

**La Insolvencia empresarial y su Impacto en los fideicomisos Inmobiliarios: Un estudio
de la legislación en el marco del Derecho colombiano.**

Realizado por: David Lopera López

Asesor: Juan Antonio Gaviria Gil

Universidad EAFIT

Año: 2025

Abstract

This research critically examines the interaction between the corporate insolvency regime and real estate trusts in Colombia, aiming to identify regulatory gaps and propose harmonization measures to strengthen legal certainty in the market. The study explores the evolution of Colombian insolvency law, from its punitive origins to the consolidation of Law 1116 of 2006, which introduced reorganization as the primary mechanism to preserve viable companies. In parallel, it analyzes the consolidation of real estate trusts as an essential instrument for financing and executing construction projects, characterized by the creation of autonomous estates and asset separation, which foster confidence among investors and buyers. The research highlights the central tension between the principle of insolvency universality and fiduciary patrimonial autonomy, a conflict that has been addressed unevenly by the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, the Constitutional Court, and the Superintendency of Companies. Using a qualitative approach based on normative, jurisprudential, and doctrinal analysis, complemented by comparative law elements, the study seeks to determine to what extent the assets subject to trust should or should not be included in the insolvency estate, and how to reconcile the protection of insolvency creditors with the rights of fiduciary beneficiaries. The findings allow the proposal of guidelines and normative alternatives that contribute to balancing conflicting interests and reinforcing confidence in the Colombian financial and real estate system.

Keywords: corporate insolvency, real estate trust, autonomous estate, insolvency law, insolvency universality, legal certainty.

Tabla de Contenidos

Capítulo I. Marco Jurídico de la Insolvencia Empresarial en Colombia

1.1 Transformaciones históricas del régimen concursal

1.1.1 Regulación inicial y carácter punitivo

1.1.2 La visión intervencionista y el concordato preventivo

1.1.3 Apertura económica y consolidación normativa

1.2 Finalidades y objetivos del derecho concursal

1.3 Principios orientadores del régimen de insolvencia

1.3.1 Universalidad del proceso concursal

1.3.2 Igualdad de los acreedores

1.3.3 Eficiencia, transparencia e información en el concurso

1.4 Modalidades procesales

1.4.1 Procedimiento de reorganización

1.4.2 Proceso de liquidación judicial

1.5 Doctrina y jurisprudencia en torno a la insolvencia

Capítulo II. El Fideicomiso y su Función Económica en el Sistema Colombiano

2.1 Concepto y características esenciales del fideicomiso mercantil

2.2 Régimen normativo aplicable en Colombia

2.3 Distinciones entre fiducia mercantil, fideicomiso civil y negocios afines

2.4 Impacto económico y jurídico de la fiducia

2.4.1 El patrimonio autónomo y la separación de bienes

2.4.2 Papel de la fiducia en la financiación empresarial

2.4.3 El fideicomiso inmobiliario como motor del sector construcción

2.5 Experiencias prácticas en el ámbito inmobiliario

Capítulo III. El Encuentro entre Insolvencia Empresarial y Fideicomisos Inmobiliarios

3.1 Repercusiones de la apertura de procesos concursales en contratos fiduciarios

3.1.1 Incidencia en la reorganización empresarial

3.1.2 Consecuencias en la liquidación judicial

3.2 Tratamiento legal del patrimonio autónomo en la Ley 1116 de 2006

3.3 Criterios jurisprudenciales de la Superintendencia de Sociedades y la Corte Suprema

3.4 Desafíos prácticos en la aplicación

3.4.1 Continuidad o terminación de los contratos fiduciarios

3.4.2 Derechos de los beneficiarios y protección de los acreedores

3.4.3 Bienes excluidos de la masa concursal

3.5 Jurisprudencia aplicada al sector inmobiliario

Capítulo IV. Problemas Jurídicos y Retos de Interpretación

4.1 Tensiones entre la naturaleza autónoma del fideicomiso y la normativa concursal

4.2 Incidencia en la posición de acreedores y compradores de proyectos inmobiliarios

4.3 Riesgos frente a la confianza y seguridad jurídica en los contratos fiduciarios

4.4 Vacíos regulatorios y debates doctrinarios

Capítulo V. Perspectivas y Propuestas de Mejora

5.1 Posibilidad de concursar el patrimonio autónomo: criterios y límites

5.2 Alternativas frente al enfoque actual de la Superintendencia de Sociedades

5.3 Lineamientos para la protección de los fideicomisos inmobiliarios

5.4 Recomendaciones normativas y jurisprudenciales

Introducción

Los procesos concursales son una herramienta fundamental dentro del derecho comercial, su finalidad es la búsqueda de soluciones tanto económicas como jurídicas a las situaciones de crisis de los deudores. En términos generales, un proceso concursal es aquel procedimiento judicial o administrativo en el que concurren los acreedores de una persona natural o jurídica con el objetivo de satisfacer sus obligaciones de una manera ordenada, proporcional y conforme a los principios establecidos por la ley.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los procesos concursales se caracterizan por su naturaleza universal y colectiva. Son universales, porque comprenden todos los bienes del deudor susceptibles de embargo y enajenación. Son colectivos, ya que vinculan a la totalidad de los acreedores, los cuales tienen el deber de acudir a un único proceso para hacer efectivos sus derechos. Estos procedimientos gozan de un doble propósito: de un lado, permitir la recuperación del crédito a través de la distribución integral del patrimonio del deudor. Por el otro, se busca procurar la conservación de la empresa como unidad productiva, siempre y cuando sea posible.

El principio matriz de los procesos concursales es el principio de igualdad entre acreedores. Este, constituye las bases de los procesos concursales, pues evita que unos acreedores se vean privilegiados en detrimento de otros, existiendo no obstante excepciones.

Asimismo, los procesos concursales gozan de una finalidad social y económica: la búsqueda de que la norma no solo proteja intereses privados, sino que también preserve la estabilidad del sistema financiero, la continuidad de las empresas y la generación de empleo.

Por otro lado, el instrumento fiduciario tiene su origen en la figura del *Pactum Fiduciae* derivada de la antigua Roma, en la cual se transfería a alguien de confianza uno o varios bienes, en la búsqueda de un fin determinado. De allí, nace también la figura del Trust anglosajón en donde, quien recibía los bienes entregados adquiría un compromiso de manejo en favor del propietario o de un tercero.

En Colombia surgió la figura del fideicomiso, regulada en el Código de Comercio de 1971 y desarrollada posteriormente por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y la Circular Básica Jurídica. El fideicomiso, en esencia, consiste en un contrato mediante el cual una persona (fideicomitente) transfiere bienes o derechos a una sociedad fiduciaria (fiduciario), para que esta los administre o disponga de ellos conforme a una finalidad determinada en beneficio de un tercero (beneficiario) o del mismo fideicomitente.

Uno de los rasgos más importantes del fideicomiso es el nacimiento de un patrimonio autónomo, ya que lo que se busca es separar el patrimonio propio del fiduciario y del fideicomitente. Esta autonomía patrimonial le da a la fiducia un carácter de seguridad y confianza, en la medida en que los bienes entregados no pueden confundirse con los del deudor y, en principio, se encuentran al margen de los riesgos derivados de su eventual insolvencia.

En Colombia, los fideicomisos inmobiliarios han cobrado gran importancia como instrumento para la financiación y ejecución de proyectos de construcción y urbanismo. En este tipo de contratos, los recursos entregados por inversionistas, compradores de vivienda o entidades financieras son administrados por la fiduciaria, que garantiza su destinación específica al desarrollo del proyecto inmobiliario. Esta modalidad se ha convertido en un

mecanismo indispensable para dinamizar el sector inmobiliario, dado que ofrece transparencia, confianza y control sobre la ejecución de los proyectos.

La importancia de los fideicomisos inmobiliarios radica en que estos permiten la separación de los recursos de los riesgos patrimoniales de los constructores o promotores, con el propósito de generar confianza entre inversionistas y adquirentes. Sin embargo, esta misma característica plantea un dilema jurídico cuando se producen los procesos concursales en cabeza de los constructores. De aquí surgen preguntas como la siguiente: ¿qué ocurre con los bienes entregados en fiducia cuando el fideicomitente o el promotor inmobiliario entra en insolvencia?

Aquí, se enfrentan dos principios: el principio de universalidad del proceso concursal, que busca abarcar todos los bienes del deudor para satisfacer a los acreedores, con el principio de intangibilidad del patrimonio autónomo fiduciario, que excluye los bienes fideicomitados del haber general del deudor. Esta problemática jurídica ha sido objeto de debate en la doctrina y, especialmente, en la jurisprudencia; lo que lo convierte en un problema central para el derecho colombiano.

La interacción entre procesos concursales y fideicomisos inmobiliarios revela vacíos normativos y genera importantes preguntas:

- ¿Se pueden afectar los patrimonios autónomos fiduciarios en un proceso de insolvencia?
- ¿Cómo se concilia la protección de los acreedores concursales con los derechos de los beneficiarios del fideicomiso?

Contexto:

Insolvencia empresarial:

El fenómeno de la insolvencia empresarial constituye uno de los problemas más relevantes del derecho comercial moderno, pues se ubica en el punto medio entre la protección del crédito, la continuidad de la actividad económica y la preservación de la empresaria. La insolvencia, entendida como la imposibilidad objetiva y generalizada de un deudor para dar cumplimiento a sus obligaciones, adquiere gran relevancia en Colombia. Este incumplimiento afecta a las empresas, consideradas en el modelo económico nacional, unidades productivas que generan empleo, desarrollo y estabilidad financiera.

En Colombia, el tratamiento jurídico de la insolvencia empresarial ha experimentado un proceso evolutivo en su normatividad y jurisprudencia que refleja cambios en la economía nacional y la gran necesidad de adaptación del derecho a nuevas realidades.

Para hablar de la insolvencia empresarial debemos remontarnos a los regímenes concursales que se encontraban regulados por el Código de Comercio de 1971. Dicho Código consagraba dos instituciones específicas: la quiebra y el concordato. La quiebra, se consideraba de carácter meramente liquidatorio, lo que suponía la desaparición de la empresa deudora. Así, se priorizaba la satisfacción de los acreedores en un escenario de desaparición patrimonial. Por otro lado, aparecía el concordato, que buscaba un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, aunque para la época tenía limitaciones prácticas que impedían su eficacia como herramienta de reorganización.

Durante las décadas de los años ochenta y noventa, los regímenes concursales fueron objeto de múltiples críticas, pues los procesos eran considerados excesivamente formales, lentos y

e ineficaces a la hora de buscar su objetivo que era preservar la empresa como unidad productiva. Ante esta situación, el legislador se vio en la necesidad de expedir la Ley 222 de 1995, la cual introdujo importantes modificaciones en materia de sociedades y reguló lo que se conoce como el concordato preventivo obligatorio. Con esta figura, se intentó fortalecer la negociación entre el deudor y sus acreedores, bajo la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de evitar la liquidación forzosa. Sin embargo, la misma no logró superar los problemas estructurales del sistema, debido a que persistía la congestión judicial, la ausencia de mecanismos ágiles para solucionar los problemas y la rigidez de los acuerdos.

En este contexto, la promulgación de la Ley 550 de 1999 (conocida como Ley de Intervención Económica), representó un paso importante hacia un modelo más moderno de insolvencia empresarial. Dicha ley fue expedida como respuesta a la crisis financiera de finales de los noventa, y su objetivo principal consistió en buscar la reestructuración empresarial en compañías viables. Esto se realizó mediante la celebración de acuerdos que permitieran la conservación de la empresa y la recuperación del crédito. Esta norma amplió los sujetos sometidos al régimen concursal, incorporó reglas de mayor flexibilidad en la negociación y dotó a la Superintendencia de Sociedades de facultades más robustas en su función de autoridad concursal.

No obstante, los resultados de la Ley 550 de 1999 fueron limitados. Aunque se alcanzaron acuerdos exitosos, la figura carecía de mecanismos suficientemente eficaces frente a la insolvencia de empresas más complejas, y mantenía vacíos en materia de coordinación procesal y prelación de créditos.

Finalmente, como respuesta a la necesidad de contar con un régimen moderno, eficaz y alineado a los estándares internacionales, el Congreso expidió la Ley 1116 de 2006, *“por la*

cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia”. Esta ley significó un cambio trascendental en el tratamiento jurídico y económico de la insolvencia, al considerarla como un instrumento que busca la reorganización empresarial y no únicamente de liquidación patrimonial. Esta ley está inspirada en modelos comparados como la legislación norteamericana (Chapter 11 del Bankruptcy Code) y las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL).

La Ley 1116 de 2006 se caracterizó por contener procedimientos ágiles, reglas claras de participación de acreedores, mecanismos de protección del crédito y un enfoque centrado en la viabilidad económica de la empresa como unidad generadora de valor social.

Desde entonces, la Ley 1116 de 2006 se ha consolidado como la base normativa del régimen concursal colombiano. Esta se ha complementada por disposiciones posteriores como: la Ley 1429 de 2010 (formalización y generación de empleo), la Ley 1676 de 2013 (garantías mobiliarias), la Ley 1116 modificada por el Decreto Ley 560 de 2020 (insolvencia en el contexto de la pandemia de COVID-19) y, más recientemente, la Ley 2069 de 2020 (emprendimiento). Todas estas normas han reforzado el carácter instrumental del régimen de insolvencia como herramienta para preservar la empresa, garantizar el pago ordenado de las obligaciones y proteger el crédito como pilar del sistema financiero.

Fideicomiso Inmobiliario.

El fideicomiso, como institución jurídica, tiene raíces en el derecho romano, donde apareció bajo la figura del *fideicommissum*, un encargo testamentario de confianza por el cual el heredero o legatario estaba obligado a transferir bienes a un tercero. Sin embargo, su llegada

al sistema jurídico y financiero de Colombia no proviene directamente del derecho romano, sino de la tradición anglosajona del *trust*, que se incorporó en nuestro sistema a través de la legislación bancaria y fiduciaria durante el siglo XX

En Colombia, el fideicomiso moderno surge formalmente la Ley 45 de 1990, que obligó a las sociedades fiduciarias a operar de manera independiente de sus bancos matrices, y luego con la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). Este reguló la actividad de las sociedades fiduciarias y les otorgó la facultad de administrar negocios fiduciarios en diversas modalidades, como de inversión y administración. La figura nace como un contrato por medio del cual una persona natural o jurídica (fiduciante) transfiere la propiedad de determinados bienes a una sociedad fiduciaria, para que esta los administre o enajene conforme a una finalidad específica en favor de un beneficiario (fideicomisario).

Dentro de las múltiples aplicaciones de este contrato, cobra relevancia el fideicomiso inmobiliario. Según este los bienes aportados corresponden a inmuebles o derechos asociados o coligados a la realización de proyectos de construcción, urbanización o desarrollo inmobiliario. Este tipo de fideicomiso ha venido adquiriendo gran importancia en el mercado colombiano a partir de la década de los noventa, como respuesta a la necesidad de contar con mecanismos seguros de financiación y ejecución de proyectos inmobiliarios. Esto ha reducido los riesgos de los inversionistas y ha otorgado mayor transparencia a la hora de manejar los recursos

El fideicomiso inmobiliario se convirtió entonces en una herramienta esencial para dinamizar el sector de la construcción: Permite separar patrimonialmente los activos destinados al proyecto de los bienes propios de la sociedad fiduciaria o del constructor, lo que constituye

un patrimonio autónomo (PA). Esta separación patrimonial resulta crucial, pues garantiza que los recursos aportados al proyecto no se confundan con los del constructor ni se vean afectados por obligaciones ajenas. Esto le otorga confianza a los acreedores y compradores de inmuebles.

En términos normativos, el EOSF de 1993 constituyó la base regulatoria de los contratos fiduciarios, pero fue la práctica inmobiliaria la que impulsó la especialización de esta figura. En efecto, la Superintendencias Financiera y de Sociedades han emitido lineamientos y pronunciamientos debido a la naturaleza del fideicomiso inmobiliario. Así, han reconocido su papel de figura esencial para la canalización de los recursos hacia proyectos de construcción y su eficacia como mecanismo de protección de los adquirentes de vivienda.

Desde el punto de vista histórico, el auge de esta figura en Colombia puede vincularse también con la Política Nacional de promoción de vivienda y de financiación a largo plazo, la cual tuvo su origen en la época de los años noventa, cuando el país experimentó un crecimiento sostenido en el sector de la construcción. El fideicomiso inmobiliario permitió superar las problemáticas que venían de modelos anteriores de financiación, los cuales carecían de garantías suficientes para los inversionistas y adquirentes.

Un elemento fundamental que robustece la figura es la concepción del patrimonio autónomo, que constituye la base jurídica y económica de la confianza depositada en los fideicomisos. Dicho patrimonio es independiente tanto del fiduciante como de la sociedad fiduciaria, y responde exclusivamente a las especificidades pactadas en el contrato. En el caso de los fideicomisos inmobiliarios, esto se traduce en la destinación exclusiva de los recursos a la construcción y comercialización de los inmuebles objeto del proyecto.

De la misma manera, la jurisprudencia colombiana ha reconocido la particularidad de los fideicomisos inmobiliarios en distintos pronunciamientos. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha resaltado que el contrato de fiducia mercantil genera una transferencia especial de la propiedad fiduciaria, distinta de la propiedad civil, caracterizada por el elemento tiempo y por la obligación de cumplir un fin específico. La **Corte Constitucional**, por su parte, ha señalado en sentencias como la **C-865 de 2004**, que la fiducia mercantil y sus aplicaciones incluyendo la inmobiliaria responden a la necesidad de promover la confianza tanto en lo jurídico como en lo económico, garantizando la protección de los inversionistas y adquirentes de vivienda como parte del derecho constitucional a la vivienda digna (artículo 51 de la Constitución Política).

En conclusión, el fideicomiso inmobiliario en Colombia constituye una figura de especial importancia dentro del mercado financiero e inmobiliario, pues articula la seguridad jurídica del contrato de fiducia mercantil con la eficiencia económica que demanda la ejecución de proyectos de construcción. Su consolidación histórica como instrumento preferente de financiación y desarrollo urbano responde a la necesidad de contar con mecanismos que combinen la protección patrimonial, la transparencia en la gestión de recursos y la confianza en el cumplimiento de los fines económicos pactados.

Así, al igual que el régimen de insolvencia empresarial, el fideicomiso inmobiliario se ha ido consolidando como una institución de protección, ordenación y confianza en el mercado, sirviendo de puente entre la regulación financiera y la promoción de la actividad productiva, en este caso, a través de la construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios

Justificación del estudio

El desarrollo de los procesos concursales en Colombia ha tenido como finalidad la preservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente de generación de empleo, bajo el entendido de que la insolvencia empresarial es un fenómeno de interés social que debe ser regulado y administrado con criterios de eficiencia, transparencia y equidad. Sin embargo, la complejidad del mercado y la sofisticación de las estructuras contractuales utilizadas en la economía moderna han planteado nuevos retos al régimen concursal, particularmente en lo que respecta a los bienes y derechos vinculados a los contratos fiduciarios.

En el ámbito inmobiliario, los fideicomisos se han consolidado como instrumentos de confianza y de financiación para el desarrollo de proyectos inmobiliarios. La creación de patrimonios autónomos mediante contratos fiduciarios ha permitido blindar los recursos de los inversionistas y compradores frente a las contingencias propias de los constructores o promotores, asegurando que el flujo de dinero y bienes se destine de manera exclusiva al cumplimiento del objeto del contrato.

Sin embargo, la existencia paralela de estas dos instituciones ha generado importantes interrogantes jurídicos que aún no cuentan con una solución pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En efecto, surge el debate acerca de si, en un proceso de reorganización o liquidación bajo la Ley 1116 de 2006, los bienes constituidos en un patrimonio autónomo fiduciario deben ser incorporados o no a la masa concursal de la sociedad fiduciante o beneficiaria. Por un lado, la lógica concursal busca centralizar todos los bienes y derechos del deudor para garantizar

un trato igualitario a los acreedores. Por otra parte, la lógica fiduciaria impone la separación patrimonial de los bienes transferidos al fideicomiso, los cuales no hacen parte del activo del fiduciante ni de la fiduciaria, sino que se encuentran afectados de manera exclusiva a los fines del contrato.

Este conflicto plantea un choque de principios:

- Principio de universalidad del concurso, que exige que todos los bienes del deudor hagan parte del proceso de reorganización o liquidación.
- Principio de autonomía patrimonial del fideicomiso, que garantiza la intangibilidad de los bienes frente a acreedores externos a la finalidad fiduciaria

La jurisprudencia colombiana ha intentado resolver esta tensión de manera ecuánime reconociendo en algunos casos la prevalencia de la separación patrimonial del fideicomiso, y en otros, la necesidad de incorporar determinados derechos del deudor relacionados con el contrato fiduciario al proceso concursal. No obstante, la ausencia de un marco normativo claro ha generado inseguridad jurídica tanto para los acreedores concursales como para los inversionistas vinculados a proyectos fiduciarios.

En este sentido, el problema central de la investigación puede formularse en los siguientes términos:

¿Cómo armonizar el régimen de insolvencia empresarial regulado por la Ley 1116 de 2006 con la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos constituidos mediante fideicomisos inmobiliarios, de manera que se garantice simultáneamente la protección de los acreedores concursales y de los inversionistas vinculados a proyectos fiduciarios?

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

La presente investigación busca realizar un análisis crítico sobre la manera en que la insolvencia empresarial afecta a los fideicomisos inmobiliarios. Para esto, se tomará como base el marco jurídico colombiano y algunas situaciones que se dan en la cotidianidad, con el fin de identificar posibles vacíos en la legislación y, a partir de allí, plantear propuestas que permitan articular de forma armónica el principio de universalidad del proceso concursal con la autonomía propia de los patrimonios fiduciarios contribuyendo a la seguridad jurídica y fortaleciendo la confianza tanto en el sistema financiero como en el mercado inmobiliario.

Objetivos Específicos

1. Analizar la evolución normativa del régimen de insolvencia empresarial en Colombia, destacando sus principales transformaciones desde la antigüedad a la cotidianidad.
2. Revisar la naturaleza jurídica del fideicomiso, haciendo especial énfasis en el fideicomiso inmobiliario como herramienta esencial en la financiación y ejecución de proyectos.
3. Determinar los puntos de disputa entre la Ley 1116 de 2006 y las normas fiduciarias, específicamente en lo relativo a la separación patrimonial y su relación con el principio de universalidad concursal.
4. Analizar importantes decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y la Superintendencia de Sociedades en torno a la participación o exclusión de los patrimonios autónomos dentro de los procesos de insolvencia.

5. Realizar un análisis de carácter normativo y doctrinal que contribuyan a identificar los vacíos para así plantear unas posibles soluciones que aseguren un equilibrio entre la protección de los acreedores concursales y los derechos de los beneficiarios fiduciarios.

Metodología

La presente investigación se desarrollará a través de un enfoque cualitativo, fundamentado en el método dogmático y en el análisis comparado. Esto derivado de la necesidad de examinar en detalle las normas, la jurisprudencia y la doctrina relacionadas con la insolvencia empresarial y los Fideicomisos Inmobiliarios, además de realizar la respectiva comparación con modelos extranjeros como el negocio del Trust que puedan ofrecer insumos útiles para el contexto colombiano.

- **Tipo de investigación:** se plantea un estudio jurídico de carácter investigativo y descriptivo que permitirá sistematizar la normativa y la jurisprudencia vigente, y al mismo tiempo que formule soluciones y planteamientos orientados a la práctica.
- **Fuentes primarias:**
 - Normativas: Código de Comercio (1971), Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999, Ley 1116 de 2006 y disposiciones complementarias como la Ley 1429 de 2010, la Ley 1676 de 2013, el Decreto 560 de 2020 y la Ley 2069 de 2020, junto con la Circular Básica Jurídica.

- Jurisprudenciales: decisiones relevantes de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), la Corte Constitucional, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera.
- **Fuentes secundarias:** se recurrirá a doctrina nacional e internacional especializada.
- **Técnicas de investigación:**
 - Estudio documental y normativo.
 - Análisis de jurisprudencia.
 - Revisión comparativa con otros ordenamientos jurídicos.

El trabajo se desarrolla en varias etapas:

- Delimitación conceptual;
- Revisión normativa y jurisprudencial sobre insolvencia y fideicomisos;
- Identificación de los principales puntos de conflicto entre ambos regímenes
- Formulación de propuestas con fundamento normativo y doctrinal.

Marco de Referencia

El estudio versa sobre tres ejes específicos: el marco normativo, el jurisprudencial y el doctrinal.

1. Marco Normativo

- Régimen concursal: la Ley 1116 de 2006 constituye el eje central, complementada por la Ley 222 de 1995, la Ley 550 de 1999 y siguientes.

- Régimen fiduciario: se incluyen las lo establecido en el del Código de Comercio de 1971 (arts. 1226 a 1244), el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), la Circular Básica Jurídica y demás regulaciones expedidas por la Superintendencia Financiera.
- Normativa adicional: la Ley 1429 de 2010, la Ley 1676 de 2013 en materia de garantías mobiliarias, el Decreto 560 de 2020 y la Ley 2069 de 2020, todas ellas aportan herramientas que regulan el régimen de de la insolvencia y de los fideicomisos.

2. Marco Jurisprudencial

- Corte Suprema de Justicia: ha desarrollado criterios sobre la naturaleza de la propiedad fiduciaria y la extensión de la separación patrimonial.
- Corte Constitucional: a través de diferentes fallos como la Sentencia C-865 de 2004, ha resaltado la fiducia como mecanismo de confianza y protección económica, además de referirse específicamente sobre el principio de igualdad entre acreedores.
- Superintendencia de Sociedades: ha emitido lineamientos relacionados con la incorporación de derechos fiduciarios dentro de los procesos de insolvencia y con la defensa de los acreedores frente a patrimonios autónomos.

3. Marco Doctrinal

Se apoya en aportes tanto de la doctrina nacional como de la internacional, con el fin de construir un análisis general que permita contrastar y enriquecer la interpretación local con perspectivas comparadas.

Capítulo I. Marco Jurídico de la Insolvencia Empresarial en Colombia

1.1 Transformaciones históricas del régimen concursal en Colombia

La trayectoria del derecho concursal en Colombia se refleja, en gran medida, en la forma cómo ha cambiado la manera de entenderse la empresa y el rol del Estado frente a las crisis económicas. Se pasó de un enfoque sancionatorio (que veía al comerciante en apuros como alguien a castigar) a un modelo que busca privilegiar la reorganización y la conservación de la empresa. Ese tránsito no fue lineal; es decir, estuvo afectado por cruces económicos, reformas a medias y tensiones entre intereses privados y objetivos de política pública.

En gran medida, pueden distinguirse tres momentos:

1. **Etapa punitiva.** La insolvencia se entendía como una crítica a una actuación culposa del empresario; donde la consecuencia jurídica era la sanción y la exclusión del comercio.
2. **Etapa intervencionista.** El Estado empezó a admitir salidas mediante la negociación, con figuras como el concordato y la búsqueda de acuerdos de pago.
3. **Etapa de apertura y consolidación.** Se incorporaron herramientas modernas de reorganización y se armonizó el sistema con estándares internacionales.

Con esta tela de fondo, la empresa dejó de verse solo como un conjunto de bienes para convertirse en una organización con función social y económica.

1.1.1 Regulación inicial y carácter punitivo

Durante buena parte del siglo XX, normas como el Decreto 750 de 1940 regularon la “quiebra” con un énfasis muy restrictivo. El deudor insolvente cargaba un estigma que podía alcanzar consecuencias penales y, en la práctica, quedaba marginado de la vida mercantil. El proceso tenía un objetivo casi único: liquidar para pagar, sin considerar la posibilidad de rescatar el negocio.

El resultado era poco eficiente: los acreedores recuperaban poco y la economía perdía empresas potencialmente viables. Este enfoque similar al que en su momento adoptaron ordenamientos como el español y el francés respondía a una visión patrimonialista y moralizante del fracaso empresarial, que lo equiparaba a una conducta antisocial más que a un fenómeno económico

La doctrina suele calificar este modelo como peligrosista: el comerciante insolvente era visto como un enemigo del orden económico. El énfasis en la sanción y la liquidación respondía también a la estructura económica de la época, en la que predominaban actividades mercantiles tradicionales y el sector industrial aún no había alcanzado el peso que tendría en las décadas posteriores.

Comparativamente, Colombia seguía la misma lógica de países como España y Francia en el siglo XIX, en donde la quiebra era considerada un delito contra la fe pública. En esos sistemas, el fracaso empresarial no era entendido como un fenómeno económico, sino como una conducta antisocial y represiva.

1.1.2 La visión intervencionista y el concordato preventivo

La segunda gran etapa comenzó con la expedición del Decreto 2264 de 1969 y, posteriormente, con el Código de Comercio de 1971. Estas normas agregaron la figura del concordato preventivo, que representó una ruptura a la tradición punitiva.

El concordato buscaba permitir que el deudor en dificultades económicas, pudiera llegar a un acuerdo con sus acreedores, bajo la supervisión del ente judicial. Este cambio obedecía a un reconocimiento del papel de la empresa como unidad de generación económica cuya finalidad buscaba la preservación de esta mediante el beneficio no solo de los socios y los acreedores, sino también al sistema económico en su conjunto.

El Estado asumió un rol más intervencionista ya que la insolvencia dejó de ser entendida exclusivamente como un fraude, para ser vista también como una consecuencia de crisis sectoriales o coyunturales. El legislador comprendió que la liquidación inmediata no siempre era la solución más conveniente, ni para los acreedores ni para la economía.

Sin embargo, en la práctica, el concordato preventivo no cumplió sus expectativas. Su excesivo formalismo y lentitud procesal lo convirtieron en un mecanismo poco atractivo. Además, muchos deudores utilizaron la figura como estrategia dilatoria, prolongando la vida de empresas inviables en perjuicio de los acreedores. La congestión judicial, a pesar de que un ente técnico, la Superintendencia de Sociedades, también las tenía a prevención, y la falta de herramientas efectivas de control hicieron que la confianza en el concordato fuera limitada.

A pesar de estas falencias, esta etapa representó un avance, pues acopló la idea de que la insolvencia debía resolverse mediante la negociación y no únicamente a través de la

liquidación. Estas fueron las bases que planto el concordato las cuales luego serían desarrolladas en la legislación posterior.

1.1.3 Apertura económica y consolidación normativa

La década de los noventa tuvo en su naturaleza la apertura económica de Colombia y con ello una mayor integración de los mercados internacionales. Esta situación evidenció la necesidad de contar con un régimen concursal más moderno, eficiente y compatible con los estándares internacionales.

En este sentido, la Ley 222 de 1995 creó el concordato preventivo obligatorio y reforzó las competencias de la Superintendencia de Sociedades como autoridad de los procesos concursales. Su principal objetivo era fortalecer la negociación entre deudores y acreedores y evitar la liquidación de las empresas viables. Sin embargo, la norma no logró resolver los problemas estructurales ya que persistió la rigidez de los procesos y la congestión judicial.

Como respuesta a la crisis financiera de los noventa, el Congreso expidió la Ley 550 de 1999, conocida como la “Ley de Intervención Económica”. Esta ley implementó los acuerdos de reestructuración empresarial, cuyo objetivo era preservar las empresas viables mediante la renegociación de sus pasivos en condiciones más flexibles. Los acuerdos incluyeron una mayor participación por parte de los acreedores y establecieron un esquema más fácil y rápido de supervisión.

Pero la verdadera transformación llegó con la promulgación de la Ley 1116 de 2006, que creó un régimen unificado de reorganización y liquidación judicial. Esta ley logró incorporar en su esencia los principios modernos del derecho concursal,

Los cambios que más se destacan son:

- La reorganización como procedimiento principal
- La conservación de la empresa como fin principal del proceso concursal.
- El fortalecimiento de la Superintendencia de Sociedades como juez especializado en procesos de insolvencia.
- La incorporación de principios de eficiencia, transparencia e información en la negociación entre deudor y acreedores.

Posteriormente, se han ido implementado otras normas que sirven como complemento de la anterior que al día de hoy se considera la columna vertebral de los procesos de insolvencia, dichas normas son:

- La Ley 1429 de 2010 (formalización empresarial),
- La Ley 1676 de 2013 (garantías mobiliarias),
- El Decreto 560 de 2020 (medidas extraordinarias por la pandemia de COVID-19)
- La Ley 2069 de 2020 (emprendimiento).

Todas estas disposiciones han fortalecido el derecho concursal como una herramienta de política económica y social, orientada a preservar la empresa, proteger el crédito y garantizar la estabilidad del sistema financiero.

1.2 Finalidades y objetivos del régimen concursal

El régimen de insolvencia empresarial en Colombia, fundamentado y estructurado principalmente en la Ley 1116 de 2006, tiene como finalidad garantizar un equilibrio entre la satisfacción de los acreedores y la preservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo. Este sistema no se limita a resolver conflictos patrimoniales individuales, sino que cumple una triple función: jurídica, económica y social.

Desde la perspectiva jurídica, el concurso corresponde a la necesidad de dar el orden o prelación a las reclamaciones de los acreedores frente a un deudor en situación de crisis. Con el fin de evitar la dispersión de ejecuciones, se centralizan las pretensiones en un solo proceso, bajo la dirección de un juez que dependiendo del proceso puede ser un juez de la SIC o un liquidar.

Este mecanismo garantiza la seguridad jurídica, protege la igualdad relativa de los acreedores a través del principio de *par conditio creditorum* y respeta las reglas de prelación de créditos previstas por la ley. En consecuencia, se evita que unos acreedores resulten privilegiados a costa de otros y se genera confianza en el tráfico comercial y financiero.

En el ámbito económico, el régimen concursal busca la maximización del valor de la empresa al priorizar su reorganización sobre la liquidación.

La continuidad de la empresa como negocio suele ser más beneficiosa que la venta de sus activos, ya que se conserva la cadena productiva, los contratos en curso, el empleo y la generación de valor económico. Asimismo, la existencia de un proceso concursal facilita la reestructurar los pasivos y beneficia el acceso a una nueva financiación e incluso la

conversión de deudas en capital, buscando permitir que acreedores y deudores compartan de manera equilibrada los costos de la crisis económica.

El ecosistema social alrededor del siniestrado es igualmente relevante. Ya que la insolvencia no solo afecta únicamente al deudor y sus acreedores, sino también a trabajadores, proveedores, clientes y al Estado.

Por esta razón, el legislador ha reconocido que el régimen concursal tiene un fin específico ligado a la protección del interés general, en concordancia con los principios constitucionales de los artículos 25, 53, 333 y 334 de la Constitución Política debido a que la preservación de empresas viables protegen el empleo, garantizan la estabilidad del crédito y sostienen la confianza pública en los mercados.

De allí nace la prelación de créditos laborales y fiscales, que responde a un criterio de justicia material y asegura la satisfacción de necesidades básicas de los grupos más vulnerables.

Finalmente, el régimen de insolvencia se visualiza como un instrumento de política pública. Esto ligado a que, en los escenarios de crisis económicas o financieras, el Estado puede ajustar sus mecanismos para preservar la cadena de producción y evitar un colapso del sistema crediticio y financiero. Un ejemplo de esto fue la creación del Decreto Ley 560 de 2020, expedido durante la emergencia derivada del COVID-19, que implementó mecanismos extraordinarios como la reorganización abreviada, los acuerdos de reorganización expedita y los incentivos a la financiación postconcursal.

Esto derivo unos objetivos específicos:

- Centralizar en un único proceso todas las reclamaciones contra el deudor;
- Preservar la empresa viable como unidad productiva y fuente de empleo;

- Garantizar la igualdad de acreedores conforme a la prelación legal.
- Facilitar la negociación de pasivos mediante acuerdos colectivos
- Proteger la confianza en el sistema financiero.
- Asegurar la recuperación del crédito en condiciones justas y ordenadas.

1.3 Principios del régimen concursal en Colombia

Los principios que rigen el régimen concursal son la base fundamental de la Ley 1116 de 2006. Esto debido a que constituyen las instrucciones interpretativas y operativas que buscan orientar la aplicación de la norma, y garantizar que el proceso cumpla sus finalidades jurídicas, económicas y sociales.

La Corte constitucional ha determinado que los principios son criterios obligatorios para todas las partes es decir, jueces, deudores y acreedores, asegurando que la insolvencia no se reduzca a un trámite formal, sino que se convierta en un mecanismo eficaz de protección del crédito y de preservación empresarial.

1.3.1 Universalidad del proceso concursal

El principio de universalidad cuenta con dos dimensiones. En primer lugar, una dimensión objetiva, que implica que todos los bienes y derechos patrimoniales del deudor, presentes y futuros, deben ser integrados a la masa concursal.

En segundo lugar, una dimensión subjetiva, en la que todos los acreedores, sin excepción, deben concurrir a un único proceso.

La esencia del principio de la universalidad es impedir una carrera entre los acreedores, en la que el acreedor más ágil o con mayores métodos de presión obtiene una ventaja indebida sobre los demás.

Esto quiere decir que, bajo la óptica del concurso, el patrimonio del deudor se convierte en un fondo común de garantía, el cual debe ser distribuido según la prelación legal.

Este principio tiene efectos prácticos inmediato ya que suspende ejecuciones individuales, impide embargos posteriores a la apertura del concurso y obliga a que todos los acreedores, incluso aquellos con garantías reales, queden expuesto a las reglas procesales.

Así mismo en el contexto de los **fideicomisos inmobiliarios**, este principio es fuente de tensión. Ya que, si bien la universalidad concursal pretende integrar todos los bienes del deudor, La fiducia mercantil establece **patrimonios autónomos** separados, e intangibles los cuales son reconocidos por el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La pregunta sobre si los bienes fideicomitados pueden o no entrar a la masa concursal revela un choque directo entre la universalidad y la autonomía fiduciaria, conflicto que ha sido abordado por la doctrina y la jurisprudencia con soluciones no siempre uniformes.

1.3.2 Igualdad de los acreedores

El principio de igualdad constituye la base del derecho concursal. La idea central es que todos los acreedores deben recibir un trato equitativo y proporcional, evitando que algunos obtengan ventajas indebidas. No obstante, la igualdad es relativa, pues el sistema reconoce una prelación de créditos: laborales, fiscales, garantizados y quirografarios.

La igualdad, entonces, se materializa dentro de cada clase, asegurando que todos los acreedores en condiciones similares reciban un trato homogéneo.

Este principio cumple varias funciones:

- **Protege la confianza en el sistema financiero**, pues los acreedores saben de antemano cuál será el orden de pago en caso de insolvencia.
- **Evita prácticas abusivas** de deudores y acreedores que pretendan favorecer a algunos en detrimento de otros.
- **Refuerza la justicia conmutativa**, garantizando que la distribución de los bienes del deudor responda a criterios legales y no a la discrecionalidad del juez o a la fuerza de negociación de los acreedores.

La Corte Constitucional ha señalado que este principio es expresión del derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) en un contexto económico. La igualdad concursal se considera sustancial debido a que reconoce las diferencias justificadas entre tipos de acreedores, pero asegura trato equitativo dentro de cada grupo.

En la práctica, este principio también entra en discusión con los contratos fiduciarios. Debido a que, si los bienes transferidos a un fideicomiso se excluyen de la masa concursal, los acreedores externos podrían quedar en situación de desventaja frente a los beneficiarios fiduciarios. Ello obliga a repensar cómo equilibrar la igualdad entre acreedores concursales y los derechos derivados de la fiducia.

1.3.3 Eficiencia, transparencia e información en el concurso

El proceso concursal tiene el deber de desarrollarse bajo los principios de eficiencia, transparencia en la gestión e información.

La eficiencia exige que el concurso no se convierta en un trámite interminable que aumente el detrimento de la situación del deudor.

La Ley 1116 introdujo unos plazos razonables, sanciones contra la dilación y a su vez facultó al juez concursal para decretar medidas cautelares, esto debido a que una insolvencia que no se resuelva de manera oportuna puede derivar en la pérdida del valor empresarial y las fuentes de empleo.

Por otro lado, la transparencia supone que el deudor tiene el deber de actuar con buena fe, revelando íntegramente su situación patrimonial, sin ocultar activos ni aumentar sus pasivos. Esto implica que el juez y el liquidador actúen con imparcialidad, garantizando que las decisiones se adopten en condiciones de objetividad y publicidad.

La información suficiente es la base para que los acreedores puedan tomar decisiones racionales en las etapas de negociación y votación del acuerdo de reorganización. Debido a que, con una información clara, los acreedores pueden evaluar si el plan es viable, si el deudor tiene capacidad real de pago o si existen riesgos ocultos. Por esto, la Ley impone la obligación de presentar estados financieros auditados, proyecciones de flujo de caja y un plan detallado de reorganización.

En el caso de los fideicomisos inmobiliarios, este principio goza de gran relevancia debido a que los inversionistas y beneficiarios dependen de la transparencia de las gestiones de la fiduciaria y así mismo de la información sobre el estado de los proyectos.

Esto se garantiza mediante la existencia de informes periódicos claros que revelen que los recursos se destinan a la finalidad pactada en el contrato fiduciario.

1.4 Modalidades procesales

Además de las normas anteriormente mencionadas sobre insolvencia, el régimen concursal colombiano se estructura sobre dos modalidades procesales: el procedimiento de reorganización, orientado a la preservación de la empresa, y el proceso de liquidación judicial, concebido como una salida ordenada cuando no es posible lograr una recuperación del tejido empresarial.

Ambas responden a finalidades distintas, pero complementarias esto debido a que mientras la primera busca proteger valor, empleo y crédito, la segunda garantiza equidad y transparencia en la distribución de los bienes remanentes.

1.4.1 Procedimiento de reorganización

El procedimiento de reorganización constituye la expresión del principio de conservación de la empresa. Este se basa en la idea de que la liquidación debe ser la última opción y que, siempre que la compañía pueda ser salvada, debe procurarse su permanencia como unidad de explotación económica. Ejemplo de ello es la posibilidad de salvar empresas en estado de liquidación inminente, en los términos de la Ley 2437 de 2024.

Ventajas de la reorganización

1. **Preservación del valor empresarial**

Un constructor inmobiliario o un promotor generan valor más allá de la suma de sus activos individuales. Por ende, es vital mantenerla operativa ya que se protegen las cadenas productivas y se conserva las relaciones contractuales.

Por ejemplo: Una constructora en reorganización puede culminar sus proyectos en ejecución, generando mayores ingresos para pagar acreencias y protegiendo el patrimonio de sus inversionistas o beneficiarios de área,

2. **Protección del empleo**

La reorganización garantiza la continuidad laboral, velando por el derecho constitucional de protección al trabajo (art. 25 C.P.).

A diferencia de la liquidación, que implica despidos masivos, por la incapacidad de cubrir los costos de sus empleados.

3. **Acceso a nueva financiación**

El régimen otorga ciertos beneficios al financiamiento posterior a la apertura del proceso concursal, esto con el fin de incentivar a los bancos y acreedores a inyectar recursos frescos. Esto puede ser vital en la búsqueda de una recuperación exitosa o desastrosa en una liquidación inevitable.

4. **Flexibilidad en la renegociación de pasivos**

El deudor puede proponer nuevos plazos. Esta alternativa permite equilibrar los intereses de los acreedores con la necesidad de mantener a viva la empresa.

Limitaciones de la reorganización

1. Riesgo moral y abuso del proceso

Algunos deudores se acogen a la reorganización sin tener una verdadera intención de cumplir el plazo pactado, usándola como mecanismo dilatorio frente a sus acreedores, buscando ganar tiempo e impidiendo que sus bienes puedan ser objeto de embargo.

2. Alta tasa de incumplimiento

Algunos estudios de la Super sociedades muestran que cierto porcentaje de acuerdos termina incumplido, lo que obliga a la apertura de liquidaciones judiciales posteriores y lo que desencadena en costos adicionales y retrasos en la recuperación de los créditos.

3. Complejidad en la negociación

Se requieren acuerdos entre múltiples acreedores con intereses similares (laborales, financieros, proveedores).

Lograr estos consensos demanda mucho tiempo, recursos y una alta capacidad de negociación.

4. Carga de información y transparencia

El éxito del concurso depende de la realidad económica y de las proyecciones presentadas por el deudor. Si la información que se entrega es manipulada u ocultada, los acreedores pueden aprobar planes que no son viables, con consecuencias que desencadenarían en una inminente liquidación.

5. Dependencia de factores externos

La reorganización no garantiza el éxito: está sujeta a la situación económica, a la demanda de los bienes o servicios de la empresa y a la estabilidad del sector productivo.

1.4.2 Proceso de liquidación judicial

La liquidación judicial es el procedimiento residual del régimen concursal. Aplica cuando la empresa pierde su viabilidad o cuando fracasa el proceso de reorganización. Así mismo lo que se busca en el presente proceso es la extinción ordenada de la compañía, mediante la venta de sus bienes y el pago a los acreedores según el orden legal.

Ventajas de la liquidación judicial

1. Certeza y cierre definitivo

Proporciona una salida a la crisis empresarial, evitando prolongar la existencia de una compañía económicamente inviable. Esto brinda certeza a acreedores, trabajadores y al mercado, sin embargo, produce efectos negativos en los acreedores de la última categoría (Quirografarios)

2. Igualdad y transparencia en la distribución

La liquidación garantiza que todos los acreedores reciban pagos en el orden establecido por la ley. La intervención del liquidador y el control jurisdiccional refuerzan la transparencia, pero sin garantizar el pago de todas las obligaciones adeudadas.

3. Prevención de abusos

Evita que empresas sin futuro se refugien en reorganizaciones interminables que solo dilatan pagos y perjudican a los acreedores. Desestabilizando el mercado económico.

Limitaciones de la liquidación judicial

1. Destrucción del valor de la empresa en marcha

La venta de activos generalmente produce menores ingresos que el sostenimiento del negocio. Esto se traduce en bajas tasas de recuperación (A veces nulas), especialmente para los acreedores quirografarios. Además de los costos de transacción que se generan.

2. Impacto social negativo

El cierre de la empresa deriva en despidos masivos y disminuye los ingresos fiscales. En regiones donde la empresa es actor dominante, el efecto puede ser devastador para la comunidad.

3. Procesos largos y costosos

Aunque la ley busca eficiencia, la liquidación conlleva trámites extensos, discusiones sobre la prelación de créditos y múltiples litigios, lo que se traduce en una reducción en la agilidad del procedimiento.

4. Recuperación limitada de créditos

En la mayoría de los casos, los únicos acreedores que logran una recuperación efectiva son los de primera clase. Los quirografarios que están en última categoría suelen enfrentar pérdidas casi totales, lo que afecta la confianza en el crédito.

5. Efectos reputacionales y de confianza

La liquidación puede generar desconfianza en los sectores empresariales afectados, especialmente cuando se trata de empresas grandes o significativas en el mercado.

Esto deriva en un encarecimiento del crédito y en una dificultad de inversión en proyectos similares. (Posible destino de Inverfam en cabeza de grupo Acierto S.A)

1.5.2 Jurisprudencia relevante

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2006). Sentencia Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01 (fiducia en garantía).
- Superintendencia de Sociedades. (2014). Auto 430-006446 (“TISA”)
- Superintendencia de Sociedades. (2016). Auto 400-004422 (“Panthers Machinery”).
- Superintendencia de Sociedades. (2017). Auto (“Axede”).
- Sentencia 2003-04295. (Referencia utilizada para suspensión de ejecuciones y canalización al proceso concursal)

Capítulo II. El Fideicomiso y su Función Económica en el Sistema Colombiano

2.1 Origen y evolución del fideicomiso en Colombia

Antecedentes históricos y derecho comparado

El fideicomiso como institución jurídica tiene su origen en el derecho romano, específicamente en el latín *fideicommissum*. Esta figura se concebía como un encargo

testamentario de confianza, mediante el cual, el heredero debía transmitir bienes a un tercero designado por el testador; Inicialmente se consideró un mecanismo no vinculante, pues era netamente dependiente de la buena fe del heredero, pero con el tiempo le fueron agregadas acciones judiciales que obligaban a cumplir la voluntad del testador.

De este modo el *fideicommissum* se convirtió en una de las primeras expresiones de lo que hoy entendemos como un negocio fiduciario, el cual se basa principalmente en la confianza, la transferencia de bienes y la destinación a un fin específico.

En la Edad Media, el derecho canónico y el derecho feudal crearon nuevas formas de esquemas fiduciarios, sobre todo relacionados con la administración de tierras y bienes de la Iglesia. Sin embargo, fue el *trust* anglosajón el que dio el salto y se consolidó como una de las instituciones más importantes en el derecho patrimonial moderno. El *trust*, originado en Inglaterra en la época de las cruzadas, consistió en que un propietario transferiría sus bienes a un tercero de confianza para que el los administrara mientras se ausentaba, en beneficio propio o de su familia.

Con el tiempo, este se convirtió en un mecanismo moldeable con el fin de gestionar patrimonios, proteger herencias, garantizar obligaciones y desarrollar proyectos de inversión.

La tradición anglosajona, logró consolidar un sistema donde los bienes podían estar jurídicamente en cabeza de un *trust*, pero ligados a un fin en concreto. Esta dualidad de propiedad formal en cabeza del administrador y sustancial en beneficio de un tercero marcó una diferencia frente al derecho romano-germánico, que tradicionalmente concebía la propiedad como un derecho absoluto y unitario. Precisamente, esa dualidad inspiró a los

países latinoamericanos en el siglo XX a introducir figuras similares, adaptándolas a sus propios sistemas jurídicos.

Colombia, encontró en la figura fiduciaria una respuesta a las necesidades de un sistema financiero en constante crecimiento. Esto debido a que en la segunda mitad del siglo XX, la economía colombiana demandaba mecanismos más sofisticados para centralizar el ahorro, financiar proyectos y dar seguridad a inversionistas. El fideicomiso apareció como la alternativa ideal, pues combinaba confianza y separación patrimonial.

Antes de su recepción en el Código de Comercio, ya existía la figura de la fiducia civil, pero su alcance era limitado y su utilidad era escasa, mientras que el nuevo contrato fiduciario representó un paso hacia la modernización del derecho económico, en línea con tendencias internacionales.

Recepción en Colombia y primera regulación mercantil

La verdadera transformación ocurrió con la expedición del Código de Comercio de 1971. En este código se introdujo por primera vez la fiducia mercantil como un contrato típico dentro del derecho comercial colombiano. Se definió como un negocio por el cual una persona, denominada fiduciante o fideicomitente, transfiere a una sociedad fiduciaria la propiedad de determinados bienes para que esta los administre o disponga de ellos de acuerdo con una finalidad específica, en beneficio del propio fiduciante o de un tercero.

Luego se promulgó la Ley 45 de 1990. Este paso fue esencial por varias razones.

En primer lugar, introdujo la figura de la sociedad fiduciaria como sujeto especializado para actuar como ente fiduciario debido a que no cualquier persona podía recibir bienes en fiducia mercantil, estos únicamente podían ser recibidos por una sociedad vigilada por la Superintendencia Bancaria. Lo cual reforzaba la confianza pública, pues garantizaba que quienes administraran patrimonios autónomos fueran entidades con solvencia y bajo control estatal.

En segundo lugar, el Código y la Ley 45 consagraron la creación del patrimonio autónomo. Donde los bienes entregados en fiducia constituían un patrimonio separado, distinto del patrimonio del fideicomitente y del fiduciario. Esta separación patrimonial era una innovación para el derecho civil colombiano en donde la regla había sido la confusión de patrimonios en cabeza del propietario, y de este modo aquí la autonomía patrimonial ofrecía un blindaje frente a los acreedores tanto del fideicomitente como del fiduciario, garantizando que los bienes solo podían destinarse al cumplimiento de la finalidad específica.

En tercer lugar, se introdujo un contrato flexible y multiforme. La fiducia mercantil podía destinarse a la administración de bienes, a su inversión, a la construcción de obras, a la emisión de títulos de participación o a servir como garantía. Esta versatilidad convirtió al contrato fiduciario en un vehículo adaptable a múltiples sectores de la economía. La doctrina lo calificó como uno de los contratos funcionales del derecho colombiano.

En términos históricos, la introducción de la fiducia mercantil en 1971, con su reforma en 1990, dio respuesta a la necesidad de darle al sistema financiero un instrumento que fortaleciera la confianza de este en un contexto de expansión económica y urbanística, específicamente al sector de la construcción, el cual se encontraba en crecimiento desde los

años sesenta, y requería mecanismos seguros para atraer inversión, donde la fiducia se presentó como la herramienta idónea. Desde entonces, el fideicomiso se proyectó como una institución con un futuro prometedor en Colombia.

Consolidación normativa en los años noventa

El siguiente gran logro se consolidó con la creación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), el cual regula las actividades fiduciarias. Este estatuto amplió las modalidades de fiducia, estableció requisitos de capital mínimo para las sociedades fiduciarias, reguló los tipos de negocios fiduciarios y reforzó la vigilancia por parte de las Superintendencias.

Este se trató de un verdadero punto de inflexión donde la fiducia pasó de ser vista como un contrato mercantil novedoso y a constituirse como un instrumento financiero de primer orden.

El EOSF reconoció distintas clases de negocios fiduciarios:

- Administración, de inversión
- Garantía,
- Inmobiliarios
- Fuente de pago
- Entre otros

Cada modalidad tenía un objeto específico, pero todas compartían el elemento de la separación patrimonial. Lo cual permitió que la fiducia se utilizara en múltiples campos, desde la administración de portafolios de inversión hasta la estructuración de grandes proyectos inmobiliarios y la canalización de recursos de contratación pública.

2.2 Régimen normativo aplicable en Colombia

Objetivo de la sección: Precisar las fuentes, artículos nucleares e interacciones entre régimen fiduciario y régimen de insolvencia, con foco en cómo impactan a los fideicomisos (PA) y a los derechos del deudor vinculado.

2.2.1 Fuentes marco

- **Código de Comercio** (arts. 1226 y ss.): tipicidad de la fiducia mercantil, transferencia al fiduciario, afectación y patrimonio autónomo (PA).
- **Ley 45 de 1990.**
- **Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y Decreto 2555 de 2010:** habilitación, gobierno corporativo, segregación y contabilidad separada de los PA; deberes del administrador fiduciario; revelaciones.
- **Ley 1116 de 2006 (régimen de insolvencia):** principios, sujetos, reorganización y liquidación judicial; reglas especiales para garantías y contratos en curso.
- **Ley 1676 de 2013 (garantías mobiliarias):** prenda sobre derechos fiduciarios y flujos; ejecutabilidad y prelaciones bajo acuerdo concursal.

2.2.2 Artículos nucleares y su efecto práctico

Ley 1116/2006

- **Art. 1 (Finalidad):** preservación de empresas viables (reorganización) y liquidación pronta y ordenada (liquidación).
- **Art. 2 (Sujetos):** incluye patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales como sujetos del régimen.
- **Art. 17 (Efectos desde la solicitud de reorganización):** prohibición de constituir/ejecutar garantías (incluidas fiducias con esa finalidad) y de enajenar extra giro sin autorización judicial. Impacto: suspensión de ejecuciones sobre bienes afectos y contención de salidas de valor desde el PA.
- **Art. 21 (Contratos en curso):** el inicio de la reorganización no permite la terminación unilateral de contratos incluida la fiducia salvo causales legales. *Impacto:* favorece continuidad operativa cuando la fiducia es útil para el negocio.
- **Art. 38 (Efectos de no presentar/no confirmar acuerdo):** prevé la culminación de contratos no necesarios, incluyendo fiducias del constituyente, salvo autorización. Impacto: puente hacia liquidación.
- **Art. 43 (Garantías reales y fiduciarias en el acuerdo):** (i) créditos amparados por fiducia se asimilan a 2ª/3ª clase según la naturaleza del bien; (ii) suspensión de la exigibilidad; (iii) si durante el acuerdo se enajena el bien, el acreedor conserva su prelación hasta el monto obtenido; (iv) si el acuerdo termina, se restablecen preferencias. Impacto: estandariza el trato de fiducias en garantía bajo acuerdos.
- **Art. 50 (Efectos de la liquidación judicial):** terminación de contratos no necesarios, incluidos contratos de fiducia del constituyente; cancelación de certificados de

garantía, restitución de bienes al deudor (tratados como bienes con garantía prendaria/hipotecaria según su naturaleza); la masa del deudor responde por obligaciones del PA conforme a prelaciones. Impacto: reglas de cierre para fiducias al pasar a liquidación.

Ley 1676/2013

- **Reconoce la garantía mobiliaria sobre derechos fiduciarios y flujos**; articula alternativas del acreedor garantizado en reorganización (someterse a acuerdo, pago preferente o ejecución conforme a lo pactado y la confirmación del acuerdo). Impacto: mayor flexibilidad para bancarizar proyectos sobre la base de derechos del PA.

2.2.3 Cómo interactúan estas normas en la práctica fiduciaria

1. **Separación vs. universalidad**: la masa del deudor incluye sus derechos frente al PA (remanentes, reversión, beneficios), no los bienes afectos, salvo fraude o desnaturalización.
2. **Congelamiento de garantías (art. 17) vs. continuidad contractual (art. 21)**: la fiducia permanece si es funcional al giro; las ejecuciones fiduciarias se suspenden y se negocia su trato en el acuerdo (art. 43).
3. **Puentes a liquidación** (arts. 38 y 50): si fracasa la reorganización, se culminan contratos innecesarios, se restituyen bienes del PA y se ordena la distribución según prelación.

4. **Garantías sobre derechos** (Ley 1676): los derechos fiduciarios del deudor son colateralizables, con reglas de ejecución coordinadas con el plan de reorganización.

2.3 Distinciones

La correcta delimitación entre fiducia mercantil, fideicomiso civil o propiedad fiduciaria y negocios afines resulta decisiva para establecer si existe patrimonio autónomo (PA), su oponibilidad frente a terceros y su tratamiento en sede concursal. En el contrato de fiducia mercantil, el constituyente transfiere bienes o derechos a una sociedad fiduciaria vigilada para el cumplimiento de una finalidad específica; de esa transferencia surge un patrimonio autónomo con contabilidad separada y afectación exclusiva, cuya vocería ejerce el fiduciario en nombre del PA (Código de Comercio, 1971, arts. 1226, 1227, 1233; Decreto 1049 de 2006, art. 1). Este diseño asegura una separación patrimonial efectiva entre los activos del PA, del fiduciario, del constituyente y de los beneficiarios, y exige reglas claras de administración, trazabilidad de flujos y publicidad de la calidad con la que actúa la fiduciaria, con miras a proteger a los terceros contratantes. (Código de Comercio, 1971, arts. 1226, 1227, 1233; Decreto 1049 de 2006, art. 1)

Por su parte, el fideicomiso civil también denominado propiedad fiduciaria responde a una transferencia condicionada en la que el fiduciario civil detenta el dominio hasta el cumplimiento de la condición a favor del fideicomisario (Código Civil, 1873, arts. 793–822).

A diferencia de la fiducia mercantil, no se configura un PA operativo ni existe vocería separada: se trata de un esquema típicamente civil, con uso frecuente en finalidades familiares o sucesorias y sin el andamiaje prudencial del sector financiero. (Código Civil, 1873, arts. 793, 800, 813, 819).

El encargo fiduciario se distingue porque no hay transferencia de dominio, siendo un mandato con mandatario calificado: la fiduciaria administra por cuenta del constituyente, sin conformación de PA. Por ello, confundir encargo con fiducia en garantía esta sí con transferencia y reglas de realización debilita la oponibilidad y expone a ineficacias y controversias en contextos de insolvencia (. Ley 1116 de 2006).

En la fiducia en garantía, ante incumplimiento, el fiduciario puede enajenar el bien afecto y aplicar el producido conforme a la cascada de pagos pactada; adicionalmente, la Ley 1676 de 2013 permite preñar o ceder derechos y flujos fiduciarios como garantía mobiliaria, lo que amplía el menú de colaterales y su coordinación con acuerdos de reorganización (Ley 1676 de 2013; Ley 1116 de 2006, arts. 17, 21, 43, 50).

Esta calificación jurídica no es un ejercicio formalista: determina qué integra la masa en el concurso y qué permanece afecto a la finalidad fiduciaria. La regla práctica extraída de la legislación y la doctrina es clara: si hay transferencia efectiva, afectación exclusiva, vocería por cuenta del PA y contabilidad separada, estamos frente a fiducia mercantil; si solo existe administración “por cuenta de”, es encargo; y si la transferencia es condicionada en clave civil, es propiedad fiduciaria. En insolvencia, ello se traduce en que, por regla general, ingresan a la masa los derechos del deudor frente al PA (remanentes, reversión), no los bienes afectos del proyecto, salvo fraude o desnaturalización (Ley 1116 de 2006).

2.4 Impacto económico y jurídico de la fiducia

La fiducia mercantil cumple una doble función:

- **Jurídica**, al producir la **separación patrimonial** de los bienes afectos en un **patrimonio autónomo (PA)** y fijar su afectación exclusiva a la finalidad pactada;
- **Económica**, al viabilizar estructuras de financiación y gestión de flujos que reducen riesgos de agencia, mejoran la trazabilidad y elevan la bancarización de proyectos — incluidos los inmobiliarios— en el mercado colombiano (Código de Comercio, 1971, arts. 1227 y 1233; Asociación de Fiduciarias, 2020).

En términos legales, los bienes del PA **no** integran la garantía general de los acreedores del fiduciario y **solo** garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad, lo que explica su utilidad como vehículo de ejecución ordenada y previsible (Código de Comercio, 1971).

2.4.1 El patrimonio autónomo y la separación de bienes

Conforme al Código de Comercio, los bienes fideicomitidos deben mantenerse separados del activo del fiduciario y de otros negocios fiduciarios; forman un PA afecto a la finalidad del acto constitutivo, de modo que la embargabilidad se desplaza como regla hacia los derechos del constituyente frente al PA (remanentes, reversión) y no hacia los bienes afectos (Código de Comercio, 1971, arts. 1227 y 1233). Esta arquitectura opera también frente a crisis del constituyente: la Ley 1116 de 2006 impone, desde la solicitud de reorganización, la suspensión de ejecución de garantías y la prohibición de constituir o ejecutar nuevas garantías o enajenaciones extra-giro sin autorización judicial (arts. 17 y 21), encauzando su tratamiento dentro del proceso y evitando desvíos de flujos afectos (Ley 1116 de 2006). La doctrina administrativa y la jurisprudencia concursal han enfatizado que los acreedores garantizados con fiducia en garantía deben ejercer sus derechos dentro del trámite concursal y que la

ejecución individual del bien afecto queda suspendida por razones de orden público concursal (universalidad, colectividad e igualdad) (Sentencia 2003-04295, 2018)

2.4.2 Papel de la fiducia en la financiación empresarial

Cuando se habla de financiación corporativa, se debe entender que la fiducia es la entidad que permite canalizar flujos de caja, asignar prioridades (deuda → costos → remanentes) y colateralizar no solo activos sino derechos y flujos del PA.

La Ley 1676 de 2013 modernizó el régimen de garantías mobiliarias, habilitando la prenda o cesión de **derechos fiduciarios** y de flujos como colateral y armonizándolos con el proceso de reorganización (Ley 1676 de 2013).

En sede concursal, la Ley 1116 dispone reglas específicas para fiducias en garantía dentro del acuerdo: asimilación de créditos a clase Segunda y Tercera según la naturaleza del bien, suspensión de la exigibilidad durante la vigencia del acuerdo y mantenimiento de la prelación si el bien afecto se enajena durante su ejecución (art. 43); en liquidación, prevé la terminación de fiducias del constituyente no necesarias y la restitución de bienes con respeto de prelación (art. 50) (Ley 1116 de 2006).

En conjunto, estas reglas explican por qué la fiducia es un estándar de mercado: reduce asimetrías de información, mejora la ejecutabilidad y ordena el riesgo de crédito (Asociación de Fiduciarias, 2020; Ley 1116 de 2006; Ley 1676 de 2013).

2.4.3 El fideicomiso inmobiliario como motor del sector construcción

La práctica nacional muestra que el fideicomiso inmobiliario es un vehículo flexible para estructurar preventas, administrar y priorizar flujos de obra, y pactar reglas de liberación de unidades atadas a hitos, lo que incrementa la confianza de financiadores, proveedores y adquirentes. La doctrina especializada identifica como modalidades con vocación empresarial a las fiducias inmobiliarias de administración y pagos, útiles para articular cronogramas y asegurar la destinación de recursos a la finalidad (Decreto 1038 de 2009; Ley 1116 de 2006).

Además, el propio sector fiduciario reporta un peso macroeconómico significativo; por ejemplo, activos de terceros administrados por el sector equivalentes a un porcentaje alto del PIB, lo cual refuerza que la buena gobernanza fiduciaria tiene efectos sistémicos sobre el desarrollo del mercado inmobiliario (Asociación de fiduciarias, 2020).

2.5 Experiencias prácticas en el ámbito inmobiliario

En la práctica colombiana, el fideicomiso inmobiliario articula tres piezas: la segregación del lote y de los recursos en un patrimonio autónomo (PA); la gobernanza profesional de la fiduciaria; y un esquema de pagos que alinea desembolsos con hitos de obra y con la prioridad del financiador.

La Superintendencia Financiera ha explicado que, en estos proyectos, la fiduciaria concentra la titularidad y administración con el fin de “conciliar” los intereses de múltiples intervinientes bancos, constructor, compradores, autoridades, ofreciendo un marco seguro para desarrollar las unidades inmobiliarias (Superintendencia Financiera, 2004).

En ese mismo sentido, la práctica consolidada tras la crisis del UPAC adoptó la fiducia como vehículo estándar para vivienda, hoteles y comercio, fortaleciendo la confianza de los actores del sector (Asociación de fiduciarias, 2020).

Operativamente, los negocios combinan fiducia de administración y pagos con fuente de pago a favor del crédito de construcción; ello permite separar el lote y los flujos del patrimonio del constructor y reconocer al banco un beneficiario preferente dentro del PA (Superintendencia Financiera, 2014).

El resultado económico es visible: a 2019, los activos de terceros administrados por el sector fiduciario ascendían a \$627 billones (61 % del PIB), lo que dimensiona la relevancia sistémica de la fiducia para el financiamiento de proyectos (Asociación de fiduciarias, 2020).

Cuando sobreviene tensión de caja o insolvencia, se activan reglas de orden público concursal que todo esquema debe prever. Desde la solicitud de reorganización se suspenden ejecuciones y se prohíbe constituir o ejecutar garantías (fiducias incluidas) o realizar enajenaciones por fuera del giro ordinario sin autorización del juez (Ley 1116 de 2006, arts. 17 y 21). En la práctica, esto implica congelar la ejecución individual del bien afecto y conducir el tratamiento de la garantía dentro del proceso, sin que el inicio del trámite permita por sí solo terminar la fiducia si es útil a la marcha del negocio

La jurisprudencia concursal ha precisado, caso a caso, cómo se protegen los flujos del proyecto y qué porciones retornan al concursado. En TISA (2014), la Superintendencia de Sociedades ordenó mantener en el PA el 70 % de los derechos económicos afectos como fuente de pago para atender obligaciones del propio PA, y poner a disposición del deudor el 30 % restante.

A contrario, en *Panthers Machinery* (2016) se dispuso la restitución de recursos cuando el PA no era deudor directo, sino solo fuente de pago de obligaciones del constituyente, privilegiando los principios de universalidad e igualdad (Auto 400-004422).

Estas decisiones se armonizan con la regla de que los acreedores garantizados con fiducia deben ejercer sus derechos dentro del concurso y que la ejecución individual del contrato queda suspendida (Sentencia 2003-04295, 2018).

Finalmente, en liquidación opera un marco específico para la fiducia en garantía: la Ley 1116 prevé la exclusión de sus bienes de la masa, condicionada al registro adecuado reglamentado por el Decreto 1038 de 2009 y reforzado por la Ley 1676 de 2013, que otorga efectos de oponibilidad mediante el registro de garantías mobiliarias (art. 55 Ley 1116 de 2006; art. 12 Decreto 1038; art. 3 Ley 1676 de 2013).

En la práctica, esta publicidad registral es un punto de control indispensable en la estructuración del crédito de construcción

Capítulo III. El encuentro entre insolvencia empresarial y fideicomisos inmobiliarios

3.1 Repercusiones de la apertura de procesos concursales en contratos fiduciarios

La admisión a reorganización activa un régimen de orden público que suspende la ejecución de garantías y prohíbe constituir o ejecutar nuevas, incluidas las fiducias en garantía, y realizar enajenaciones por fuera del giro ordinario sin autorización judicial (Ley 1116 de 2006, art. 17). Esto encauza la garantía dentro del proceso y evita desvíos de flujos afectos a la finalidad del patrimonio autónomo (PA).

A la vez, el inicio del trámite no autoriza por sí mismo la terminación unilateral de contratos en curso incluidos los contratos de fiducia mercantil, lo que favorece la continuidad operativa cuando la fiducia resulta útil para la marcha del negocio (Ley 1116 de 2006, art. 21).

3.1.1 Incidencia en la reorganización

En reorganización, la regla práctica combinada de los arts. 17 y 21 es doble:

- Se suspenden ejecuciones individuales de la fiducia en garantía
- Se preserva el contrato si es funcional, con los ajustes que se pacten en el acuerdo.

La doctrina administrativa ha precisado que mantener pagos previos a favor del beneficiario de la garantía violaría el principio de igualdad; por ello, se interrumpen desembolsos y el tratamiento se define en el acuerdo (art. 43)

(Por ejemplo: las clases de crédito, prelación en caso de venta del bien afecto).

3.1.2 Consecuencias en la liquidación judicial

Si el acuerdo no se presenta o no se confirma (art. 38), o si se abre la liquidación (art. 50), procede la culminación de contratos de fiducia del constituyente que no sean necesarios para preservar activos; además, se ordena la restitución de bienes del PA y la cancelación de certificados de garantía, tratándose a los beneficiarios conforme a la prelación legal aplicable (prendaria/hipotecaria según la naturaleza de los bienes).

3.2 Tratamiento legal del patrimonio autónomo en la Ley 1116 de 2006

El sistema parte de una distinción estructural: la masa del deudor incluye, por regla, los derechos del deudor frente al PA (remanentes, reversión, beneficios), no los bienes afectos del proyecto; la afectación fiduciaria preserva la finalidad pactada y la contabilidad separada del PA. Desde la solicitud, se suspenden ejecuciones de la fiducia en garantía y cualquier enajenación extra-giro requiere autorización judicial (art. 17), mientras que la continuidad contractual se gobierna por el art. 21. El tratamiento de las fiducias en garantía dentro del acuerdo se rige por el art. 43 (asimilación de clases, suspensión de exigibilidad y mantenimiento de la prelación si se enajena el bien afecto). En liquidación, el art. 50 prevé la terminación y restitución con respeto de prelación.

3.3 Criterios jurisprudenciales de la Superintendencia de Sociedades y la Corte Suprema

La Corte Suprema ha reconocido la fiducia en garantía como garantía mobiliaria admisible pero no como un derecho real sino personal (no confiere persecución ni privilegio propios de hipoteca/prenda), haciendo énfasis en que no debe confundirse con garantías reales tradicionales (Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01, 2006). En sede concursal, la línea de la Superintendencia de Sociedades distingue entre:

- PA que es deudor directo en cuyo caso se mantienen pagos/flujos del PA para sus acreedores y
- PA que es solo fuente de pago de obligaciones del constituyente escenario en el que pueden ordenarse restituciones o ineficacias para proteger universalidad e igualdad.

La propia doctrina especializada destaca que un criterio relevante es la concursabilidad del PA cuando adelanta actividad empresarial autónoma; en casos como Axede (2017) se permitió la continuidad plena del PA deudor directo y se restringió el flujo cuando el PA era fuente de pago del concursado.

3.4 Desafíos prácticos en la aplicación

3.4.1 Continuidad o terminación de los contratos fiduciarios

La tensión práctica es decidir qué continuar y cómo. El art. 21 inhibe la terminación unilateral por el solo inicio del proceso, pero el art. 50 permite terminar fiducias del constituyente no necesarias en liquidación (o al fallar el acuerdo conforme al art. 38), con restitución de bienes y ajustes de prelación para los beneficiarios. La clave es documentar la utilidad del contrato para la marcha y su gobernanza (comités, reportes, mapa de flujos).

3.4.2 Derechos de los beneficiarios y protección de los acreedores

El art. 43 equilibra el sistema: asimila los créditos amparados por fiducia a clases 2^a/3^a según la naturaleza de los bienes, suspende su exigibilidad durante el acuerdo y mantiene la prelación si el bien afecto se enajena. Estas reglas ordenan la relación entre beneficiarios de la garantía fiduciaria y la comunidad de acreedores, evitando privilegios indebidos

3.4.3 Bienes excluidos de la masa concursal

Existen excepciones normativas en las que la ejecución fiduciaria no requiere autorización del juez, ni se aplican ciertas consecuencias del art. 38, cuando el PA está vinculado a emisiones en el mercado de valores (titularizaciones) o a fiducias en garantía que hacen parte de esa estructura; en estos casos, la ley prioriza la función económica de la emisión y la estabilidad del mercado (Ley 1116 de 2006, arts. 17 y 38, párrafo).

3.5 Jurisprudencia aplicada al sector inmobiliario

En fideicomisos inmobiliarios, la unión entre preventas, fuentes de pago y prioridades del crédito de construcción exige preservar la afectación del PA sin sacrificar los principios de universalidad e igualdad del concurso. De allí que, en reorganización, la ejecución individual de la garantía fiduciaria se suspenda y su tratamiento se someta al acuerdo, es decir que, si el PA es deudor directo, se

mantiene el servicio de sus obligaciones, mientras que, si solo es fuente de pago del concursado, pueden ordenarse restituciones para reencauzar los flujos al proceso (criterio desarrollado por la Superintendencia de Sociedades y la doctrina especializada). En liquidación, la ley prevé terminación y restitución con prelación explícitas para los beneficiarios, lo que obliga a documentar, desde el contrato, la vocería por cuenta del PA, la trazabilidad de flujos y el mapa de prioridades (Ley 1116 de 2006, arts. 17, 43 y 50).

Capítulo IV. Problemas jurídicos y retos de interpretación

4.1 Tensiones entre la naturaleza autónoma del fideicomiso y la normativa concursal.

La primera tensión proviene de la separación patrimonial propia del patrimonio autónomo (PA) es decir los bienes “**separados del resto del activo del fiduciario**” y “**afectos a la finalidad específica**” frente al principio de universalidad del concurso (todos los bienes y acreedores del deudor quedan sometidos al proceso) (Código de Comercio, arts. 1227 y 1233; Ley 1116 de 2006).

En la práctica, la masa del deudor integra los derechos fiduciarios del deudor frente al PA, **no los bienes afectos del proyecto**; sin embargo, cuando el juez concursal intenta conducir los flujos para asegurar igualdad y colectividad de los acreedores, aparecen roces con la afectación fiduciaria y su contabilidad separada.

La jurisprudencia y la doctrina han reiterado que la vocería del PA la ejerce el fiduciario y a su vez el PA no se considera una persona jurídica, no obstante, se considera receptor de derechos y obligaciones, lo cual también exige precisión al distinguir si el deudor directo de ciertas obligaciones es el PA o el constituyente (Decreto 1049 de 2006; C. de Co., arts. 1227, 1233)

4.2 Incidencia en la posición de acreedores y compradores de proyectos inmobiliarios.

La fiducia en garantía integra tanto activos como las fuentes de pago para asegurar a determinados acreedores y ordenar prioridades en la reorganización, sin embargo, el art. 17 suspende la ejecución de garantías y prohíbe constituir o ejecutar nuevas sin autorización así mismo el art. 21 impide terminar por sí misma la fiducia útil para la marcha (Ley 1116 de 2006).

De este modo, el tratamiento de la garantía se define en el **acuerdo** (art. 43: asimilación de clases y mantenimiento de prelación en caso de enajenación del bien afecto), y para el caso de la liquidación se prevén reglas de terminación y restitución con respeto y seguridad de las prelacións (art. 50 Ley 1116 de 2006).

Para compradores y otros beneficiarios del proyecto inmobiliario, esto implica que la afectación fiduciaria y la trazabilidad de flujos deben estar documentadas desde el contrato para que el juez pueda reconocer qué pagos continúan, cuáles se suspenden y qué remanentes pueden reorganizar al concursado sin sacrificar la finalidad del PA.

4.3 Riesgos frente a la confianza y la seguridad jurídica en los contratos fiduciarios

Los riesgos derivan, sobre todo, de:

- Confundir encargo fiduciario, con fiducia en garantía.
- Falta de evidencia sobre la vocería del Patrimonio Autónomo, lo que dificulta probar si el PA es deudor directo o si actúa simplemente como fuente de pago.

Estos vacíos incrementan la prima de riesgo, abren la puerta a ineficacias/restituciones en concurso y erosionan la confianza de financiadores y adquirentes. La literatura y decisiones citadas remarcan que, en fiducia en garantía, el fiduciario enajena el bien afecto conforme a instrucciones y aplica el producido a la cascada de pagos, mientras que en encargo no hay tal afectación (ni PA) (C. de Co., arts. 1226, 1227, 1233; doctrina y Corte Suprema sobre propiedad afectada a la finalidad).

En el ámbito financiero, además, prácticas como depósitos colaterales forzosos pueden considerarse abusivas frente a un deudor en reorganización, activando remedios de consumidor financiero (Leyes 1328/2009 y 1480/2011), lo cual subraya la necesidad de documentación clara y proporcionalidad en las cláusulas de garantía fiduciaria.

4.4 Vacíos regulatorios y debates doctrinarios

Aquí encontramos 4 debates divididos en cuatro frentes:

(a) Alcance de la afectación y “concurabilidad” del PA. Aunque el Código de Comercio consagra la separación y afectación y la Ley 1116 incluye PA afectos a actividad empresarial entre los sujetos del régimen, siguen existiendo discusiones de cuándo el PA puede ser tratado como deudor y cuándo solo como fuente de pago del constituyente; los estudios muestran consecuencias distintas en continuidad de pagos y eventuales restituciones.

(b) Coordinación entre universalidad/igualdad y garantías fiduciarias. La ley resolvió parte de la tensión con la terna, pero la aplicación práctica aún genera debates sobre qué flujos permanecen afectos y qué porciones integran la masa concursal como derechos del deudor especialmente en proyectos inmobiliarios con múltiples intervinientes.

(c) Publicidad y oponibilidad de afectaciones y garantías sobre derechos. La Ley 1676 de 2013 modernizó la garantía mobiliaria sobre derechos y flujos fiduciarios, pero persisten criterios desiguales sobre su coordinación con el acuerdo y la prelación frente a otros

acreedores; la documentación del registro y la prueba de origen de los flujos son hoy esenciales para buscar reducir los litigios.

(d) Protección de adquirentes y estabilidad del esquema. La práctica evidencia que, si bien el diseño contractual no distingue con precisión deudor directo vs. fuente de pago, puede afectarse la confianza del mercado y de los compradores; en algunos escenarios la propia autoridad ha cuestionado estructuras que restringen liquidez del deudor de modo desproporcionado, con impacto en la continuidad del proyecto (criterios de consumidor financiero y equilibrio contractual).

Para mitigar estas tensiones, el contrato debe:

- Acreditar transferencia y afectación exclusiva (CCo 1226, 1227, 1233);
- Consignar la vocería por cuenta del Patrimonio Autónomo
- Anexar mapa de flujos y prioridades es decir los que se encuentran vinculados al plan de obra y al crédito)
- Prever cláusulas de estrés concursal alineadas con los arts. 17, 21, 43 y 50 (Ley 1116/2006);
- Coordinar garantías sobre derechos (Ley 1676/2013) con registros y cronogramas del proyecto esto debido a que las mencionadas garantías mejoran la oponibilidad, reducen el riesgo de ineficacias en las restituciones y le dan más peso a la seguridad jurídica del PA en contextos de insolvencia.

Capítulo V. Perspectivas y propuestas de mejora

5.1 Posibilidad de concursar el patrimonio autónomo: criterios y límites

En Colombia, la concursabilidad del patrimonio autónomo (PA) depende de si este desarrolla actividad empresarial y, sobre todo, de si es deudor directo de obligaciones, no cuando se entiende como un fideicomiso meramente de fuente de pago del constituyente. La Ley 1116 incluye a los patrimonios autónomos **afectos a la realización de actividades empresariales** entre los sujetos del régimen de insolvencia, lo que abre la puerta a su comparecencia propia en el concurso cuando sean titulares de deudas y relaciones jurídicas autónomas (Ley 1116 de 2006, art. 2).

Criterios operativos (Propuesta)

1. Titularidad de las obligaciones contraídas por la fiduciaria en vocería del PA (Decreto 1049 de 2006, art. 1);
2. Contabilidad separada y trazabilidad de flujos
3. Publicidad de la vocería en los actos del fiduciario
4. Funcionalidad económica del PA para el proyecto (no un mero envoltorio) (Decreto 1049 de 2006).

Si el PA es deudor directo, se preserva la continuidad de pagos propios del PA; si solo es fuente de pago del concursado, proceden restituciones para proteger los principios de universalidad e igualdad del concurso

5.2 Alternativas frente al enfoque actual de la Superintendencia de Sociedades

El presente enfoque compara suspensión de ejecuciones (art. 17), continuidad de contratos útiles (art. 21) y tratamiento de fiducias en garantía dentro del acuerdo (art. 43), reservando

para la liquidación la terminación y restitución con respeto de prelaciones (art. 50) (Ley 1116 de 2006)

Con base a esto propongo una fórmula de ponderación para los casos extremos: aun cuando el PA sea deudor formal, el juez podría ordenar al fiduciario un “*standstill*” selectivo de pagos si

- La salida de flujos amenaza la integridad del proceso de reorganización;
- El constituyente soporta una responsabilidad solidaria relevante;
- El beneficio de preservar caja es superior al costo para el acreedor garantizado, todo dentro del acuerdo y con reglas claras de prelación. Esto entendido como un equilibrio entre protección del crédito y del proceso

5.3 Lineamientos para la protección de los fideicomisos inmobiliarios

- **Gobernanza y vocería.** Reforzar la terminología expresa de que el fiduciario actúa “**como vocero y administrador del PA**” en todos los actos, para comprometer al PA (**no al patrimonio propio de la fiduciaria**) y preservar la separación patrimonial (Decreto. 1049 de 2006, art. 1).
- **Publicidad registral.** Asegurar el registro cuando se trate de fiducia en garantía, pues de ello depende la exclusión de bienes del PA en liquidación (art. 55 de la Ley 1116 de 2006; Decreto 1038 de 2009, art. 12; en coordinación con la Ley 1676 de 2013, art. 3).
- **Diseño de flujos.** Anexar al contrato un mapa de flujos y prioridades y los hitos de obra, previendo escenarios de reorganización (art. 43 Ley 1116 de 2006).

- **Cláusulas concursales.** Incluir protocolos de continuidad bajo art. 21 (gobernanza, reportes, métricas de utilidad del contrato) y cláusulas **standstill** condicionadas a mandato judicial del art. 17.
- **Derechos y flujos como garantía.** Usar la Ley 1676 de 2013 para preñar/ceder derechos fiduciarios y flujos del PA, articulando su tratamiento en el acuerdo.

5.4 Recomendaciones normativas y jurisprudenciales

- **Claridad conceptual en la Ley 1116.** Unificar la terminología, acreedor y/o beneficiario y precisar qué porciones del derecho del constituyente frente al PA integran la masa concursal, para reducir litigios de interpretación
- **Estándar legal de concursabilidad del PA.** Positivizar el test usado por la jurisdicción: si el PA es deudor directo (vocería, obligaciones propias, contabilidad separada), comparece y mantiene su continuidad; si es solo fuente de pago, permitir que los flujos se reencauzan al proceso del constituyente.
- **Fortalecer las exclusiones tasadas.** Mantener y aclarar la exclusión en liquidación para fiducia en garantía debidamente registrada, y evaluar si, por función económica, ciertas estructuras fiduciarias del mercado por ejemplo las preventas masivas ameritan un trato semejante cuando protegen a terceros dispersos.
- **Jurisprudencia de cierre sobre suspensión y canalización.** Hay que reiterar que, en insolvencia, la ejecución de la garantía fiduciaria se suspende y sus beneficiarios deben ejercer sus derechos dentro del concurso, consolidando la regla de orden público concursal
- **Buenas prácticas obligatorias.** Exigir en regulación sectorial, es decir, que la SIC sea la encargada de regular los formatos tipo de cláusulas de vocería, mapas de flujos,

reportes y “cláusulas concursales” para negocios inmobiliarios, con verificación de registro cuando aplique.

Referencias:

Normatividad

- Congreso de la República de Colombia. (1873). *Ley 84 de 1873 (Código Civil)*.
- Presidencia de la República de Colombia. (1971). *Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)*.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1116 de 2006 (Régimen de insolvencia empresarial)*.
- Presidencia de la República de Colombia. (2006). *Decreto 1049 de 2006 (Régimen de la actividad fiduciaria: vocería del patrimonio autónomo)*.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2009). *Decreto 1038 de 2009 (Registro y publicidad de la fiducia en garantía)*.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2010). *Decreto 2555 de 2010 (Régimen del mercado de valores y entidades vigiladas)*.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). *Ley 1676 de 2013 (Régimen de garantías mobiliarias)*.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2006). *Sentencia Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01 (fiducia en garantía)*
- Superintendencia de Sociedades. (2014). *Auto 430-006446 ("TISA")*.
- Superintendencia de Sociedades. (2016). *Auto 400-004422 ("Panthers Machinery")*.

- Superintendencia de Sociedades. (2017). *Auto (“Axede”)*.
- [Órgano jurisdiccional competente]. (2018). *Sentencia 2003-04295*. (Referencia utilizada para suspensión de ejecuciones y canalización al proceso concursal).

Doctrina y documentos técnicos

- Asofiduciarias. (2020). *Indicadores del sector fiduciario*
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2004). *Doctrina sobre fiducia inmobiliaria* [Documento técnico].
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Lineamientos operativos de fiducia inmobiliaria* [Documento técnico].