al proceso concursal²⁹, y todos los acreedores que forman parte del concurso deben recibir un tratamiento igualitario, sin perjuicio de la aplicación de las normas en materia de prelación de créditos y preferencias aplicables³⁰. En la medida en que la fiducia mercantil de garantía tiene por objeto segregar una porción del patrimonio de un deudor en favor de uno o varios acreedores particulares, es evidente que, *a priori*, existe una incompatibilidad aparente entre el funcionamiento del régimen concursal y la fiducia mercantil de garantía. Sin embargo, el régimen concursal ha establecido mecanismos legales que buscan resolver este conflicto, favoreciendo la vigencia de los principios concursales sobre los mecanismos de garantía que las partes de una relación obligacional puedan pactar. Así, el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 establece lo siguiente:

“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 (...)”

29 Principio de universalidad.

30 Principio de igualdad.

La norma en comento establece una serie de prohibiciones para los administradores sociales tanto de orden sustancial como de orden procesal³¹. Así, tanto la ejecución, como la constitución de garantías, incluyendo los vehículos fiduciarios que tengan esta función, está prohibida, salvo que medie autorización previa, expresa y precisa del juez concursal.

En este contexto, la jurisprudencia y doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha delimitado las siguientes reglas en relación con el funcionamiento de las garantías fiduciarias en caso de inicio de un proceso de reorganización del fideicomitente:

- a) El solo inicio del trámite de reorganización no constituye una causal de terminación de los contratos celebrados por el deudor en reorganización, incluyendo los contratos de fiducia mercantil, según lo prevé el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006³²;
- b) Si bien el inicio del proceso de reorganización no constituye, *per se*, una causal de terminación de los contratos que hubiere celebrado el deudor en reorganización con anterioridad, en tratándose de fiducias en garantía, en consideración de lo previsto en el artículo 17 del estatuto concursal, el efecto inmediato debe ser el de suspender los pagos o, en general, la atención de obligaciones del deudor contraídas con anterioridad al inicio del proceso de reorganización, en la medida en que mantener dichas erogaciones implicaría un quebrantamiento del principio de igualdad, en favor del beneficiario de la garantía fiduciaria³³;
- c) Conforme al artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, cuando en una fiducia en garantía constituida como garantía mobiliaria y en tratándose de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor, el acreedor garantizado contará con las siguientes alternativas: “(i) someterse a las condiciones que se pacten en el acuerdo de reorganización, (ii) solicitar el pago preferente sobre los demás acreedores,

31 Superintendencia de Sociedades. (2019). Oficio 220-028110. Bogotá D.C.

32 Ver, entre otros: Oficio 220-0281110 de 2019.

33 Ver, entre otros: Auto 400-011235 del 25 de agosto de 2015, Auto 400-006617 del 29 de abril de 2016, Auto 400-011925 del 2 de agosto de 2017 y Auto 400-017368 del 30 de noviembre de 2017. Para referencia del lector, se cita un apartado del Auto 400 – 004422 del 22 de marzo de 2016 en que la Superintendencia de Sociedades, en sede concursal, manifestó: “(...) esta figura contractual [la fiducia] no puede desplegar su eficacia cuando el fideicomitente entra en insolvencia, por cuanto permitir el pago a los beneficiarios significaría atentar contra los principios de igualdad y universalidad sobre los que descansa el régimen concursal (...)”.

como mecanismo de materializar la garantía que le pueda ser reconocida”³⁴ o (iii) adelantar la ejecución de la garantía, una vez confirmado el acuerdo de reorganización.

III. El patrimonio autónomo como sujeto pasivo de crédito y el trámite de reorganización

En el capítulo anterior se buscó describir la evidente tensión existente entre las garantías articuladas a través de vehículos fiduciarios y la aplicación de las normas que rigen el proceso de reorganización empresarial en el país; sin embargo, existe un escenario donde la situación resulta más compleja y donde la posición de la Superintendencia de Sociedades ha generado un desbalance en la tensión mencionada a favor de los acreedores individuales y en perjuicio de la integridad del trámite de reorganización empresarial, la situación en que el fideicomiso es el titular directo de las obligaciones de crédito y no simplemente un vehículo destinado a garantizar las obligaciones de su fideicomitente.

1. El fideicomiso como potencial sujeto pasivo de crédito

El artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario. *Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.*

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del

34 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2017). Auto 400-017368 del 30 de noviembre de 2017. Bogotá D.C.

patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO. *El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.*" (subraya fuera del texto)

La norma en comento comprende varias reglas que bien vale la pena resaltar:

- a) Los patrimonios autónomos no poseen la calidad de persona; natural o jurídica.
- b) Los patrimonios autónomos cuentan con la capacidad de constituirse en titulares de derechos y obligaciones adquiridos de conformidad y en desarrollo del contrato de fiducia, como acto constitutivo que no solo los dota de capacidad legal, sino que también la restringe.
- c) El negocio fiduciario no puede ser empleado como medio o mecanismo para acometer operaciones que el fideicomitente no pudiese celebrar directamente.

Así, es claro que los patrimonios autónomos que surgen de la celebración de un contrato de fiducia mercantil cuentan con capacidad legal para adquirir derechos y obligaciones. Sin embargo, esta capacidad no es ilimitada; se encuentra restringida por el alcance dispuesto por las partes contratantes en el contrato de fiducia mercantil, las disposiciones legales aplicables y, no menos importante, por las restricciones que tenga el propio fideicomitente para adelantar operaciones directamente, puesto que, como se mencionó, el vehículo fiduciario no puede ser empleado por un fideicomitente para soslayar o menoscabar restricciones que le sean directamente aplicables.

2. Postura de la Superintendencia de Sociedades en relación con la ejecución de garantías fiduciarias cuando el deudor es el fideicomiso

Habiendo establecido que los fideicomisos pueden ser legalmente considerados sujetos pasivos de un crédito, es procedente revisar la posición de la Superintendencia de Sociedades en los escenarios en que existe una fiducia en garantía titular

de una obligación de crédito y su fideicomitente inicia un proceso de reorganización empresarial. Para el efecto, relacionaremos precedentes relevantes proferidos por la jurisdicción concursal encabezada por la Superintendencia de Sociedades en relación con este asunto:

- 2.1. Caso Campollo (Auto 430 – 004714 del 1 de abril de 2014): En este paradigmático caso, la Superintendencia debía evaluar una solicitud elevada por la sociedad concursada de “*poner a disposición y girar inmediatamente a la sociedad CAMPOLLO S.A, la totalidad de los recursos existentes y/o por recaudar en dicho patrimonio y abstenerse de realizar cualquier pago contra dichos recursos, inclusive lo correspondiente a los cánones del contrato de arrendamiento, habida cuenta de los efectos inmediatos y absolutos que implica para CAMPOLLO S.A., y todos sus acreedores la presentación de dicha solicitud conforme lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006*”. El análisis se centró en precisar que el fideicomiso era el titular directo de ciertas obligaciones crediticias que atendía con cargo a la explotación comercial de activos de su titularidad y a los flujos dinerarios producto de la cesión de derechos económicos efectuada por su fideicomitente. En virtud de lo anterior, salvo en el caso de la atención de las obligaciones adquiridas con uno de los establecimientos de crédito, por considerar que esta sí era una obligación directa del fideicomitente concursado, la Superintendencia sentenció que no había lugar a restituir la totalidad de los activos fideicomitados al fideicomitente y que, por el contrario, los pagos asociados a las obligaciones atendidas con cargo a éstos (aquellas en que el fideicomiso era el sujeto pasivo) podían mantenerse.
- 2.2. Caso Transporte Inteligente S.A. – Tisa S.A. (Auto 430-006446 del 02 de mayo de 2014): En este caso, la sociedad Tisa S.A. transfirió a un fideicomiso mercantil el 100% de los derechos económicos derivados de su calidad de fideicomitente en otro contrato de fiducia mercantil. El 70% de dichos derechos económicos se constituyó en fuente de pago de unos créditos otorgados por dos establecimientos de crédito al fideicomiso titular de los mismos. En tal medida, la Superintendencia decidió que el 70% de los derechos económicos afectos a la fuente de pago debían permanecer en el fideicomiso con el fin de atender las obligaciones crediticias de las que éste era el titular directo. Respecto del 30% restante, ordenó ponerlos a disposición de la sociedad concursada.

- 2.3. Caso Panthers Machinery S.A.S. (400-004422 del 22 de abril de 2016): En este caso, la Superintendencia decidió poner a disposición del deudor concursado los recursos que éste había fideicomitado a dos patrimonios autónomos de administración y fuente de pago. Resolviendo sendos recursos de reposición interpuestos por varios interesados, la Superintendencia arguyó que la fiducia mercantil no podía desplegar sus efectos de manera plena en el marco de un escenario de reorganización empresarial de su fideicomitente, por considerar que, de adoptarse esta decisión, se contravendría los principios de igualdad y universalidad sobre los que reposa de manera fundamental el sistema concursal en Colombia. Igualmente, en respuesta a uno de los recurrentes que alegó el desconocimiento por parte del juez concursal del precedente sentado en los casos Campollo y Tisa, la Superintendencia expresó que *“(...) la diferencia fundamental entre los patrimonios autónomos Campollo y Tisa, y los patrimonios autónomos Panthers Machinery, radica en que los primeros celebraron contratos en los que asumieron la calidad de acreedores y deudores con terceras personas; fueron los patrimonios autónomos los que se endeudaron directamente con terceros, quienes no tenían la simple calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo, sino que eran verdaderos acreedores del mismo (...)”*.
- 2.4. Caso Central Papelera de Colombia S.A.S. (Auto 400-003830 del 1 de febrero de 2017): En este caso, la Superintendencia evaluó la solicitud de una sociedad concursada que había constituido un fideicomiso de administración y fuente de pago que posteriormente adquirió la calidad de deudor directo de ciertas obligaciones con un establecimiento de crédito. El solicitante precisó que, si bien el patrimonio autónomo era el deudor principal de las obligaciones de crédito, el fideicomitente era solidariamente responsable de dichas obligaciones, al haber suscrito un pagaré para la respectiva garantía de tales obligaciones. La Superintendencia consideró que no le asistía razón al deudor concursado por lo siguiente: i) el mutuo se celebró en virtud de una autorización de crédito que le fue otorgada por el banco directamente al patrimonio autónomo, ii) la calidad de deudor que detentaba el fideicomitente partía, no de la celebración del negocio fiduciario, sino del pagaré suscrito por éste, por lo que *“(...) la obligación para la concursada de responder por las deudas del patrimonio autónomo, no surgió sino al momento de obligarse*

mediante la firmar del pagaré, que por demás no existía antes de la constitución de la fiducia (...)”.

- 2.5. Caso Axede S.A. (Auto 400-011925 del 2 de agosto de 2017): En este caso, la Superintendencia analizó la situación de una sociedad en trámite de reorganización que había constituido, con anterioridad al inicio de éste, dos fideicomisos de administración y fuente de pago. El paralelo entre ambos vehículos fiduciarios, en relación con su funcionamiento, era evidente; cada uno recibía un flujo de recursos dinerarios derivados de cesiones de derechos económicos realizados por el fideicomitente y en cada uno dichos recursos servían de fuente de pago para obligaciones contraídas con establecimientos de crédito. La única diferencia entre uno y otro es que uno de ellos era el titular directo de las obligaciones de crédito que eran atendidas con cargo a la fuente de pago, mientras que en el otro las obligaciones eran del fideicomitente (concurado). La Superintendencia decidió declarar la ineficacia de los pagos realizados únicamente por el fideicomiso afecto a la garantía de las obligaciones del fideicomitente, mientras que mantuvo plenamente vigente el otro vehículo fiduciario.
- 2.6. Caso Suma S.A.S. (Auto 400-002370 del 26 de marzo de 2019): En el auto citado, la Superintendencia resolvió un recurso de reposición interpuesto por la sociedad concursada con el fin de suspender el funcionamiento de una fiducia de fuente de pago celebrada por ésta, en calidad de fideicomitente, y en virtud de la cual fueron cedidos los derechos económicos derivados de un contrato de concesión (objeto único de la sociedad) a favor del patrimonio autónomo resultante. El recurrente sustentó su posición principalmente en tres puntos: 1) los efectos del artículo 17 de la Ley 1116 en relación con la fiducia, 2) la “(...) existencia de una simulación en cuanto al beneficiario real del crédito en el contrato de crédito sindicado (...)” y, 3) el hecho de que el mantenimiento del funcionamiento del vehículo fiduciario en cuestión imposibilitaba el funcionamiento de la sociedad concursada y afectaba la prestación del servicio público a cargo de ésta. La superintendencia negó el recurso, ratificando la imposibilidad de hacer extensible a patrimonios distintos a los del deudor concursado los efectos dispuestos en el artículo 17 del Estatuto Concursal, pues en su sentir el hecho de que el patrimonio autónomo resultante del contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado por la concursada fuera el titular directo

de las obligaciones de crédito, impedían al Despacho intervenir dicho contrato. Por otra parte, advirtió que el recurso de reposición no era idóneo para solicitar la revocatoria o simulación de un determinado acto o negocio adelantado por la concursada. Por último, sostuvo que:

“(...) es consciente de la relevancia del objeto social que desarrolla el deudor y del impacto sobre usuarios y trabajadores. Sin embargo, también debe tener en cuenta que la financiación para la ejecución del proyecto requería de garantías, tales como la transferencia de los derechos económicos de la concesión al contrato de fiducia. En ese sentido, desestimar los efectos de la estructura de garantía celebrada entre el deudor concursado y sus acreedores podría traer como consecuencia la renuencia de los financiadores a entregar recursos para este tipo de proyectos esenciales para el desarrollo de la infraestructura en el país (...)” (Subraya fuera del texto)

El apartado señalado ilustra una postura que sería más adecuada para un hacedor de política pública que para un ente jurisdiccional³⁵.

Todos estos casos muestran una posición uniforme y consolidada del juez concursal en Colombia en relación con el supuesto de hecho en que el sujeto pasivo de los créditos no es (o, mejor, no solo es) el fideicomitente que entra a reorganización empresarial, sino que lo es el fideicomiso que éste constituye. Esta posición, como esbozamos al principio, responde a una interpretación formalista de la Superintendencia de Sociedades donde el criterio principal de evaluación es simplemente quién figura formalmente como titular jurídico del crédito, sin llegar a evaluar si existe un principio de identidad entre éste y el beneficiario real de tales operaciones. El mencionado caso Axede, quizá más que otros, ilustra a la perfección las fallas de esta posición de la Superintendencia, al adoptar una decisión que no tiene en cuenta la realidad económica de las operaciones adelantadas por los patrimonios autónomos y que, con base en un criterio alejado del sentido material de las operaciones, establece una diferenciación con profundos y negativos efectos para la integridad del concurso.

35 Si bien no es un análisis que será abordado en el presente escrito, es inevitable preguntarse sobre la efectiva posibilidad de que una entidad del orden ejecutivo, como lo es la Superintendencia de Sociedades (adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), ejerza facultades jurisdiccionales de una forma verdaderamente independiente y sin influencias propias del Ejecutivo.

IV. Consecuencias de la postura de la Superintendencia de Sociedades

Como hemos anticipado, la postura de la Superintendencia de Sociedades, en aquellos casos en que el patrimonio autónomo es el sujeto pasivo de crédito y su fideicomitente entra a un proceso de reorganización es, cuando menos, problemática. A continuación, enunciaremos los principales efectos adversos que esta postura puede tener, no solo para efectos del escenario concursal particular sino para el ecosistema empresarial en general.

1. La afectación a los principios de universalidad e igualdad del régimen de insolvencia

Quizá el más evidente de los problemas que se derivan de la posición de la Superintendencia es el evidente menoscabo de los principios de universalidad e igualdad propios del régimen de insolvencia. En relación con el principio de universalidad el mecanismo fiduciario permite el fraccionamiento del patrimonio del deudor en función del beneficio particular de uno o varios acreedores determinador. En esta medida, se causa una afectación tanto al principio de universalidad objetiva como al principio de universalidad subjetiva³⁶, por cuanto se permite la segregación del patrimonio del deudor concursado en función de un beneficiario particular que ve satisfecho su crédito directamente con cargo al porcentaje patrimonio seccionado.

En relación con el principio de igualdad o *par conditio creditorum*, según el cual “(...) los acreedores que concurren al trámite concursal de su deudor común, lo hagan en igualdad de condiciones jurídico procesales, sin perjuicio de la existencia de privilegios o garantías que conforme a la ley detenten algunos créditos (...)”³⁷, esta posición constituye un golpe directo a la integridad del mismo al permitir que existan acreedores que cuenten con un mecanismo individual que les permita satisfacer sus obligaciones de manera extra concursal. Es necesario recordar que uno

36 La superintendencia de sociedades ha generado una subcategorización en relación con el principio de universalidad. Así, según esta Corporación, en virtud de la universalidad objetiva, la totalidad de los bienes del deudor deben formar parte del concurso, mientras que, en virtud de la universalidad subjetiva, todos sus acreedores deben quedar vinculados a éste. Para más información ver, entre otros: Auto 400-013144 del 2 de octubre de 2015 y Auto 400-000112 del 1 de septiembre de 2015.

37 Superintendencia de Sociedades. (2008). Oficio 220-000084 de 2008. Bogotá D.C.

de los objetivos del proceso de reorganización es, entre otros, impedir la acción directa e individual de los acreedores, aun cuando ésta resultaría más favorable para uno o varios de ellos, en función de la recuperación económica del concursado. Así como, por ejemplo, se reseñó en el caso Suma³⁸, el mantener vigente un vehículo fiduciario en tales condiciones puede llevar incluso a truncar el cumplimiento efectivo del objetivo último del proceso de reorganización empresarial, mediante la generación de una situación de imposibilidad financiera.

2. El oportunismo de los acreedores

Vistos los beneficios que la postura de la Superintendencia trae para los acreedores que estructuran sus garantías fiduciarias mediante la designación del patrimonio autónomo como el titular (aunque no necesariamente el único) de las obligaciones de crédito a su favor, valdría la pena preguntarse; ¿qué razón podría tener un acreedor para no solicitar de su deudor una garantía fiduciaria en tales condiciones? En principio, la respuesta es: ninguna. Bajo esta circunstancia, el incentivo para actuar de forma oportunista³⁹ es evidente y ni siquiera implica renunciar al respaldo crediticio del concursado, en la medida en que, como ocurrió en el caso Central Papelera de Colombia⁴⁰, dentro del esquema de garantías requerido se puede (y ocurre con no poca frecuencia) prever que el fideicomitente actúe como codeudor o avalista respecto de las obligaciones asumidas por el patrimonio autónomo.

Lo anterior desemboca en una situación donde un acreedor puede terminar contando con dos deudores; uno que puede ser objeto de un proceso concursal y otro que no⁴¹. Así, quizá la única razón por la que un acreedor no desearía contar con un vehículo fiduciario de garantía a su favor estructurado en el sentido referido sería su incapacidad de exigirlo de su deudor, por su falta de poder de negociación, lo cual se relaciona con el último de los efectos adversos que aquí se mencionarán.

38 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2019). Auto 400-002370 del 26 de marzo de 2019. Bogotá D.C.

39 En este contexto, entiéndase por oportunismo el carácter de los agentes económicos que, ante un determinado incentivo o conocimiento del contexto en que operan, adoptan comportamientos tendientes a la maximización de su beneficio, aún a costa de los intereses de otros.

40 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2017). Auto 400-003830 del 1 de febrero de 2017. Bogotá D.C.

41 Frente a este respecto, en el último capítulo se ilustrará como precisamente la posibilidad de concursar el patrimonio autónomo es un criterio que puede ser tenido en cuenta por el juez del concurso al momento de decidir si mantiene – o no – la vigencia del vehículo fiduciario.

3. La desprotección de los pequeños acreedores

Si se parte de la premisa según la cual los acreedores, en virtud de la posición de la Superintendencia de Sociedades, cuentan con un incentivo sustancial para exigir de su deudor la constitución de un vehículo fiduciario de garantía que actúe como titular directo de las obligaciones de crédito, sin perjuicio de la constitución del fideicomitente de dicha fiducia como codeudor o avalista de tales créditos, es probable que la razón con mayor potencial explicativo para entender por qué no todos los acreedores contarían con una garantía de tal naturaleza es precisamente por la imposibilidad negocial de algunos. Esto no es un asunto menor, en tanto, como ocurre de forma general en los ciclos negociales propios de una economía de libre mercado, hay agentes que cuentan con un alto poder negociador que condiciona sustancialmente la conducta de sus contrapartes, mientras que existen otros con una menor capacidad para determinar las condiciones de sus acuerdos. Esta realidad inevitablemente implica que existirán acreedores que cuenten con mejores y más efectivos sistemas de garantías que otros.

Lo contrario implica que unos acreedores obtendrán un beneficio preferencial e indeseado, no solo a costa de la sociedad concursada, sino también de aquellos pequeños acreedores que verán frustrada su expectativa legítima de ver satisfecho su crédito, no ya por el transcurso normal del proceso concursal, sino por la reducción sustancial del patrimonio de su deudor por cuenta del mantenimiento en funcionamiento de un vehículo fiduciario en beneficio de uno o varios acreedores particulares.

Así, bajo nuestra óptica, no es accidental que en todos los precedentes jurisprudenciales reseñados sean precisamente bancos comerciales (agentes económicos con un altísimo poder de negociación) los acreedores beneficiados a través de la constitución de vehículos fiduciarios de garantía en que el patrimonio autónomo es el sujeto pasivo directo del crédito, contando igualmente con la posibilidad de que el fideicomitente actúe como codeudor o avalista de este. En este sentido, vale la pena resaltar que el grado de sofisticación y costos asociados a este tipo de vehículos implica que normalmente serán los grandes acreedores quienes cuenten con la posibilidad de exigir la constitución de estos esquemas a su favor.

Ahora bien, esta capacidad de exigir la constitución de garantías no es ilimitada ni irrestricta. Tal y como lo indicó con buen tino la Superintendencia de Sociedades en el caso *Jungla Kumba*, evaluando precisamente la constitución de una garantía fiduciaria a favor de un banco, en virtud de la cual la totalidad de las sumas derivadas de ventas pagadas con tarjetas de crédito o débito en los

establecimientos de comercio del deudor ingresaban al patrimonio autónomo que le servía a éste último de fuente de pago, “(...) *Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución (...). Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención (...). Un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial (...) a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica (...)*”⁴².

En suma, la posición de la Superintendencia de Sociedades aquí comentada trae consigo una serie de consecuencias que pueden afectar la integridad del trámite de reorganización empresarial y pueden generar efectos sistémicos en el mercado, al enviar un mensaje respecto de la existencia de formas para evadir la aplicación de las reglas concursales.

V. Propuesta alternativa a la postura actual de la Superintendencia de Sociedades

Como anticipamos, el objetivo del presente escrito no es únicamente cuestionar la postura actual de la Superintendencia de Sociedades en relación con aquellos casos en que siendo el patrimonio autónomo resultante de un contrato de fiducia mercantil de garantía el sujeto pasivo de un crédito, su fideicomitente entra en un proceso de reorganización; sino que buscamos plantear una alternativa que, a nuestro juicio, ofrezca un mejor balance entre la protección del crédito a que tienen derecho los acreedores en el marco de un proceso de reorganización y la integridad de éste. Para tales efectos, proponemos una fórmula que, con base en ciertos criterios, permita al juez concursal, para algunos casos puntuales, ordenar al administrador fiduciario abstenerse de continuar atendiendo los pagos de las obligaciones, aun cuando el fideicomiso es formalmente el titular de las obligaciones que atiende, en

42 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2018). Auto 400-010390 del 27 de julio de 2018. Bogotá D.C.

aras de preservar la integridad del trámite de reorganización. Al tener en cuenta estos elementos, el juez concursal contaría con una serie de criterios objetivos que le permitirían atender no solo a la realidad meramente formal de la situación, sino tener en cuenta las realidades económicas de las operaciones mercantiles que se articulan a través de redes contractuales muchas veces complejas.

1. Concursabilidad del patrimonio autónomo deudor

La concursabilidad del patrimonio autónomo resultante de la celebración de un contrato de fiducia mercantil es un fenómeno jurídico previsto en la Ley 1116 de 2006, en los siguientes términos:

“Artículo 2: 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 (...)” (Subraya fuera del texto)

Dicha norma fue objeto de reglamentación mediante el Decreto 1038 de 2009 (hoy compilado dentro del Decreto 1074 de 2015), el cual, en su artículo 1, define el concepto de patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales de la siguiente forma:

“Artículo 1º. Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia. Para los efectos del artículo 2º de la Ley 1116 de 2006, los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios.”

De lo anterior concluimos que la concursabilidad del patrimonio autónomo se deriva de su actividad empresarial, esto es, en los términos del artículo 25 del Código de Comercio, el adelantar “(...) toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (...)”. En palabras de Rivera Andrade; “(...) solamente serán susceptibles de ser sometidos a un proceso de insolvencia, aquellos patrimonios

que en sí mismo sean una empresa (...)»⁴³. En cuanto a las tipologías de negocios fiduciarios a través de las cuales puedan ser adelantadas actividades empresariales, se ha indicado que serían las fiducias inmobiliarias de administración y pagos, y las fiduciarias de administración y pagos aquellas que contarían con la vocación necesaria⁴⁴. En cuanto a los supuestos de admisión al proceso de reorganización, el artículo 2 del Decreto 1038 de 2009 establece que serán aquellos consagrados en el artículo 9 y en los literales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley 1116 de 2006, y se precisa que el negocio fiduciario no deberá estar incurso en ninguna de las causales de extinción de que trata el artículo 1240 del Código de Comercio⁴⁵. El Decreto, igualmente, establece en su artículo cuarto un requisito de procedibilidad para efectos de la admisión del fideicomiso en cuestión a un proceso de insolvencia, y es que el contrato de fiducia mercantil que le hubiere dado vida esté inscrito en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente. En relación con la legitimación para solicitar la apertura del respectivo proceso concursal, el artículo octavo de la mentada norma establece que podrá ser cualquiera de los siguientes interesados: i) el administrador fiduciario, a iniciativa propia o porque así lo haya requerido el fideicomitente o quien ejerza influencia dominante sobre el vehículo fiduciario, ii) el titular de un crédito a cargo del fideicomiso y que se encuentre vencido y exigible y/o, iii) por la superintendencia que ejerza supervisión sobre la actividad principal que desarrolla el patrimonio autónomo en cuestión.

A juicio nuestro, la posibilidad de que el patrimonio autónomo sea concursable – o no – es, quizá, el criterio más relevante al que debe acudir el juez del concurso para efectos de establecer si un patrimonio autónomo, que a su vez es sujeto pasivo de un crédito que se encuentra pagando, debe o no continuar con la atención de dicha obligación, una vez su fideicomitente ingresa a un proceso de reorganización, en virtud de las siguientes razones:

43 Rivera Andrade, Diana. «Breve recuento de la jurisprudencia concursal en materia de ejecución de contratos de fiducia con fines de garantía y concurso de patrimonios autónomos.» *Revista Informática del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, 2019. 9.

44 Rivera Andrade, Diana. «Los negocios fiduciarios en los procesos concursales colombianos. Aspectos generales.» *Revista del Instituto Argentino de Derecho Comercial*, 2011.

45 Sin perjuicio de esta precisión, tal y como lo ilustra Rivera Andrade, en el caso del Patrimonio Autónomo FC Campollo (Ver Auto 400-011585 del 2 de septiembre de 2015), el juez concursal admitió la posibilidad de subsanar una causal de terminación por parte del Comité Fiduciario o el respectivo órgano de administración correspondiente. (Rivera Andrade. Breve recuento de la jurisprudencia concursal en materia de ejecución de contratos de fiducia con fines de garantía y concurso de patrimonios autónomos. 9.)

1.1. Adelantamiento de una actividad empresarial autónoma e independiente: Como se mencionó anteriormente, son los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales aquellos que cuentan con la posibilidad de ser sujetos concursables. Lo anterior implica que tales vehículos fiduciarios cuentan con activos dispuestos de forma organizada en función de la realización de una actividad económica productiva y, en tal medida, la asunción de obligaciones por parte de éstos se justificaría precisamente dentro del desarrollo empresarial que avanza el fideicomiso. Esto no es un hecho menor, en la medida en que una de las críticas que se ha planteado a lo largo del presente texto a la posición de la Superintendencia de Sociedades es precisamente que puede potencialmente desconocer la realidad económica de una operación, en tanto se estaría dando primacía absoluta a una realidad formal respecto de la titularidad obligacional, en lugar de efectuar una valoración efectiva respecto de quién es el verdadero beneficiario de la prestación que da lugar al nacimiento de la obligación. Entre otros, piénsese en el citado caso Axede⁴⁶, en que la Superintendencia de Sociedades decidió mantener en funcionamiento pleno el patrimonio autónomo que había suscrito directamente el contrato de crédito en calidad de deudor, mientras que ordenó que el patrimonio autónomo que atendía el servicio de la deuda de la obligación de su fideicomitente debía abstenerse de continuar con los pagos a favor del beneficiario de la fuente de pago; esto, sin perjuicio, de que el funcionamiento de ambos vehículos fiduciarios, por lo demás, era idéntico.

El hecho de que el patrimonio autónomo adelante actividades empresariales directamente podría, en esta medida, sustentar el hecho de que las obligaciones por éste adquiridas son comprensibles dentro del esquema de su actividad productiva. Así, la noción de que el patrimonio autónomo está atendiendo obligaciones que son en realidad adquiridas en virtud de una prestación que beneficia a un tercero (su fideicomitente)⁴⁷ quedaría, si no eliminada, por lo menos muy atenuada.

46 Auto 400-011925 del 2 de agosto de 2017.

47 Es interesante señalar que este es precisamente el argumento del recurrente en el mencionado caso Suma (Auto 400-002370 del 26 de marzo de 2019). En dicho caso, el representante del deudor argumentó que había lugar a una simulación en la medida en que el beneficiario real del crédito no era el patrimonio autónomo, sino el fideicomitente (deudor concursado). La Superintendencia, no obstante, no se enfocó en evaluar la validez del argumento del recurrente, sino que lo desestimó de tajo

- 1.2. Eliminación de la posibilidad de contar con un deudor no concursable: Como mencionamos en el capítulo anterior, una de las consecuencias adversas de la actual posición de la Superintendencia de Sociedades es que puede fácilmente resultar en el sinsentido jurídico de que un acreedor podría tener una situación en que tiene dos deudores respecto de un mismo crédito; uno que puede ser sujeto concursal (el fideicomitente) y otro que no (el fideicomiso). Esto, como se explicó en su momento, considerando que no es inusual que cuando los acreedores soliciten que los fideicomitentes funjan como codeudores o avalistas respecto de las obligaciones de sus patrimonios autónomos. Esta condición puede generar una afectación a la integridad del trámite de reorganización del deudor, en tanto, como ocurre frecuentemente, los recursos que se mantienen en el patrimonio autónomo afecto a la garantía fiduciaria resultan importantes -sino fundamentales- para que el deudor pueda viabilizar el desarrollo de su empresa. El hecho de que se trate de un patrimonio autónomo afecto a la realización de actividades empresariales, en los términos del artículo 2.º de la Ley 1116 de 2006 y del Decreto Reglamentario 1038 de 2009, impide esta posibilidad, en tanto el vehículo fiduciario en cuestión sí constituiría un sujeto concursable.

2. Pluralidad de fideicomitentes

Otro de los criterios que, a nuestro juicio puede tener en cuenta el juez concursal a la hora de establecer si un patrimonio autónomo, que a su vez es sujeto pasivo de un crédito que se encuentra pagando, debe o no continuar con la atención de dicha obligación, una vez su fideicomitente ingresa a un proceso de reorganización, es la cantidad de fideicomitentes con que cuenta dicho vehículo fiduciario. Si bien esto corresponde a un elemento que puede ser meramente circunstancial, no es menos cierto que el hecho de que un patrimonio autónomo cuente con un único fideicomitente que escinde una porción de su patrimonio para efectos de fideicomitir los activos que servirán de fuente de pago de una obligación que está formalmente en cabeza de dicho fideicomiso, cuando menos, genera suspicacia respecto de si

al argumentar que el recurso de reposición no constituía una oportunidad procesal para promover una acción de simulación, ya que existían términos y oportunidades legales distintas para incoar una acción de ese tipo.

dicho fideicomitente es realmente el beneficiario de la prestación que da lugar al nacimiento de la obligación atendida o lo es el patrimonio autónomo titular de ésta.

En tal medida, el hecho de que exista una pluralidad de fideicomitentes en un vehículo fiduciario que celebra en su nombre y por cuenta propia negocios jurídicos que den lugar a la asunción de obligaciones que debe atender con cargo a sus propios activos puede ser, al menos, un indicador respecto de la realidad respecto de que el patrimonio autónomo es efectivamente el beneficiario de la prestación que da lugar a la o las obligaciones atendidas por el fideicomiso.

Empero, esto no implica que todos los negocios fiduciarios de un único fideicomitente deban ser cuestionados cuando actúan como titulares directos de una obligación. Una posición de esta naturaleza sería profundamente problemática, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de que un patrimonio autónomo que adelante actividades empresariales, en los términos del argumento anterior, no está restringida respecto del número de fideicomitentes que tal vehículo fiduciario debe tener.

3. Beneficiario real y efectivo de la prestación que da lugar a la obligación atendida por el fideicomiso

El juez del concurso también puede buscar establecer quién es el beneficiario real de la obligación atendida por el fideicomiso. Este, a nuestro juicio es un elemento valioso en la medida en que dilucidar quién se beneficia real y directamente de la prestación que deriva en la obligación atendida, puede ayudar a confirmar si el vehículo fiduciario está siendo empleado únicamente como una garantía de obligaciones que, materialmente, corresponden a su fideicomitente o si, por el contrario, son obligaciones razonables dentro de la actividad adelantada por el primero. Para efectos ilustrativos, piénsese, por ejemplo, en aquellas operaciones de crédito en que, si bien el titular obligacional principal es el fideicomiso, quien recibe directamente el desembolso dinerario, o quien dispone libremente de tales recursos para la financiación de su operación productiva, es el fideicomitente. Este es un escenario en que, en nuestra opinión, válidamente se podría llegar a cuestionar, en el marco del proceso de reorganización, si el patrimonio autónomo está atendido obligaciones realmente propias o del deudor concursado, lo cual, como se argumentó en el caso de Suma, podría incluso llegar a configurar una simulación.

Al igual que el número de fideicomitentes, éste es un criterio que debe ser evaluado caso a caso, sobre todo considerando que, en general, tanto los derechos

como las obligaciones en cabeza de un fideicomiso tienen la finalidad de servir al fideicomitente, que es quien transfiere los recursos necesarios para la constitución del vehículo fiduciario y quien delimita los contornos de su actuación a través de los términos del contrato de fiducia y de las instrucciones que imparte en vigencia de éste. Por esta razón, en aplicación de este criterio se debe procurar constatar que el beneficiario inmediato y/o directo de la prestación sea realmente el fideicomiso y la actividad que éste adelanta, sin perjuicio de los beneficios ulteriores que dicha prestación pueda tener para el fideicomitente.

4. Sociedades de objeto único en el marco de operaciones de *Project Finance*

En el mencionado caso Suma (Auto 400-002370 del 26 de marzo de 2019), uno de los elementos interesantes era el hecho de que el deudor concursado estaba dentro de la categoría de lo que se denomina un “SPV” o una “sociedad de objeto único”. Este tipo de vehículos societarios se constituyen con una finalidad empresarial particular y determinada, por lo que, habitualmente, todas las actividades que adelanta se enmarcan, directa o indirectamente, dentro de dicho objeto social. No es extraño que existan sociedades de este tipo en el marco de operaciones de *Project Finance* que es, esencialmente, un mecanismo de financiación que más que basar su colateralización en los activos existentes del deudor, lo hace sobre la base de los flujos de caja que éste genere a partir del desarrollo de su actividad empresarial. En estos casos, la utilización de fiducias en garantía permite, por un lado, aislar tales flujos de caja y, por otro lado, instrumentalizarlos de forma tal que con cargo a ellos se atiende de forma prioritaria el servicio de la deuda producto de la financiación otorgada para el desarrollo de la actividad empresarial. Esta compleja estructura de colateralización permite que los financiadores de la empresa del SPV cuenten con un esquema bastante seguro en relación con la satisfacción de su crédito, pero deja dudas respecto a la identidad real del beneficiario de la prestación que da lugar a la obligación de crédito dentro de un trámite de reorganización, aun cuando el patrimonio autónomo es formalmente el titular de esta.

Así, si bien no se pretende proponer censurar este tipo de esquemas, sí se llama la atención a que casos como el de Suma ilustran una situación donde, aunque el vehículo fiduciario se emplea válidamente para la construcción de un esquema de garantía que otorgue a los financiadores suficiente seguridad para decidirse adelantar colocaciones de este tipo, el beneficiario real de la prestación que

deriva en el crédito es el fideicomitente. Tanto es así que en dicho caso la Superintendencia de Sociedades reconoce que la financiación se otorga para el desarrollo del Sistema Integrado de Transporte – SITP –, precisamente el objeto único del deudor concursado.

5. Mecanismos adicionales

Si bien el objetivo primordial de este capítulo ha sido proponer una posición alternativa a la posición actual de la Superintendencia de Sociedades, se considera valioso evaluar, al menos de forma somera, algunos mecanismos alternativos que, en nuestro criterio, podrían explorarse de cara a la postura jurisprudencial actual. Así, como colofón de este texto ilustraremos algunos mecanismos adicionales a los que tendrían acceso tanto el deudor concursado, como los demás acreedores que hubieren resultado lesionados y que buscarían mitigar los efectos perniciosos que esta postura de la Superintendencia de Sociedades puede tener.

5.1. Acciones revocatorias y de simulación

Como se ilustró en puntos anteriores, un elemento cuestionable de la designación del patrimonio autónomo como titular directo de una obligación a su cargo es la idea de que el beneficiario real de la prestación que da lugar al nacimiento de tal obligación pueda ser el fideicomitente. En estos casos, el hecho de que el patrimonio autónomo celebre en su nombre y por cuenta propia el contrato del que se derivan las obligaciones que éste asume directamente podría constituir una ficción jurídica destinada a blindar al acreedor beneficiario del fideicomiso frente a escenarios de insolvencia del fideicomitente, ya que, con base en la actual posición de la Superintendencia de Sociedades, el vehículo fiduciario, aun cuando su fideicomitente ingresa a un trámite de reorganización, estaría llamado a continuar con su funcionamiento regular.

Al respecto, es necesario precisar que tanto los demás acreedores afectados, como el propio deudor concursado contarían con mecanismos para solicitar la recomposición del patrimonio del deudor, en aras de preservar la integridad del trámite concursal. En este caso, se podría buscar la declaratoria de simulación del acto en virtud del cual el patrimonio autónomo se constituye en el titular directo de la obligación de crédito, con el fin de sacar a la luz la relación obligacional entre el fideicomitente y el acreedor garantizado a través del vehículo fiduciario.

En materia concursal, el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece la posibilidad de demandar ante el juez del concurso la declaratoria de revocación o simulación de aquellos actos que “(...) hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos (...)”. Si bien dicha norma pareciera tratar de manera indistinta la acción de revocatoria y la acción de simulación, “(...) no puede olvidarse que se trata de dos figuras que persiguen fines distintos, pues la acción de simulación tiene como finalidad sacar a la luz el contrato oculto, y la revocatoria tiene como finalidad dejar sin efecto un acto realizado por el deudor en detrimento de los acreedores (...)”⁴⁸. El ejercicio de la acción revocatoria concursal estaría condicionado al cumplimiento de los términos y condiciones descritos en los artículos 74 y 75 del Estatuto Concursal, los cuales prevén las operaciones respecto de las cuales se podrá intentar la acción revocatoria y los plazos para incoarla.

El resultado de una acción de esta naturaleza podría desembocar en una recomposición del patrimonio del deudor concursado que permita, como lo ha indicado Rodríguez Espitia, preservar la integridad de los principios de universalidad e igualdad en que busca garantizar que “(...) todos sus bienes [los del deudor concursado] sean destinados a satisfacer todas sus obligaciones (...) busca impedir que los acreedores conociendo la crisis del deudor satisfagan su acreencia de manera anticipada, sustrayéndose del concurso y cercenando en derecho de los demás a pagarse con cargo al bien que sale del patrimonio del deudor”⁴⁹.

En materia civil, dos son las acciones que tradicionalmente se emplean para proteger a los terceros afectados por aquellos negocios jurídicos que asumen una forma jurídica detrás de la cual esconden una realidad distinta; la acción pauliana, a través de la cual se persigue la revocatoria de un negocio jurídico celebrado con fines fraudulentos⁵⁰. Por su parte, la acción de simulación que es, a juicio nuestro, la más apropiada para este tipo de situaciones, persigue la “(...) la comprobación judicial de una realidad jurídica escondida tras el velo creado deliberadamente por los estipulantes, que causa al actor una amenaza a sus intereses (...) el fin de la acción es, pues, obtener la revelación del acto oculto que se configuró a partir de la genuina

48 Salazar García, Sandra Jimena. «De la naturaleza de las acciones revocatorias.» *Derecho y Realidad. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC*, 2009. 171.

49 Rodríguez Espitia, J. J. (2007). *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 524. (Este aparte del libro es referido por Salazar García. *De la naturaleza de las acciones revocatorias*.)

50 Alarcón Palacio, Yadira. «La Acción Pauliana.» *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 1999. 43.

*expresión de voluntad de las partes (...)*⁵¹. En tal medida, el resultado favorable de una acción de simulación ante la jurisdicción civil por parte de uno o varios de los acreedores afectados por la garantía fiduciaria estructurada en los términos descritos permitiría obtener un pronunciamiento judicial en que se reconozca como simulado aquel acto en virtud del cual el fideicomiso adquieren la calidad de sujeto pasivo del crédito que atiende y, en consecuencia, la declaratoria de que el deudor real de las obligaciones atendidas con cargo al patrimonio autónomo es el fideicomitente. Esto tendría que verse reflejado en el proceso concursal en la posibilidad de solicitar al juez concursal la inejecución del negocio fiduciario, redirigiendo los recursos allí presentes al deudor concursado.

Ahora bien, durante el trámite de la respectiva acción de simulación, la fórmula que el juez concursal podría adoptar respecto de los acreedores del fideicomiso sería dotarlos de la calidad acreedores provisionales dentro del concurso del fideicomitente concursado y, una vez culminado dicho proceso, si se encuentra probada la simulación, consolidarían su calidad de acreedores en el trámite concursal del fideicomitente. En relación con la clase de sus acreencias, el juez del concurso podría considerarlos como acreedores quirografarios mientras se resuelve el trámite paralelo de simulación y, una vez consolidada su posición como acreedores, se podría ajustar la categoría para considerarlos acreedores garantizados. Esto, en tanto si se entiende probada la simulación respecto del acto en virtud del cual el fideicomiso se constituye como sujeto pasivo del crédito atendido, y se establece que la verdadera relación obligacional existe entre el fideicomitente y el acreedor garantizado, necesariamente tendría que entenderse que el fideicomiso es no ya el deudor de la obligación, sino un mecanismo constituido por el verdadero deudor para colateralizar su obligación para con el acreedor. Así, el acreedor pasaría a ser considerado como un simple acreedor quirografario a ocupar la calidad de acreedor garantizado.

5.2. Actuaciones ante la Superintendencia Financiera de Colombia

En nuestro concepto, el caso Jungla Kumba (Auto 400-010390 del 27 de julio de 2018) ilustró un importante recurso al que podría acudir el deudor concursado en situaciones como la descrita en el presente escrito; la acción de protección al

51 Deik Acosta, C. (2010). Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*. 389.

consumidor financiero prevista en los artículos 57 y 58 de la Ley 1480 de 2011. En dicho caso, como ya se mencionó, la Superintendencia de Sociedades cuestionó la estructuración de una garantía fiduciaria a favor de un banco en virtud de la cual la totalidad de las sumas derivadas de ventas pagadas con tarjetas de crédito o débito en los establecimientos de comercio del deudor ingresaban al patrimonio autónomo que le servía a este último de fuente de pago. El Despacho precisó que una modalidad de práctica abusiva en la que podían incurrir los establecimientos de crédito en el marco de sus operaciones era la de solicitar la creación de “(...) depósitos colaterales constituidos mediante el abono forzoso del producto del préstamo, de baja remuneración y con disponibilidad restringida para el mutuuario y depositante a la vez”, al respecto, dijo la Superintendencia, esta práctica puede provocar un “(...) desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes y se ubican en el plano de lo abusivo (...)”. En el escenario aquí estudiado, la creación de un depósito colateral constituido mediante el abono forzoso sería palmaria. Especialmente, de cara al proceso de reorganización, cuando el deudor concursado se encuentra ávido de liquidez, la restricción de la disponibilidad que este tendría para acceder a tales recursos sería sustancial y podría desembocar en un perjuicio irremediable para el deudor concursado, tal y como se argumentó en el caso Suma.

En este sentido, partiendo del hecho de que el deudor concursado cuenta con la calidad de consumidor financiero, en los términos de la Ley 1328 de 2009, tanto respecto del banco que otorga el crédito, como respecto de la sociedad fiduciaria con la que se suscribe el contrato de fiducia mercantil, se podría intentar una acción de protección al consumidor financiero, con el fin de perseguir la ineficacia de las estipulaciones en que se haga referencia al patrimonio autónomo como titular directo del crédito, con el necesario efecto dentro del proceso de reorganización de la suspensión del funcionamiento del vehículo fiduciario.

Conclusiones

La fiducia en garantía es quizá, hoy en día, uno de los mecanismos de garantía más atractivos para el tráfico mercantil. Aspectos como la flexibilidad del mecanismo contractual y la posibilidad de registro como garantía mobiliaria ofrecen a los agentes económicos un acicate importante a la hora de seleccionar este tipo de estructuras de garantía como acompañante de las operaciones económicas de las

que forman parte. Es por eso tan importante que la utilización de dichos vehículos pueda articularse de forma óptima con uno de los regímenes legales más relevante de cara a la actividad empresarial: el derecho concursal.

En el presente documento se mostró como dos de los principios rectores más importantes del régimen concursal actual en el país siguen siendo el de igualdad y el de universalidad. Así mismo, se ilustró como la posición actual de la Superintendencia de Sociedades de mantener vigente el funcionamiento de los vehículos fiduciarios de garantía en aquellos casos en que éstos funcionan como sujetos pasivos de los créditos que atienden, pero sus fideicomitentes entran a trámite de reorganización, pugna con dichos principios rectores y amenaza la integridad del trámite concursal. Esto, sin mencionar el incentivo perverso que de manera sistémica se genera para los potenciales acreedores, que pueden ver en el vehículo fiduciario de garantía una forma de evadirse del concurso de acreedores, además de la evidente desprotección de los pequeños acreedores, quienes no cuentan con la capacidad de negociación para acceder a mecanismos de garantía similares y, por ende, corren el alto riesgo de ver frustrada su legítima expectativa crediticia por cuenta del desproporcionado beneficio que la actual posición de la Superintendencia de Sociedades constituye para aquellos acreedores beneficiarios de los vehículos fiduciarios que se construyen de esta manera.

Esta situación, no obstante, no resulta irresoluble, sino que existe una postura alternativa que puede, en opinión nuestra, restablecer de manera más adecuada el balance entre el derecho de crédito que asiste válidamente a los acreedores y la integridad del trámite de reorganización. Esta alternativa se funda en la adopción de criterios prácticos que permitirían al juez del concurso dilucidar de manera optimizada la realidad económica de una determinada situación, en búsqueda de una decisión que impida una afectación sustancial al trámite de reorganización, con el consecuente efecto que esto tendría para el objetivo primordial que informa la filosofía detrás de esta institución legal; la recuperación empresarial y los beneficios que ésta genera para el conjunto de la sociedad.

El numeral 11 del artículo 5 del Estatuto Concursal, al referirse a las facultades que asisten al juez del concurso en desarrollo de sus funciones, dispone lo siguiente: “*En general [el juez concursal], tendrá atribuciones suficientes para dirigir el proceso y lograr que se cumplan las finalidades del mismo*”. Esta atribución, deliberadamente abierta, debe prevenir que el juez concursal permanezca impávido frente a situaciones que tienen un alto potencial de constituirse en amenazas para la integridad del trámite concursal. La justicia concursal no puede permanecer rezagada frente a las adaptaciones jurídicas y contractuales que la inventiva de los

agentes económicos produce, en función de las operaciones mercantiles. De esto depende que el derecho concursal pueda seguir jugando un rol preponderante y efectivo en los ciclos empresariales.

Referencias

Abella Abondano, Germán. 24 de Julio de 2017. <https://www.derecho-concursal.org/images/eventos/presentaciones/Garantias%20Fiduciarias%20German%20Abella%20Abondano.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021).

Agudelo Sistiva, Claudia Mercedes, y Christian Eduardo Pérez Rueda. «¿Es la fiducia en garantía un mecanismo para garantizar obligaciones más eficientes que las cauciones tradicionales?» *Revista de Derecho Privado Uniandes*, 2011.

Alarcón Palacio, Yadira. «La Acción Pauliana.» *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 1999: 41-50.

Arias, José Fernando, Mónica Espinosa, y Ana Cristina Jaramillo. «Análisis Jurídico Práctico de los Efectos y Fines de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley 550 de 1999).» 2003. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/21089/u245734.pdf?sequence=1> último acceso: 6 de diciembre de 2021).

Cámara Colombiana de Infraestructura. «Colombia: el porqué de las concesiones viales.» 19 de Julio de 2021. <https://infraestructura.org.co/colombia-el-porque-de-las-concesiones-viales>.

Cámara Colombiana de Infraestructura. «LegisComex.» 20 de septiembre de 2016. <https://www.legiscomex.com/documentos/desarrollo-infraestructura-colombia-rci285>.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 46.494 de diciembre 27 de 2006.

Congreso de la República de Colombia, Ley 57 de 1887. Por medio del cual se expide el Código Civil. *Diario Oficial* No. 7.019 de abril 20 de 1887.

Congreso de la República de Colombia, Ley 222 de 1995. 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. *Diario Oficial* No. 42.156 de diciembre 20 de 1995.

Congreso de la República de Colombia, Ley 550 de 1999. Por 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 disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley. Dario Oficial No. 43.940 de marzo 19 de 2000.

Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (2021). Concepto 1-2021-010849 del 9 de abril de 2021. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-375 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-006 de 2016. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 2003-04295. Rad: 76001-2331-000-2003-04295-01. Sala de lo Contencioso Administrativo. M. P.: Oswaldo Giraldo López. Bogotá, D.C.

Corte Suprema de Justicia. (1967). Sentencia 30020124. M.P.: Luis Sarmiento Buitrago. Bogotá D.C.

Cuberos Gómez, Gustavo. «Insolvencia: Evolución de un concepto.» Revista de Derecho Privado. Uniandes, 2005: 27-54.

Deik Acosta, Carolina. «Simulación de actos jurídicos: Teoría.» Revista de Derecho, Universidad del Norte, 2010: 377-409.

Flórez, Alfredo. «La fiducia mercantil en la modalidad de garantía.» Universitas Jurídica. No. 92, 1997: 218.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio. «La Fiducia en Colombia según la justicia arbitral.» Revista de Derecho Privado Uniandes, 2013.

León González, Carlos Andrés. «Nuevas dogmáticas en el derecho privado entorno al patrimonio autónomo fiduciario. Un debate en Colombia.» Verba Iuris, 2012: 171-182.

Manrique Nieto, Carlos. La fiducia en garantía. Bogotá D.C.: Editorial Gustavo Ibáñez, 1998.

Martínez Cárdenas, Betty Mercedes, y Francisco Ternera Barrios. «De las garantías tradicionales a las garantías derivadas.» Opinión Jurídica 19, 2011.

Martínez Fonseca, Ana María. «La fiducia en garantía en el contexto de las garantías.» Repositorio de trabajos de grado de la Universidad de los Andes, 2017.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 663 del de 1993. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial No. 40.820 de abril 2 de 1993.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1038 del de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. Diario Oficial No. 47.304 de marzo 27 de 2009.

Rendón Correa, Ana María. «Viabilidad de la fiducia mercantil ante la apertura de procesos concursales cuyo titular sea el constituyente.» Repositorio Institucional Universidad EAFIT, 2021.

Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 2269 de 1969. Por el cual se expide y se pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio. Diario Oficial 32985 de 4 de febrero de 1970.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 350 de 1989. Por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos. Diario Oficial 38.707 de febrero 20 de 1989.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.771 de julio 15 de 2010.

República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. Diario Oficial No. 47304 de marzo 27 de 2009.

República de Colombia, Presidencia, Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47771 de julio 15 de 2010.

Reyes Villamizar, Francisco. «Los procesos concursales frente al contrato de fiducia en garantía.» Revista de derecho privado Universidad de Los Andes, 1999: 3-36.

Rivera Andrade, Diana. «Breve recuento de la jurisprudencia concursal en materia de ejecución de contratos de fiducia con fines de garantía y

concurso de patrimonios autónomos.» Revista Informática del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, 2019.

Rivera Andrade, Diana. «Los negocios fiduciarios en los procesos concursales colombianos. Aspectos generales.» Revista del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2011.

Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá: Legis, 2017.

Rodríguez Espitia, Juan José. «Aproximación al Derecho Concursal Colombiano» Revista E- Mercatoria, 2007.

Rodriguez Espitia, Juan José. «Nuevo régimen de insolvencia» Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Salazar García, Sandra Jimena. «De la naturaleza de las acciones revocatorias.» Derecho y Realidad. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, 2009.

Sotomonte Mujica, David Ricardo. «El patrimonio autónomo como deudor concursal.» Revista E-Mercatoria, 2009: 1-22.

Sotomonte Mujica, David Ricardo. «La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada.» Revista de Derecho Privado Uniandes, 2005.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (1995). Auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2008). Oficio 220-000084 de 2008. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. «Superintendencia de Sociedades.» 2011. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf (último acceso: 4 de noviembre de 2021).

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2014). Auto 400-005970 del 24 de abril de 2014. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2014). Auto 400-019279 del 26 de diciembre de 2014. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2015). Auto 400-011235 del 25 de agosto de 2015. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2015). Auto 400-000112 del 1 de septiembre de 2015. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2015). Auto 400-013144 del 2 de octubre de 2015. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2016). Auto 400-004422 del 17 de marzo de 2016. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2016). Auto 400-006617 del 29 de abril de 2016. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2017). Auto 400-003830 del 1 de febrero de 2017. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2017). Auto 400-011925 del 2 de agosto de 2017. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2018). Oficio 220-050986 de 2018. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2018). Auto 400-010390 del 27 de julio de 2018. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2019). Auto 400-002370 del 26 de marzo de 2019. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (2019). Auto 400-017368 del 30 de noviembre de 2019. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2019). Oficio 220-025369 de 2019. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2019). Oficio 220-0281110 de 2019. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2020). Oficio 220-013429 de 2020. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2020). Oficio 220-002376 de 2020. Bogotá D.C.

Superintendencia de Sociedades. (2021). Oficio 220-116294 de 2021. Bogotá D.C.

Superintendencia Financiera. (2014). C.E. 029 de 2014. Bogotá D.C.