



ASOCIACIÓN DE
FIDUCIARIAS
DE COLOMBIA

CARTILLA FIDUCIARIA

Esta Cartilla Fiduciaria aborda los siguientes aspectos de la Fiducia atendiendo el interés general en dicha figura y el propósito de la Asociación de Fiduciarias de divulgarlos y permitir su consulta:

INDICE

1. ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA
2. PRINCIPIOS Y PROHIBICIONES, ACTO CONSTITUTIVO Y REGISTRO EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO
3. ESTIPULACIONES EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS
4. INTERVINIENTES EN EL CONTRATO FIDUCIARIO, DERECHOS Y DEBERES
5. ACTIVIDADES AUTORIZADAS A LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS
6. VEHICULOS FIDUCIARIOS
7. PRODUCTOS FIDUCIARIOS
8. ADMINISTRACION DE FONDOS DE INVERSION POR PARTE DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS
9. LA FIDUCIA EN LA INVERSION EXTRANJERA
10. LA FIDUCIA EN EL REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL
11. INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES
12. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIDUCIA

La presente Cartilla Fiduciaria es una publicación introductoria al negocio fiduciario y no compromete la posición de la Asociación de Fiduciarias sobre aspectos jurídicos, ni sobre la interpretación, suficiencia o actualización de las disposiciones legales citadas.

1. ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA

La fiducia encuentra su remoto origen en actos de confianza, desde los cuales deriva su denominación y significación. La palabra fiducia significa fe, confianza.

La historia del **derecho romano** da cuenta de disposiciones de última voluntad o acuerdos mediante los cuales una persona transfería los bienes a otra persona de entera confianza, para que con facultades de dueño los administrara y transfiriera a terceros o los restituyera posteriormente. Como en un principio no existían acciones legales para evitar abusos o asegurar el cumplimiento de la finalidad, se dependía de la buena fe del adquirente. Bajo el derecho anglosajón se dieron los compromisos de conciencia adquiridos por una persona que gozaba de la plena confianza de otra, con el propósito de cumplir una finalidad específica con los bienes que ésta le transfería, bien fuera en beneficio de quien se los transfería o de otra persona que él indicaba.

En **Colombia** encontramos normatividad relacionada con la fiducia desde la adopción del Código Civil que consagra la propiedad fiduciaria (**Título VIII**), entendida como propiedad sujeta al gravamen de pasar a otra persona cuando se verifique una condición. Posteriormente, con sustanciales **diferencias en relación con la fiducia civil**, en normas de derecho bancario se consagró el encargo de confianza (Ley 45 de 1923) como operación autorizada a los bancos a través de sus secciones fiduciarias. En 1971 se expide el Código de Comercio (Título XI, Libro Cuarto), regulando la llamada fiducia mercantil en virtud de la cual, con los bienes transferidos en propiedad se conforma un patrimonio autónomo e independiente, afecto a los fines previstos en el acto constitutivo de la fiducia.

La Ley 45 de 1990, mediante la cual se dictaron normas en materia financiera, impulsó la actividad fiduciaria al establecer que solo podía ser desarrollada a través de sociedades anónimas con objeto social exclusivo, previa autorización del Estado; y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina las actividades que pueden realizar las sociedades fiduciarias, manteniendo la figura del encargo fiduciario. Por su parte, el Estatuto de la Contratación administrativa (Ley 80 de 1993) introdujo una nueva modalidad adicional a la del encargo fiducia-

rio y la fiducia mercantil, llamada fiducia pública, que junto con los encargos fiduciarios con entidades estatales, han contribuido al reconocimiento de la fiducia como herramienta confiable para los fines del Estado.

En términos de la Superintendencia Financiera de Colombia, los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Las disposiciones normativas que regulan el contrato fiduciario se encuentran, en particular para la fiducia mercantil en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, y para el contrato de encargo fiduciario en el numeral 2 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con el cual al encargo fiduciario le son aplicables todas aquellas normas que nutran la fiducia mercantil y subsidiariamente las relativas al contrato de mandato regulado en el Código de Comercio, en cuanto sean compatibles con su naturaleza.

2. PRINCIPIOS Y PROHIBICIONES, ACTO CONSTITUTIVO Y REGISTRO EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

2.1. Principios

Las partes que celebran un negocio fiduciario adquieren responsabilidades y derechos que se sustentan en los principios de buena fe, lealtad y equilibrio contractual. Las Sociedades Fiduciarias y los Fideicomitentes están llamados a mantener una conducta acorde con dichos principios para el buen suceso y seguridad en el negocio fiduciario.

Entre estos deberes, se destaca el deber de las Sociedades Fiduciarias de dar información a sus clientes acerca de las limitaciones existentes en el negocio fiduciario de que se trate. Del mismo modo, corresponde al Fideicomi-

tente suministrar información completa sobre los aspectos involucrados en el negocio y la necesaria para el conocimiento del cliente por parte de la sociedad fiduciaria.

2.2. Prohibiciones

De acuerdo con la ley están prohibidos los siguientes negocios fiduciarios:

1º Los negocios fiduciarios que sirvan de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales (***Parágrafo del artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010***).

2º Los negocios fiduciarios secretos. (***Artículo 1230 del Código de Comercio***)

3º Aquellos negocios que designen diferentes beneficiarios en forma sucesiva. (***Artículo 1230 del Código de Comercio***)

4º Los encargos y contratos que celebren las sociedades fiduciarias, no podrán tener por objeto la asunción por parte de éstas de obligaciones de resultado, salvo aquellos casos en que así lo prevea la ley. (***Numeral 3 artículo 29 del EOSF***).

2.3. Acto constitutivo y Registro

El contrato fiduciario ha de estar documentado, tal como se desprende del estatuto mercantil que presupone la existencia de un acto de constitución de la fiducia.

El contrato fiduciario puede constituirse por documento privado. No obstante, cuando se trate de contratos de fiducia mercantil que versen sobre bienes cuya transferencia esté sometida a la solemnidad de instrumento público, deberán elevarse a escritura pública. (**Artículo 2.5.1.1.1 Decreto 2555 de 2010**).

De conformidad con el **numeral 3 del Artículo 146** del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los contratos que consten en documento privado y versen sobre bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

La expedición de la Ley 1116 de 2006, mediante la cual se estableció el Régimen de Insolvencia Empresarial, dio lugar disposiciones reglamentarias en materia de registro de algunos contratos fiduciarios, así:

a. Para los propósitos del Artículo 55 (bienes excluidos) de la Ley 1116 de 2006, se determinó que para excluir de la masa de la liquidación los bienes transferidos a título de **fiducia mercantil con fines de garantía**, es necesario el registro del respectivo contrato en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, o en el registro que de acuerdo con la clase del acto o la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley. (**Artículo 12 del Decreto 1038 de 2009**).

Corresponde al fideicomitente efectuar el registro en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, de acuerdo con lo establecido en el **artículo 7° del Decreto 650 de 1996** sobre la base para la liquidación del impuesto de registro. La modificación y terminación de dichos contratos se consideran actos sin cuantía ni tarifa, siempre que no impliquen modificación a los derechos apreciables pecuniariamente incorporados en el contrato y a favor de particulares, en cuyo evento se observará lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 650 de 1996.

El artículo **41 de la Ley 1429 de 2010**, modificatorio del artículo 123 de la Ley 1116 de 2006, establece que los **contratos de fiducia mercantil con fines de garantía** que consten en documento privado, deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del Fiduciante. Esta inscripción procede sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

De acuerdo con el **Decreto Reglamentario 2785 de 2008**, mediante el cual se reglamentó el artículo 123 de la Ley 1116 de 2006), la inscripción también debe realizarse cuando se produzca la terminación o modificaciones al contrato en cuanto a la clase de contrato, las partes y los bienes fideicomitados, y la consecuencia de omitir la inscripción del contrato en el registro mercantil, es su inoponibilidad frente a terceros.

b. Para los propósitos del artículo 2° (ambito de aplicación) de la Ley 1116 de 2006, se determinó que los **patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales (Artículo 1° del Decreto 1038 de 2009)**, podrán ser admitidos a un proceso de insolvencia siempre y cuando el contrato que le dio origen junto con sus modificaciones, haya sido objeto de registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente, sin perjuicio del registro que de acuerdo con la clase del acto o la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley (**Artículo 4° del Decreto 1038 de 2009**)

LEY 1116 DE 2006. ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

El Gobierno Nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley.

3. ESTIPULACIONES EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

Sobre el contenido de los contratos fiduciarios la Superintendencia Financiera de Colombia ha impartido instrucciones, así como definiciones y clasificación de algunos tipos de negocios fiduciarios. ***(Circular Externa 046 de 2008, mediante la cual se subroga el Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica).***

Los modelos de los ***Contratos de Adhesión o de Prestación Masiva de Servicios*** deben ser evaluados previamente por la Superintendencia Financiera ***(numeral 4º artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)***:

Contratos de adhesión: son los elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrado adhieren otros fideicomitentes, quienes sólo pueden expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

Contratos de prestación masiva: son aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión.

De acuerdo con la Superintendencia Financiera los contratos fiduciarios deben incorporar por lo menos las siguientes cláusulas, cuyos alcances han sido desarrollados en el ***numeral 2.3 Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica)***:

- 1) Objeto
- 2) Bienes fideicomitidos

- 3) Rendimientos o utilidades
- 4) Obligaciones y derechos de las partes contratantes.
- 5) Remuneración
- 6) Terminación del negocio fiduciario.
- 7) Órganos asesores y/o administradores
- 8) Gastos
- 9) Gestión de riesgos.
- 10) Avalúos de los bienes fideicomitidos.
- 11) No localización de fideicomitentes, beneficiarios y/o acreedores garantizados.
- 12) Liquidación.

Respecto de los negocios fiduciarios con Entidades Públicas la Superintendencia Financiera establece pautas **(Numeral 5.4. Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica)**. (Ver 3.3. **Fiducia con Entidades Estatales**) y criterios de interpretación **(Numeral 2.2. Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica)**, de acuerdo con los cuales, estos negocios se interpretan a la luz de los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como la oferta, la aceptación de la oferta, las instrucciones generales, la aceptación de las mismas y cualquier acto similar.

4. INTERVINIENTES EN EL CONTRATO FIDUCIARIO: DERECHOS Y DEBERES

El Fideicomitente: Es el ente que contrata con la sociedad fiduciaria con una determinada finalidad, sea que conlleve o no la transferencia de un bien o bienes. También recibe el nombre de constituyente o Fiduciante.

Son derechos del fideicomitente los establecidos en el artículo 1236 del Código de Comercio:

1. Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitidos;

2. Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar;
3. Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución;
4. Exigir rendición de cuentas;
5. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y
6. En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario, o con la esencia de la institución.

Son obligaciones del Fideicomitente las consignadas en el contrato fiduciario, tal como las siguientes: i) suministrar la información requerida por la fiduciaria para conocimiento del cliente y control del lavado de activos, ii) pagar la remuneración de la sociedad fiduciaria, iii) salir al saneamiento por los vicios que presenten los bienes transferidos, iv) pagar los costos y gastos del fideicomiso, aún cuando se haya previsto pagarlos con los frutos que generen los bienes fideicomitidos, en el evento en que estos no fueren suficientes, toda vez que a la fiduciaria le está prohibido asumir gastos con recursos propios.

La Fiduciaria: Es la sociedad constituida como sociedad anónima, con permiso de funcionamiento otorgado por el Estado, que desarrolla la actividad o actividades para las cuales han sido autorizadas las sociedades fiduciarias por expresa disposición legal. **(Ver punto 5. Actividades Autorizadas A Las Sociedades Fiduciarias).**

Las sociedades fiduciarias pertenecen al sector financiero y se ubican dentro de las llamadas Sociedades de Servicios Financieros, sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y para cuya constitución y funcionamiento deben contar con un capital mínimo **(artículo 16 de la ley 795 de 2003)**, y niveles de patrimonio adecuado.

La Fiduciaria tiene unos **deberes indelegables (art. 1234 del Código de Comercio)**, además de los previstos en el contrato fiduciario respectivo y responde hasta de la culpa leve **(Artículo 63 Código Civil Colombiano)** en el cumplimiento de su gestión (artículo 1243 del Código de Comercio). Por otra parte, sus obligaciones son obliga-

Son derechos de la fiduciaria además de los establecidos en la ley y el contrato, recibir una remuneración y requerir información de los fideicomitentes y beneficiarios.

El beneficiario o fideicomisario: Es quien recibe los beneficios derivados de la ejecución del contrato de fiducia; el fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente o también una o varias personas diferentes al fideicomitente. *(Artículo 1229 del Código de Comercio).*

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de julio de 2009 *(SENTENCIA EXP. 11001-3103-039-2000-00310-01 M. P. William Namen Vargas)*, el beneficiario es un tercero que no ostenta la condición de parte dentro del contrato de fiducia y “cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado. En estos casos se estructura la hipótesis de la estipulación para otro.

Son derechos del beneficiario además de los que le confiere el contrato fiduciario y la ley, los establecidos en el artículo 1235 del Código de Comercio:

1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas;
2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda;
3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciera, y
4. Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.

5. ACTIVIDADES AUTORIZADAS A LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Las sociedades fiduciarias están sometidas a los llamados estatutos excepcionales, lo cual significa que solo pueden desarrollar las actividades para las cuales han sido expresamente autorizadas por la ley. Especialmente están consagradas las siguientes actividades en el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero y las demás normas que de manera particular otorgan facultades especiales a las sociedades fiduciarias:

- a. Celebrar contratos de **Fiducia Mercantil** en los términos **del artículo 1226** y siguientes del Código de Comercio.
- b. Celebrar contratos de Encargo Fiduciario, con el objeto de realizar inversiones, administrar bienes o ejecutar actividades relacionadas con el otorgamiento de garantía por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas.
- c. Obrar como **agente de transferencia y registro de valores**.
- d. Obrar como representante legal de tenedores de bonos (**literal d del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y artículo 6.4.1.1.5 del Decreto 2555 de 2010**).
- e. Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad competente o por determinación de personas que tenga facultad legal para designarlas para tal fin.
- f. Actuar como agente de manejo en Procesos de Titularización. (**Artículo 5.6.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010**).
- g. Prestar servicios de asesoría financiera.
- h. Emitir bonos por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1026 de 1990
- i. Administrar **Fondos de Pensiones Voluntarias** en los términos del numeral 1º del artículo 168 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, recibiendo los recursos aportados e invirtiéndolos para el beneficio del fideicomitente o para el pago de las pensiones que se causen.
- j. Administrar cartera y acreencias de entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia para liquidación. **Artículo 4º de la Ley 795 de 2003**.

- k. Administrar Carteras Colectivas con sujeción a lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 (**artículo 3.1.1.1.1.**) y en el Título VIII de la Circular Externa 07 de 1996.
- l. Actuar como custodios de los activos provenientes de las carteras colectivas, en los términos del artículo 3.1.13.1.2. y siguientes del Decreto 2555 de 2010.
- m. Administrar fondos de capital privado con sujeción al artículo 3.1.14.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010
- n. Celebrar contratos de Cuentas de Margen en los términos señalados por el Decreto 2555 de 2010 (**Artículo 2.33.1.1.2**) ó aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.
- o. Actuar como Agente Liquidador de las entidades públicas del orden nacional, en los términos del **Decreto 254 de 2000**, por medio del cual se expide el régimen para la liquidación de entidades públicas del orden nacional, y Resolución No. 100-000285 del 2 de marzo de 2004 de la Superintendencia de Sociedades.
- p. Realizar las operaciones de intermediación en el mercado de valores (**Ver punto 11. Intermediación En el Mercado de Valores**) autorizadas por el Decreto 1121 de 2008.
- q. Actuar como administrador fiduciario en los términos del **artículo 57 de la Ley 1306 de 2009**, en relación con bienes de personas con incapacidad mental o menores de edad.
- r. Actuar como administrador de inversión extranjera en los términos del **Decreto 4800 de 2010. (Artículo 26).**
- s.- Actuar como agente de manejo dentro del marco de procesos de titularización de activos hipotecarios y no hipotecarios. (**Artículo 5.6.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010**).

6. VEHICULOS FIDUCIARIOS

Los vehículos fiduciarios utilizados por las Sociedades Fiduciarias autorizadas dentro del marco de la legislación en Colombia, corresponden a los siguientes:

- Fiducia Mercantil
- Encargo Fiduciario
- Contrato Estatal de Fiducia

6.1. Fiducia Mercantil

Mediante la celebración de este contrato el Fideicomitente transfiere uno o más bienes o derechos específicos a la Fiduciaria para el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato, en provecho del mismo Fideicomitente o de un tercero (Beneficiario), conformándose con dichos bienes un patrimonio autónomo.

El patrimonio autónomo, no es una persona jurídica, pero es receptor de derechos y obligaciones derivados de la ley o de los actos que se realicen en desarrollo del contrato fiduciario. La sociedad fiduciaria actúa como vocera y administradora (**Artículo 2.5.2.1.1 Decreto 2555 de 2010**) del patrimonio autónomo y lleva la personería en las actuaciones procesales administrativas o jurisdiccionales.

Los bienes que integran el patrimonio autónomo quedan separados de los activos del fiduciario, de los activos de otros negocios fiduciarios y de los propios del fideicomitente.

La legislación mercantil prevé que los bienes no podrán ser perseguidos por los acreedores del Fideicomitente, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso (**artículo 1238 del Código de Comercio**) y se establezca por vía judicial que con la transferencia se produjo un desequilibrio en el patrimonio del Fideicomitente que le impide satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad. Son de interés en el asunto, los criterios de la Superintendencia Financiera.

En relación con el carácter inembargable de los bienes afectos a la finalidad prevista en un patrimonio autónomo, la Corte Suprema de Justicia en ***Sentencia del 25 de enero de 2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena***, precisó que el inciso 1º del artículo 1238 del Código de Comercio, contempla una acción auxiliar al alcance de los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del Contrato Fiduciario, cuyo espíritu es, en esencia, establecer un mecanismo que proteja la prenda general de los acreedores de cara a un pacto fiduciario. Compete al acreedor preexistente, aunque no haya fraude, demostrar que el convenio fiduciario le causó un perjuicio y en consecuencia, tiene un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo.

En relación con el inciso segundo del artículo 1238 del Código de Comercio, aclara la misma sentencia que corresponde a la típica acción pauliana regulada en la legislación paulina.

6.2. Encargo Fiduciario

Mediante la celebración de este contrato, el Fideicomitente encomienda a una sociedad fiduciaria la administración de bienes, o los entrega para la ejecución de determinadas actividades, de acuerdo con la finalidad e instrucciones previstas en el contrato. (Literal b) numeral 1 del artículo 29 del EOSF)

El encargo fiduciario únicamente comporta la entrega de los bienes, pero no la transferencia de la propiedad. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que esta regla no es absoluta, pues cuando se trata de cosa de género o fungible, como lo es el dinero, tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario envuelven la transferencia de la propiedad dada la naturaleza y características del bien, cuya entrega involucra de suyo la tradición. (Ver Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de julio de 2008, exp. No. 11001-3103-036-1999-01458-01)

Se aplica a los encargos fiduciarios las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente

te, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (Numeral 1° del artículo 146 del EOSF).

6.3. Contrato Estatal de Fiducia

La Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Administrativa, creó un nuevo tipo de contrato sin definirlo, autónomo e independiente, denominado Fiducia Pública, diferente a la fiducia mercantil y al encargo fiduciario. (Sentencia C-086 del 1° de marzo de 1995 de la Corte Constitucional). El contrato de fiducia pública es más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia pues no conlleva el traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo. A este contrato le son aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Administrativa.

Las entidades estatales (numeral 1° del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993) también pueden celebrar **Encargos Fiduciarios** para la administración o el manejo de recursos vinculados a contratos celebrados por las entidades estatales (inciso 3° numeral 5 Art. 32 de la Ley 80 de 1993) o para la administración de los fondos o recursos destinados a la cancelación de obligaciones nacidas de la celebración de contratos estatales de acuerdo con lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO 29.- 1. Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán en desarrollo de su objeto social: a.(...) b.Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con las restricciones que la ley establece.

Se destacan los siguientes aspectos comunes a los contratos de Fiducia Pública y a los Encargos Fiduciarios con entidades estatales:

- a. Deben celebrarse con sujeción al estatuto de la contratación pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Parágrafo 1º Artículo 21 Decreto 679 de 1994), para objetos y con plazos determinados.
- b. No podrán conllevar la transferencia de la propiedad de los bienes o recursos ni la constitución de patrimonios autónomos, con algunas excepciones expresamente previstas en la ley, tales como:
 - Para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones. (Parágrafo 2º del Artículo 41 de la Ley 80 de 1993).
 - Para el pago de pasivos laborales (Parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993).
 - La conmutación de obligaciones pensionales que implementen voluntariamente empleadores públicos o privados. (Artículo 39 de la Ley 1151 de 2007 , Parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, artículo 41 de la Ley 550 de 1999).
 - En proyectos de inversión de mediano y largo plazo para la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y /o aseo. (Artículo 12 de la Ley 1176 de 2007) con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones.
 - En contratos de fiducia y encargo fiduciario que celebren entidades distritales para ciertos objetivos, tales como administración y colocación de acciones, bonos, títulos valores, ejecución de programas y proyectos de vivienda de interés social y para servidores distritales, administración y manejo de recursos fiscales, y la ejecución de programas de prevención y atención de desastres. (Artículo 150 del Decreto 1421 de 1993).
 - Los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales, FONPET, (LINK Ley 549 de 1999 y artículo 1º Decreto 4758 de 2005) se administran a través de Patrimonios Autónomos. Para la entrega de los recursos al

Fondo deberán estar debidamente apropiados y su entrega constituye una ejecución presupuestal.

c. La selección de la sociedad fiduciaria sea pública o privada, debe realizarse a través de los procedimientos de licitación o concurso previsto en la Ley 80 de 1993 (Artículo 25 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio del inciso 4º del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) y normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen en la materia, salvo en los casos en que expresamente alguna ley especial permite la contratación directa o la selección abreviada (Artículo 2º del Título Primero de la Ley 1150 de 2007 y Capítulo IV del Decreto 2474 de 2008), tal como los siguientes:

- Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público. (Literal f, numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 sobre contratación de recursos públicos).
- Los contratos de las entidades que ejecuten programas de protección a personas amenazadas, de desmovilización y reincorporación a la vida civil. (Literal h, numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007).
- La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y la seguridad nacional (literal i, numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007).
- En los contratos innominados que celebren las entidades territoriales y sus descentralizadas para la inversión de sus excedentes de liquidez en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en los términos del Parágrafo Tercero del Artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, modificado por el artículo 1º del Decreto 2805 de 2009.
- Los encargos fiduciarios para los pagos de contratos para la prestación de servicios de salud (Literal c) numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007).

LEY 1151 de 2007 ARTÍCULO 39. NORMALIZACIÓN DE PASIVOS PENSIONALES. Los mecanismos de normalización de pasivos pensionales previstos en las Leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006 y desarrollados por el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios, podrán ser implementados de manera voluntaria por todos los empleadores públicos y privados que tengan a su cargo pasivos pensionales.

- En los contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que se celebren como medio para la realización de operaciones de crédito público y las conexas con éstas. (Artículo 41 de la ley 80 de 1993 y artículo 6° del Decreto 2681 de 1993, artículo 28 del Decreto 679 de 1994, artículo 1° Decreto 855 de 1994)
 - Tratándose de contratación con entidades municipales y distritales y áreas metropolitanas cuando tengan por fin participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. El artículo 36 de la Ley 388 de 1997, señala que para la participación en tales proyectos dichas entidades podrán celebrar entre otros, contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
 - Los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos. (Artículo 93 y 94 de la Ley 30 de 1992).
 - El régimen jurídico de las Empresas Sociales de Salud establece que en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrá utilizar cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de la Contratación Pública. (Artículo 195 de la Ley 100 de 1993).
 - Los actos de las Empresas de Servicios Públicos, las cuales se rigen por el derecho privado. (Artículo 32 de la Ley 142 de 1994).
 - Los contratos de las empresas de Servicio de Electricidad que se rigen por el derecho privado (Parágrafo del artículo 8° de la Ley 143 de 1994).
- d. La remuneración de la sociedad fiduciaria no podrá pactarse con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. (Numeral 5, inciso segundo, del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y Numeral 5.4.2, Título Quinto Capítulo Primero Circular Básica Jurídica).
- e. Corresponde a la entidad estatal fideicomitente la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo fiduciario o fiducia pública, pero podrá encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de los trámites inherentes a la licitación o concurso. (Artículo 23 del Decreto 679 de 1994).

- f. Les aplica el mismo régimen sobre derechos y deberes de las entidades estatales y contratistas, inhabilidades e incompatibilidades, cláusulas exorbitantes, principios de la contratación estatal.
- g. La adjudicación y celebración de los contratos se hará con arreglo a los principios de la contratación estatal.
- h. Deben tenerse en cuenta los criterios establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia en el Numeral 5.4. Negocios Fiduciarios con Entidades Públicas, del Título Quinto Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica.
- i. Les aplican las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de fiducia mercantil en cuanto no sean incompatibles con lo previsto en dicha ley (incisos 1o. del artículo 13, y 1o. y 8o. del artículo 32 numeral 5o. de la Ley 80 de 1993, respectivamente).

Frente al manejo de las Inversiones de los recursos y excedentes de liquidez de las entidades estatales, administrados por las sociedades fiduciarias, debe tenerse en cuenta el Decreto 1525 de 2008, mediante el cual se dictaron normas relacionadas con la inversión de los recursos de las Entidades Estatales del orden nacional y territorial, las cuales determinan el alcance, limitaciones y condiciones para que puedan realizarse tales inversiones.

El apoyo que representa la actividad fiduciaria ha sido reconocido por el legislador al darle participación en actividades de interés nacional, de manera que diversas disposiciones legales han permitido importantes aportes del negocio fiduciario a los fines del Estado. Este reconocimiento proviene del profesionalismo, experiencia y transparencia que ofrecen las sociedades fiduciarias en la administración de los bienes o recursos.

7. PRODUCTOS FIDUCIARIOS

En el marco de las actividades autorizadas a las sociedades fiduciarias por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

se han desarrollado diversos productos fiduciarios que en la práctica adquieren sus denominaciones en función de las finalidades para las cuales se configuran, tratados por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Circular 046 de 2008 y de los cuales se reseñan los siguientes:

7.1. Fiducia de Inversión

Es el negocio fiduciario en el cual se consagra como finalidad principal invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones establecidas por el Fideicomitente en el respectivo contrato.

Este negocio puede realizarse a través de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios, por lo cual es necesario que los contratos indiquen la modalidad bajo la cual se celebran, aún en los casos en que el contrato se origine a partir de los denominados documentos de “oferta comercial” o similares. (Numeral 5.1. de la Circular Básica Jurídica)

La Superintendencia Financiera de Colombia ha reiterado la prohibición a la sociedad fiduciaria de delegar la administración de los recursos, sin perjuicio de que subcontrate en los casos en que requiera de un tercero para cumplir con sus obligaciones, v.gr. para acceder a mercados u opciones que por sus especiales características y condiciones no hacen parte del oficio de la fiduciaria o no puede acceder directamente (Numeral 5.1.3 del Capítulo I del Título V de la Circular Básica Jurídica).

La Superintendencia distingue dos tipos de fiducia de inversión, así

a. Fideicomisos de inversión con destinación específica. Corresponde al negocio fiduciario en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente. La Superintendencia Financiera incluye en este tipo de negocios los Fondos de Inversión Extranjera establecidos en el Decreto 2080 de 2000 (Ver Punto 9. La Fiducia en la Inversión Extranjera) y las

“(..) En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.”

Una gran presencia le dio al negocio fiduciario la Ley 100 de 1993 que creó el sistema de seguridad social integral del país, al establecer que se administrarán mediante encargo fiduciario los recursos del Fondo de Pensiones Públicas de nivel nacional, FOPEP (artículo 130 de la Ley 100), y los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA (artículo 218 de la Ley 100 de 1993).

normas que lo modifiquen o adicionen, así como los contratos celebrados con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 (Artículo 2.33.1.1.2) en su parte relativa a las Cuentas de Margen.

Se precisa que el Decreto 4800 del 29 de diciembre de 2010 modificó el artículo 26 del Decreto 2080 de 2000 que contemplaba los Fondos de Capital del Exterior, con lo cual dichos fondos se eliminaron de la normatividad, quedando vigentes aquellos ya constituidos mientras transcurre su término de duración.

En este tipo de fiducia, la destinación de los recursos fideicomitidos la define únicamente el fideicomitente mediante instrucciones a la sociedad fiduciaria (numeral 2 del artículo 29 del EOSF),

En materia de inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial existe regulación especial en los Decretos 1525 de 2008 y Decreto 4686 de 2010. De acuerdo con dichas normas, los excedentes de tesorería de recursos propios o administrados de los establecimientos públicos del orden nacional y de las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les aplique las disposiciones del orden presupuestal de aquellos, solo podrán invertirse en Títulos de Tesorería TES, clase B del mercado primario. Y las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes en Títulos de Tesorería TES, clase B, y en depósitos a término, en cuenta corriente, de ahorro, a término, expedidos por establecimientos bancarios, en condiciones de mercado.

b. Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión. Es el negocio fiduciario celebrado con los fondos mutuos de inversión para la administración fiduciaria de sus inversiones.

7.2. Fiducia de Administración.

Es el negocio en virtud del cual, el fideicomitente entrega un bien o bienes a la sociedad fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada, destinándolos junto con los respectivos rendimientos, si los hubiere, al cumplimiento de la finalidad señalada. La Superintendencia Financiera se refiere a las siguientes modalidades (Ver Numeral 8.3. Fiducia de administración).

a. Administración y pagos. Su objeto es la administración de sumas de dinero u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que el fideicomitente señale. En esta modalidad se incluyen aquellos negocios fiduciarios mediante los cuales se constituyen patrimonios autónomos con fines empresariales de que trata el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006.

b. Administración de procesos de titularización. Su objeto es la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. La sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo realiza la emisión de los títulos movilizados, recauda los fondos provenientes de la colocación de los títulos y se vincula jurídicamente con los inversionistas, conforme a los términos y derechos incorporados en los títulos.

c. Administración de cartera. Tiene como finalidad principal la administración de carteras productivas e improductivas de entidades financieras y/o del sector real.

d. Administración de procesos concursales. Se presenta en virtud de la designación a la sociedad fiduciaria como agente liquidador o promotor de un proceso concursal y tiene como objetivo la administración de los recursos afectos a su finalidad.

Por procesos concursales, se entienden los acuerdos de reestructuración de que trata la Ley 550 de 1999, el proceso de reorganización y el proceso de liquidación judicial consagrados en la Ley 1116 de 2006, o los que consagren aquellas normas que los modifiquen, sustituyan o deroguen.

7.3. Fiducia Inmobiliaria

La Fiducia Inmobiliaria tiene por finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario, o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto.

La fiducia Inmobiliaria es una herramienta para los promotores y constructores de los proyectos inmobiliarios, por la confianza que genera entre los interesados el hecho de que una sociedad fiduciaria participe en la destinación o

administración de los recursos del proyecto.

Por esta razón, las sociedades fiduciarias deben evaluar los riesgos, contar con contratos adecuados al negocio específico y divulgar la información al público sobre el alcance de su participación en el proyecto de acuerdo con la modalidad del negocio fiduciario inmobiliario. Numeral 5.2 del Título Quinto Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica.

La difusión de programas publicitarios y promoción de las fiducias inmobiliarias están sujetas a las condiciones establecidas en el literal c, numeral 2.6 del Capítulo Sexto del Título I de la Circular Externa 007 de 1996, debiéndose informar de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria. La inobservancia de esta instrucción es considerada como práctica insegura.

Existen distintas modalidades de fiducia inmobiliaria, comúnmente conocidas y clasificadas por la Superintendencia Financiera (Numeral 8.2. Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996) , como:

a. Fiducia inmobiliaria de preventas. Tiene por finalidad encargar a la sociedad fiduciaria de la administración y recaudo de los dineros provenientes de la promoción del proyecto inmobiliario que entreguen interesados en el proyecto, mientras se cumplen las condiciones necesarias para ser destinados al desarrollo del mismo.

b. Fiducia Inmobiliaria de tesorería. Su finalidad es encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos dinerarios destinados a la ejecución del proyecto inmobiliario, conforme lo establecido en el respectivo contrato fiduciario.

c. Fiducia Inmobiliaria de administración y pagos. Mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil se constituye un patrimonio autónomo, al cual ingresan el inmueble a partir del cual se levantará el proyecto inmobiliario, con el objeto de que la sociedad fiduciaria efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo, y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

7.4. Fiducia en Garantía.

Es el negocio fiduciario a través del cual se amparan obligaciones de un deudor a favor de uno o varios acreedores, mediante la afectación de un bien a dicha finalidad y la estipulación de un procedimiento privado y ágil para obtener la satisfacción del crédito en caso de incumplimiento.

Para este efecto, el Fideicomitente, transfiere a título de fiducia mercantil (Ver Numeral 5.1) irrevocable la propiedad de uno o más bienes, o los entrega en encargo fiduciario (Ver Numeral 5.2) , a la sociedad fiduciaria, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo del Fideicomitente o a cargo de terceros, y a favor de uno o varios acreedores. En caso de incumplimiento, se acude la venta o remate del bien o bienes para que con su producto se satisfaga la obligación incumplida, o en su lugar se efectúe la dación en pago. Cuando se trate de flujos de caja afectos a la garantía, el pago de la obligación incumplida se surte mediante la destinación de los recaudos al respectivo pago.

Es inherente a la fiducia en garantía la estipulación a favor de un Acreedor, el cual puede estar designado en el mismo contrato o ser designado posteriormente por el Fideicomitente. En virtud de su designación el Acreedor obtiene la garantía fiduciaria para amparar el crédito concedido al Fideicomitente o a un tercero. La fiducia en garantía puede amparar simultáneamente dos o más Acreedores, siempre que el valor del fideicomiso permita la cobertura de las respectivas obligaciones.

El Acreedor designado es un beneficiario del contrato una vez se vincula a éste mediante su aceptación, la cual se da cuando concurre a suscribir el contrato fiduciario, o cuando habiendo sido designado posteriormente, recibe el certificado de garantía. La vinculación del Acreedor Garantizado genera unos efectos jurídicos y económicos, pues adquiere derechos y obligaciones de acuerdo con lo previsto en el respectivo contrato y en la ley.

Le corresponde al Acreedor Garantizado y en su propio interés, dar aviso a la Fiduciaria, cuando se produzca el incumplimiento de la obligación amparada con la fiducia.

De acuerdo con la Superintendencia Financiera (numeral 5.3. Título Quinto Capítulo Primero Circular Básica Jurídica), la sociedad fiduciaria se abstendrá de expedir nuevos certificados o constancias de garantía, cuando los avalúos de

los bienes dados en fiducia no se hayan actualizado en los últimos tres (3) años, por causa de la falta de suministro de recursos por parte del Fideicomitente o ante la ausencia de recursos suficientes en el fideicomiso para tales efectos.

Según clasificación de la Superintendencia Financiera, la fiducia en garantía puede presentar las siguientes modalidades:

7.4.1 Fiducia en garantía propiamente dicha

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

7.4.2 Fiducia en garantía y fuente de pagos

Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda.

Concepto 2010050325-003 del 6/10/2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

"(...) Con la expedición del Decreto 2175 de 207, recogido en la parte tercera del Decreto 2555 de 2010, se consolidó, unificó y reguló la actividad de administración de carteras colectivas, dando lugar a un contrato innominado.

8. ADMINISTRACION DE FONDOS DE INVERSION POR PARTE DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Las sociedades fiduciarias están autorizadas para la administración de los Fondos de Inversión, llamados también Carteras Colectivas, con sujeción al estatuto legal contenido en la Parte 3, Libro 1, Título 1 del, Decreto 2555 de 2010, bajo principios rectores en la gestión.

La Superintendencia Financiera, mediante Circular 54 de 2007 impartió instrucciones sobre la administración y gestión de dichas carteras colectivas, y en Concepto 2010050325-003 precisó el tipo de vinculación a las carteras colectivas mediante contrato innominado.

Las carteras colectivas o fondos de inversión son un mecanismo de captación y administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con los aportes de un número plural de inversionistas. Estos recursos son gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos.

La instrumentación de la operación bajo los parámetros establecidos en el Decreto en cita es común a la totalidad de las sociedades que se encuentran autorizadas para administrarlas, entre las que se encuentran las sociedades fiduciarias.

Ahora bien, no es posible que las Fiduciarias instrumenten esta operación por conducto de encargos fiduciarios o fiducia mercantil. Lo anterior por cuanto las normas que las facultaban para el efecto se encuentran derogadas.

En efecto, el artículo 111 del Decreto 2175 de 2007 derogó, entre otras normas los incisos 3º y 4º del numeral segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual facultaba a las sociedades fiduciarias para conformar fondos comunes ordinarios y especiales a través de contratos de fiducia de inversión o encargos fiduciarios.”

8.1. Principios rectores en la administración de las carteras colectivas por parte de las sociedades administradoras.

Los siguientes principios acompañan la gestión de las sociedades autorizadas para la administración de las Carteras Colectivas:

- a. Profesionalismo y diligencia exigible a un experto prudente en la administración de carteras colectivas, de acuerdo con la respectiva política de inversión.
- b. Los activos de la cartera conforman un patrimonio independiente y separado de los activos de la sociedad administradora
- c. Prevalencia de los intereses de los inversionistas sobre cualquier otro interés.
- d. Establecimiento de políticas y mecanismos para prevenir y administrar conflictos de interés
- e. Trato equitativo a inversionistas con características similares
- f. Gestión en las mejores condiciones posibles, teniendo en cuenta los factores relevantes. características de las operaciones.
- g. Preservación del buen funcionamiento de la cartera e integridad del mercado en general.

8.2. Aspectos comunes a los Fondos de Inversión.

Los siguientes aspectos son comunes en la administración de los Fondos de Inversión:

- a. Para su constitución la sociedad administradora debe cumplir con ciertos y determinados requisitos (artículo 3.1.3.1.1. del Decreto 2555 de 2010, entre ellos, tener la capacidad administrativa e infraestructura tecnológica y operativa para gestionar la cartera, un control interno, personal dedicado, códigos de bueno gobierno y código de

conducta para la administración.

b. Toda cartera colectiva requiere aprobación previa de la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo lo previsto por la Superintendencia Financiera de Colombia en Circular Externa 14 de 31 de marzo de 2011 en cuanto al régimen de autorización general y lo previsto para los Fondos de Capital Privado regulados por la parte 3 libro 1 Título 14 del Decreto de 2555 2010, en el sentido de que tratándose de carteras colectivas cerradas, no requieren aprobación previa para entrar en operación, pero sí remisión de su reglamento y demás documentación a dicho organismo de vigilancia, previamente a la fecha de inicio de la operación.

c. Sus activos constituyen un patrimonio independiente y separado de los activos propios de la sociedad administradora y de aquellos que ésta administra en virtud de otros negocios.

d. Cada cartera colectiva cuenta con un Reglamento de administración en el cual se contemplan los aspectos generales y particulares de la respectiva cartera, tales como su identificación, políticas de inversión, mecanismos de seguimiento y control, constitución y redención de participaciones, gastos, facultades y derechos de los inversionistas y de la Fiduciaria, asamblea de inversionistas, mecanismos de información y procedimiento para la liquidación de la cartera.

e. Su política de inversión está definida en el Reglamento y en el Prospecto de modo que los inversionistas conozcan su alcance, activos aceptables para invertir, límites por tipo de activo u operaciones, liquidez, factores de riesgo, entre otros aspectos.

f. Sobre su administración ejerce control, el revisor fiscal y el contralor normativo.

g. Las carteras colectivas deben contar con un Gerente de Cartera y un Comité de Inversión, sin perjuicio de las funciones que en la materia compete a las Juntas Directivas de las sociedades que las administran.

- h. Entre los derechos de los inversionistas está el de ejercer los derechos políticos derivados de su participación en la cartera colectiva, a través de la asamblea de inversionistas.
- i. Las sociedades administradoras suministran información sobre las carteras colectivas que administran a través del Reglamento, el Prospecto, la ficha técnica, extracto de cuenta e informe de rendición de cuentas. En el sitio Web se publican algunos de tales mecanismos de información.
- j. Las obligaciones de la sociedad administradora relacionadas con la gestión del portafolio son de medio y no de resultado.
- k. Los dineros entregados por los inversionistas a la cartera colectiva no son depósitos, ni generan para la sociedad administradora las obligaciones propias de una institución de depósito y no están amparados por el seguro de depósito del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín, ni por ninguno otro esquema de dicha naturaleza.
- l. La inversión en la cartera colectiva está sujeta a los riesgos de inversión, derivados de la evolución de los precios de los activos que componen el portafolio de la respectiva cartera colectiva.
- m. Las sociedades administradoras podrán encomendar por su cuenta y a su nombre, a otras entidades autorizadas para administrar carteras colectivas, la administración total o parcial de los activos que integren el portafolio del fondo, siempre y cuando ello haya sido previamente previsto en el respectivo reglamento. (Parágrafo artículo 3.1.9.1.2 Decreto 2555 de 2010.)

8.3. Participación de los inversionistas en una cartera colectiva.

Para tener participaciones en la cartera colectiva el inversionista debe aceptar las condiciones del Reglamento y hacer entrega efectiva de los recursos correspondientes, proporcionando la información requerida para el conocimiento del cliente y la prevención de actividades ilícitas. Los dineros entregados por los inversionistas no son depó-

sitos, ni están amparados por el seguro de depósito del Fogafin.

La sociedad administradora le expide al inversionista un documento representativo de su inversión, con el número de unidades correspondientes a su participación en la cartera colectiva.

El valor de las participaciones del inversionista dependerá de la valoración del portafolio de la cartera colectiva a precios de mercado, de acuerdo con la metodología que determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

8.4. Clasificación de las carteras colectivas en función de la redención de las participaciones.

El Decreto 2555 de 2010 establece la siguiente clasificación de las Carteras Colectivas en función de la redención de las participaciones:

Abiertas: Los inversionistas pueden redimir sus participaciones en cualquier momento, sin perjuicio de que en el reglamento se establezca un pacto de permanencia mínima para la redención, con el cobro de una penalidad por redención anticipada, la cual será un ingreso para la cartera colectiva. (Artículo 3.1.2.1.3. Decreto 2555 de 2010)

En estas carteras el documento representativo de las participaciones del inversionista, no tienen el carácter ni las prerrogativas de los títulos valores, ni se consideran valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005 y las normas que la reglamenten, modifiquen, sustituyan o deroguen.

Cerradas: La redención de la totalidad de las participaciones sólo puede realizarse al final del plazo previsto para la duración de la cartera colectiva, sin perjuicio de la posibilidad de redención parcial y anticipada y la distribución del mayor valor de la participación, en los eventos previstos en el artículo 3.1.2.1.5. Decreto 2555 de 2010

En estas carteras los derechos de participación de los inversionistas estarán representados en documentos que

tienen la calidad de valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005 y las normas que la reglamenten, modifiquen, sustituyan o deroguen.

Escalonadas: La redención de las participaciones sólo se puede realizar una vez transcurran los plazos que para el efecto se hayan determinado previamente en el reglamento. El plazo mínimo de redención de las participaciones en una cartera colectiva escalonada no podrá ser inferior a treinta (30) días comunes. (Artículo 3.1.2.1.4. Decreto 2555 de 2010)

En estas carteras los derechos de participación de los inversionistas estarán representados en documentos que tienen la calidad de valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005 y las normas que la reglamenten, modifiquen, sustituyan o deroguen.

Las carteras colectivas cerradas y escalonadas con compartimentos, cada compartimiento dará lugar a la emisión de sus propios documentos negociables. Estos documentos serán representativos de una parte alícuota sobre la cartera colectiva.

8.5. Tipos de carteras colectivas

De acuerdo con el artículo 3.1.2.1.6. del Decreto 2555 de 2010 las carteras colectivas podrán tener las siguiente tipologías:

- 1) Carteras del mercado monetario
- 2) Carteras colectivas inmobiliarias
- 3) Carteras colectivas de margen
- 4) Carteras colectivas de especulación
- 5) Carteras colectivas bursátiles.

Las Carteras colectivas bursátiles fueron objeto de regulación en el Decreto 4805 del 29 de diciembre de 2010, me-

diante el cual se adicionó el Título 15 al Libro Primero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010, así como en la Circular 19 DE 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia relacionada con la valoración de dicho Fondos 8.6. Fondos de Capital Privado.

Estos Fondos solamente pueden ser administrados por sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa de valores y sociedades administradoras de inversión, y para su constitución se requiere cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 3.1.14.1.1. y siguientes del Decreto 2555 de 2010, pero no es necesario obtener autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia. Únicamente debe allegarse a dicha Superintendencia, de manera previa, la documentación prevista en el párrafo primero de dicha norma.

Los Fondos de Capital Privado son carteras colectivas cerradas que destinen al menos las dos terceras partes (2/3) de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores- RNVE.

El régimen especial de estos Fondos se desarrolla en el Título 14, Libro 1 de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010, siéndoles aplicables otras disposiciones de dicho decreto a las cuales expresamente se haga remisión en el mismo Título XII (artículos 32, 35, 51 a 55, 57, entre otros).

9. LA FIDUCIA EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

En relación con la inversión de capital del exterior en el país, las sociedades fiduciarias están habilitadas para la administración de mecanismos legalmente autorizados que permiten la recepción de dicha inversión conforme a las modalidades contempladas por el Decreto 4800 del 29 de diciembre de 2010, que en lo que tiene que ver con negocios fiduciario precisa lo siguiente:

A. INVERSIÓN DIRECTA:

Las sociedades Fiduciarias podrán administrar inversión extranjera bajo la modalidad de inversión directa, cuando quiera que ésta se destine a:

- 1.- La adquisición de derechos o participaciones en negocios fiduciarios celebrados con Sociedades Fiduciarias sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto no se constituya en la inversión realizada en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE, las participaciones en carteras colectivas, así como en valores listados en los sistemas de cotización de valores del Exterior.
- 2.- La inversión en Fondos de Capital Privado de que trata el Título Catorce del Libro Primero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.
- 3.- La adquisición de inmuebles mediante la celebración de negocios fiduciarios o como resultado de un proceso de titularización inmobiliaria de un inmueble o de proyectos de construcción.

B. INVERSION DE PORTAFOLIO:

Las Sociedades Fiduciarias se encuentran autorizadas por el Decreto 4800 de 2010 que modificó el Artículo 3 Del Decreto 2080 de 2000, para desempeñarse como ADMINISTRADORAS de toda inversión de capital del exterior de portafolio (Parágrafo 1º del Artículo 7º del Decreto 4800 de 2010).

En consideración a la anterior autorización y como quiera que las sociedades fiduciarias ejecutan su objeto societario a través de la celebración de contratos de encargo fiduciario y fiducia mercantil, podrán administrar capital del exterior de portafolio bajo cualquiera de estas modalidades contractuales, siempre y cuando en el objeto de tales contratos se contemple expresamente que su finalidad exclusiva será la realización de inversiones en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, participaciones en carteras colectivas y en valores listados en los sistemas de cotización de valores del exterior.

El Banco de la República mediante concepto JDS-09058 de 2 de mayo de 2011, precisa la naturaleza jurídica del negocio a través del cual las sociedades fiduciarias pueden actuar como administradores de las inversiones de porta-

folio que efectúen inversionistas extranjeros.

Por otra parte, con la entrada en vigencia del Decreto 4800 de 2010 fueron eliminados de la normatividad cambiaria los Fondos de Inversión de Capital del Exterior, los cuales se encontraban previstos bajo las siguientes modalidades, permaneciendo vigentes los aprobados con anterioridad a la entrada en vigencia del citado Decreto (Artículo 10 del decreto 4800 de 2010):

- **Fondos Institucionales.** Son aquellos constituidos por una o más personas o entidades extranjeras, cuyos recursos provengan de colocaciones privadas o públicas de cuotas o unidades de participación en el exterior y cuyo objeto principal es realizar inversiones en los mercados de capitales del mundo. Para operar en Colombia su administrador local debe radicar ante la Superintendencia Financiera la documentación exigida en la ley (artículo 28 del Dcto. 2080 de 2000) y obtener Número de identificación tributaria para el fondo.

También son fondos institucionales los fondos ómnibus, los cuales se organizan como cuentas colectivas sin participación proindiviso sobre el patrimonio de inversionistas institucionales, administrados por intermediarios internacionales.

Los fondos de ADR's (American Depositary Receipt) y GDR's (Global Depositary Receipts) se consideran fondos institucionales. Estos fondos permiten a los inversionistas extranjeros, adquirir títulos en el exterior representativos de acciones o bonos convertibles en acciones de sociedades colombianas. El artículo 41 del Decreto 2080 de 2000 permanece vigente con la expedición del Decreto 4800 de 2010, y en consecuencia estos programas mantienen su vigencia bajo la regulación que sobre los mismos profiera el Banco de la República.

Para su conformación, en virtud de un contrato de fiducia, encargo fiduciario u otro contrato análogo, una sociedad vigilada por la Superintendencia Financiera recibe las referidas acciones o bonos, respecto de las cuales una entidad financiera en el exterior realiza una emisión de títulos representativos de dichos valores para ser adquiridos por inversionistas extranjeros.

El procedimiento para el registro de las inversiones de portafolio en programas de ADRs y GDRs y la redención de los títulos ADRs y GDRs, se compendia en la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del Banco de la República.

- **Fondos Individuales.** Son los fondos de personas naturales o jurídicas del exterior cuyo objeto principal no es realizar operaciones en mercados de capitales, pero que por estrategias financieras canalizan sus excesos de tesorería a inversiones en el mercado de capitales.

Para constituir este tipo de fondos no se requiere de autorización especial, solo las que establecen las normas que rigen a los administradores locales.

10. LA FIDUCIA EN EL REGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

El régimen de insolvencia empresarial es aplicable a los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, y por lo tanto pueden ser admitidos al trámite de insolvencia (Artículo 2º Ley 1116 de 2006).

La Ley 1116 de 2006 prevé los efectos que tiene en el negocio fiduciario la aceptación a un proceso de reorganización de la empresa, así como los efectos en caso de falta de acuerdo e incumplimiento, así:

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

a. Efectos de la aceptación:

- Cuando los patrimonios autónomos no desarrollen actividades empresariales, los pasivos tomados por los mismos se tendrán como pasivos tomados por cuenta del fideicomitente.
- La constitución y ejecución de fideicomisos con fines de garantía quedan sujetos a la previa autorización del juez del concurso.
- Los acreedores beneficiarios de los fideicomisos con fines de garantía se reconocen dentro del proceso como acreedores con garantía hipotecaria o prendaria.
- La ejecución de garantías fiduciarias que hagan parte de la estructura original de procesos de titularización no requiere la previa autorización del juez del proceso.
- La ejecución de garantías fiduciarias que se hayan constituido con posterioridad a la emisión de valores resultante de procesos de titularización requiere la previa autorización del juez del proceso.
- Los fideicomisos con fines distintos a servir de garantía continúan ejecutándose normalmente.
- Se mantiene el reconocimiento de los acreedores beneficiarios de los fideicomisos con fines de garantía como acreedores con garantía hipotecaria o prendaria.
- Queda suspendida la exigibilidad de garantías fiduciarias, salvo que en el acuerdo se prevea su ejecución.

b. Efectos en caso de falta de acuerdo o incumplimiento:

- Se configura la causal de liquidación inmediata.
- Se terminan los contratos no necesarios para la preservación de los activos, incluidos los contratos fiduciarios constituidos con bienes propios del deudor y para amparar obligaciones propias o ajenas.
- Los bienes objeto de dichos fideicomisos se incorporan a la masa de la liquidación y los beneficiarios serán tratados como acreedores con garantía real.
- Ante el incumplimiento del acuerdo se restablece de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías fiduciarias, a menos que el acreedor beneficiario consienta un trato distinto.
- Los fideicomisos que emiten valores o que sirven de garantía de la emisión, están excluidos de la masa del concurso.
- Los promitentes compradores vinculados a proyectos desarrollados por fideicomisos constituidos por el deudor, deben comparecer al proceso liquidatorio a solicitar la ejecución del negocio prometido.

c. Efectos en caso de liquidación judicial:

- La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios,

celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.

- La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

En relación con el efecto de la liquidación judicial frente a los negocios fiduciarios en que el fideicomitente es plural, en concepto Oficio 220-031789 de 20 de febrero de 2011, la Superintendencia de Sociedades manifestó que como autoridad administrativa no tiene competencia para intervenir en asuntos que le corresponde conocer al juez de las instancias procesales a que haya lugar.

11. INTERMEDIACION EN EL MERCADO DE VALORES

Las sociedades fiduciarias actúan como intermediarias del mercado de valores en las siguientes operaciones de intermediación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1121 de 2008, por el cual se reglamenta la actividad de intermediación en el mercado de valores:

- a. Las operaciones de adquisición y enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE, o listados en un sistema local de cotización de valores extranjeros, ejecutadas en desarrollo de contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario, que no den lugar a la vinculación del fideicomitente o del constituyente respectivo a una cartera colectiva administrada por una sociedad fiduciaria.
- b. Las operaciones de adquisición y enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema local de cotizaciones de valores extranjero, ejecutadas cuando las sociedades fiduciarias actúan en su calidad de administradoras de carteras colectivas, de fondos de pensiones voluntarias y de fondos de inversión de capital extranjero.

12. ASPECTOS PROCESALES DE LA FIDUCIA

Los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, pero sí receptores de derechos y obligaciones. Consecuente con ello, la fiduciaria actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo (Artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010), y lleva la personería del mismo en las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional para la defensa de los bienes que lo conforman, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

En este sentido el patrimonio autónomo, puede asumir a través de la fiduciaria que lo administra, la posición de demandante para la defensa de los bienes fideicomitidos, o ser demandado, o actuar como tercero interviniente en un proceso cuando por ejemplo deba oponerse a medidas que afecten los intereses o los bienes del mismo patrimonio.

Es frecuente el error de demandar a la fiduciaria como persona jurídica cuando se trata de pretender el cumplimiento de obligaciones a cargo del patrimonio autónomo, olvidando así la existencia del mismo y su condición de sujeto receptor de derechos y obligaciones, del cual actúa como vocera la respectiva fiduciaria.

Es importante resaltar los siguientes antecedentes jurisprudenciales, los cuales ofrecen claridad sobre la legitimidad en la causa de los patrimonios autónomos, en contraste con la que recae sobre la sociedad fiduciaria, cuando quiera que la pretensión se oriente a controvertir obligaciones del primero o de la segunda:

C.S de J. Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005. M.P. Silvio Fernando Trejos. Exo. 1909. Hisslap Ltda. Vs. Fiduciaria BNC (antes Fiduciaria Caldas S.A.)

C.S de J. Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de mayo de 2006. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

El Laudo Arbitral, Drug Pharmaceutical S.A. - Drug S.A.vs. Alianza Fiduciaria S.A. de marzo 23 de 2006, explica que, “tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que los patrimonios autónomos son sujetos procesales, por lo cual a ellos se ha venido aplicando analógicamente el numeral 5º del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil y,

en consecuencia, a la demanda se debe acompañar la prueba de la existencia del patrimonio autónomo como demandante o demandado y su correspondiente representación. La norma aludida permite la concurrencia al proceso, como verdaderas partes procesales, de los patrimonios autónomos representados por las fiduciarias ante las cuales se constituyen, que como es bien sabido no son personas naturales ni jurídicas, pero que a tenor de los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, antes estudiados, son sujetos de derechos y obligaciones.”