SEGUNDA EDICIÓN

ASPECTOS CONCEPTUALES DEL NEGOCIO FIDUCIARIO EN COLOMBIA

legis · Asofiduciarias

Aspectos conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia

legis

73 AÑOS DE EXPERIENCIA EN INFORMACIÓN JURÍDICO-EMPRESARIAL
BOGOTÁ – COLOMBIA

© 2025 Legis Editores S.A. 2ª edición

ISBN 978-958-797-539-0

Prohibida la reproducción parcial o total bajo cualquier forma.

Esta obra es producto de la actualización realizada
por Martha Patricia Hernández Limogni, con la colaboración de destacados
miembros del Comité Jurídico de la Asociación de Fiduciarias —Asofiduciarias—
sobre la publicación ASPECTOS CONCEPTUALES
DEL NEGOCIO FIDUCIARIO EN COLOMBIA (primera edición, 2015),
elaborada por Helena Palacios Orozco, con la colaboración de destacados
miembros del Comité Jurídico de la Asociación de Fiduciarias —Asofiduciarias—,
la cual a su vez, tuvo como antecedente la publicación
GUÍA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN COLOMBIA
(primera edición, 2011), desarrollada por Martha Patricia Hernández Limogni,
también en colaboración con el Comité Jurídico de las sociedades fiduciarias.

Esta actualización contó con la coordinación de Jaime Arango Ortiz
y Carlos Ignacio Delgado Bernal, quienes igualmente actuaron en esa virtud
para esta publicación.

LEGIS no asume responsabilidad alguna por la aplicación que el usuario
dé al contenido de esta cartilla, cuya fecha de corte de la información
incorporada fueron las normas expedidas hasta el 11 de abril de 2025.

LEGIS no absuelve consultas de carácter legal; se atiene a la norma
conjunta adoptada de tiempo atrás por la Asociación Americana de Abogados
—American Bar Association— y la Asociación de Editores de los EE. UU.,
que ordena advertir en cada edición: “Esta publicación está destinada
a proveer informaciones precisas y confiables con relación a las materias
en ella comprendidas, en el entendido de que el editor
no presta servicios de consultoría legal. Si se requieren estos servicios
debe buscarse un abogado competente”.

Prólogo

A partir del ejercicio estratégico adelantado en el año 2020, entre la Asociación de Fiduciarias y sus entidades agremiadas se trazó un propósito sectorial de largo plazo que destaca los diferentes atributos de nuestra actividad y el rol que tenemos como fiduciarios: contribuir al desarrollo sostenible del país mediante la articulación de negocios y la promoción del ahorro y la inversión. Estos objetivos implican la ejecución de las actividades gremiales de una manera más consciente en torno a las necesidades y expectativas de nuestros grupos de interés y, generar una capacidad de adaptación acorde con un entorno cambiante, en el cual se destaca el dinamismo del panorama jurídico colombiano.

En este contexto, resulta imprescindible contar con recursos que ofrezcan un análisis profundo de la normativa vigente y faciliten la comprensión y aplicación del marco legal que regula a la industria fiduciaria.

Por esta razón, presentamos la nueva edición de la **Guía Jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia**, herramienta académica construida con el apoyo de Editorial Legis, la cual, se establece como una guía actualizada y completa sobre los negocios fiduciarios en nuestro país. Esta obra ha sido diseñada con el objetivo de ofrecer a todos los interesados un compendio de conocimiento que refleje no solo las últimas normas que regulan esta materia, sino también las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de mayor relevancia en el ámbito fiduciario.

La inclusión de las más recientes regulaciones en temáticas de transversal importancia para la gestión de los negocios fiduciarios, tales como el nuevo régimen para el manejo de excedentes de liquidez, la reforma pensional, las nuevas instrucciones en materia de protección al consumidor financiero, y los aspectos tributarios de los vehículos fiduciarios, amplían significativamente el horizonte informativo de los usuarios, permitiendo un entendimiento más amplio y contextualizado de los retos y oportunidades de la industria.

A través de estas páginas, desde el enfoque de los principios de educación financiera, los lectores encontrarán herramientas útiles para la toma de decisiones informadas y para la correcta implementación de estrategias fiduciarias que se alineen con las exigencias legales y del mercado.

Esta cartilla no solo busca ser un referente en el estudio de los negocios fiduciarios, sino también un aliado en la práctica diaria de las sociedades fiduciarias. Así mismo, se espera que sea un valioso aporte para el fortalecimiento de la confianza en el sistema fiduciario colombiano y su desarrollo sostenible, al ofrecer un panorama amplio y en términos de fácil comprensión para los usuarios de la guía.

Un reconocimiento especial a Editorial Legis por su compromiso y dedicación en la difusión del conocimiento jurídico, así como a todos los colaboradores que hicieron posible la realización de esta publicación.

Germán Arce Zapata

Presidente
Asociación de Fiduciarias

I. Índice General

Cód. Int.
[§]

CAPÍTULO PRIMERO

La propiedad fiduciaria civil y el albaceazgo fiduciario

¿Qué es la propiedad fiduciaria civil? 001

¿Qué ocurre si en la constitución del fideicomiso no se designa un fiduciario o el designado falta, mientras está pendiente la condición? 002

¿Qué condición debe cumplirse para que el fideicomiso sea válido en el momento de la restitución? 003

¿Cuáles son las características de la propiedad fiduciaria civil? 004

¿Qué condiciones deben cumplirse para que la transferencia de la propiedad en un fideicomiso civil sea efectiva según la jurisprudencia? 005

¿Qué ha dicho la jurisprudencia sobre la inembargabilidad de los bienes que el deudor posee fiduciariamente? 006

¿Qué es el albaceazgo fiduciario civil? 007

¿Cuáles son los límites al encargo fiduciario? 008

¿Cuáles son los requisitos de validez del albaceazgo fiduciario? 009

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la actuación del fiduciario como albacea testamentario y como asignatario testamentario? 010

¿Cuáles son las diferencias entre la propiedad fiduciaria civil y el negocio fiduciario mercantil? 011

CAPÍTULO SEGUNDO

Negocios fiduciarios mercantiles

Generalidades

Definición, modalidades y características de los negocios fiduciarios

¿Qué se entiende por negocio fiduciario mercantil? 012

¿Cuáles son las modalidades de los negocios fiduciarios mercantiles? 013

¿Cómo se instrumentaliza el negocio fiduciario? 014

¿Cuáles son las características del negocio fiduciario? 015

	Cód. Int. [§]
¿Cuál ha sido la posición de la jurisprudencia respecto de la fiducia mercantil?	016 a 019
¿Cuál ha sido la posición de la jurisprudencia y la doctrina respecto del perfeccionamiento del contrato de fiducia mercantil?	020 y 021
¿Cómo se clasifican los negocios fiduciarios según la naturaleza de los recursos o bienes fideicomitidos o entregados?	022
¿Cuándo se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública?	023
¿Cuál es la postura de la doctrina respecto a la administración de recursos o bienes de naturaleza pública en un negocio fiduciario?	024
¿Cuál es la posición de la doctrina en cuanto a la naturaleza de los recursos públicos?	025
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia sobre la disponibilidad presupuestal y las vigencias futuras en los negocios fiduciarios?	026
¿Cuáles negocios fiduciarios están prohibidos?	027
¿Qué son los negocios fiduciarios secretos?	028
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los fideicomisos secretos?	029
¿Qué son los negocios fiduciarios que se conceden a diversas personas sucesivamente?	030
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los negocios fiduciarios sucesivos?	031

Contratos de los negocios fiduciarios

¿Qué deberes debe tener en cuenta el fiduciario al celebrar los negocios fiduciarios?	032
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre los deberes del fiduciario?	033 a 040
¿Qué cláusulas deben contener los contratos de los negocios fiduciarios?	041
¿Qué cláusulas no se pueden convenir en los negocios fiduciarios?	042
¿Qué se entiende por cláusulas abusivas?	043
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente a las cláusulas abusivas?	044 y 045
¿Qué prohibición legal debe tener en cuenta el fiduciario en la celebración de los negocios fiduciarios?	046
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia frente a la finalidad de los contratos de fiducia?	047 y 048
¿En qué eventos considera la Superintendencia Financiera que se presenta una práctica ilegal o insegura?	049
¿Qué son los contratos de adhesión y están permitidos para los negocios fiduciarios mercantiles?	050
¿Qué son los contratos de servicios fiduciarios de prestación masiva?	051
¿Cuáles son los servicios fiduciarios de prestación masiva?	052
¿Quién evalúa los modelos de contratos fiduciarios de adhesión y de prestación masiva de servicios?	053
¿En qué consiste la evaluación de la Superintendencia Financiera a los modelos de contratos fiduciarios de adhesión y prestación masiva?	054
¿Cuál ha sido la posición de la doctrina sobre los contratos de adhesión y prestación masiva de servicios?	055 y 056

Cód. Int. [§]

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de los contratos de adhesión y estandarizados? 057

¿Puede el Defensor del Consumidor Financiero revisar los contratos de adhesión y emitir su concepto sobre los mismos? 058

¿Están sujetos a evaluación los contratos fiduciarios diferentes de los contratos fiduciarios de adhesión y de prestación masiva? 059

Causales de extinción del contrato del negocio fiduciario

¿Cuáles son las causales de extinción o terminación del contrato de negocio fiduciario? 060

¿Qué ha dicho la doctrina en relación con las causales de terminación establecidas en los numerales 1º al 5º del artículo 1240 del Código de Comercio? 061

Órganos asesores y/o administradores

¿Qué son los órganos asesores y/o administradores? 062

¿Cuáles son las funciones de los comités fiduciarios y/o juntas del fideicomiso? 063

¿Cuál es alcance de las decisiones de los comités y/o juntas del fideicomiso? 064

¿Qué funciones desempeña el fiduciario en los comités y/o juntas del fideicomiso? 065

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia sobre la participación del fiduciario en los comités y/o juntas del fideicomiso? ..... 066 y 067

Conflictos de interés

PARTE I

Normas especiales para sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera

¿A quién se aplican las normas del EOSF para el conflicto de interés ocasionado por el acceso a información privilegiada? 068

Frente a un conflicto de interés, ¿qué deber tienen los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de entidades fiduciarias con acceso a información privilegiada? 069

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la evaluación previa de los posibles conflictos de interés en la celebración de negocios fiduciarios? 070

¿Qué deber tiene el fiduciario cuando tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas? 071

¿Qué se entiende por entidad vinculada o “vinculado” a la sociedad fiduciaria? 072

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al deber que tiene el fiduciario cuando tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas o vinculados? 073

¿Quiénes conforman un mismo beneficiario real? 074

¿Qué principio deben aplicar las entidades vigiladas cuando se presenten situaciones de conflictos de interés? 075

¿Qué facultad tiene la Superintendencia Financiera respecto de las entidades vigiladas que incumplan el deber de incurrir en conflicto de interés? 076

	Cód. Int. [§]
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al uso de información privilegiada de administradores del fiduciario?	077

PARTE II

Norma general para las sociedades comerciales que aplican a las sociedades fiduciarias para casos diferentes al manejo de información privilegiada

¿Cuándo hay conflicto de interés en el marco de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222/1995?	078
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre conflicto de interés?	079 y 080
¿Quiénes se consideran administradores?	081
¿Cuándo se entiende que hay conflicto de interés por interpuesta persona?	082
¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir en casos de conflictos de intereses?	083
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el procedimiento a seguir en el evento de que se suscite un conflicto de interés?	084
¿En qué eventos la Asamblea General de Accionistas pueden impartir autorizaciones generales para negocios que puedan suscitar conflicto de interés?	085
¿Qué deben hacer los administradores cuando la Asamblea General de Accionistas imparte autorizaciones generales?	086
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el procedimiento a seguir en el evento de suscitarse un conflicto de interés con autorización general?	087
¿En qué consiste el criterio de discrecionalidad empresarial de los Administradores?	088
¿Cuándo hay grupo empresarial?	089
¿Qué se entiende por unidad de propósito y dirección?	090
¿Qué ha dicho la doctrina sobre el criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores?	091
¿Cuál es la responsabilidad de los accionistas de la fiduciaria?	092
¿Cuándo el administrador incurre en conflicto de interés por interpuesta persona?	093

PARTE III

Conflicto de Interés para entidades que hacen parte de un conglomerado financiero

¿Qué se entiende por conflicto de interés?	094
¿Qué se entiende por conglomerado financiero?	095
¿Cómo está constituido el conglomerado financiero?	096
¿Qué se considera como holding financiero?	097
¿Qué se entiende cómo primer nivel de control y por vehículo de inversión?	098
¿Qué se entiende por influencia significativa?	099
¿Cuándo está una sociedad en situación de subordinación o control?	100

	Cód. Int. [§]
¿Cuándo se entiende que existe control y subordinación?	101
¿Quiénes se entienden cómo vinculados?	102
¿Son vinculados a los conglomerados financieros los patrimonios autónomos y los fondos de inversión colectiva?	103
¿Qué se entiende por beneficiario real?	104
¿La definición de vinculado al conglomerado financiero afecta la calidad de vinculados para la supervisión individual?	105
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los vinculados?	106
¿A qué órgano social del holding financiero le corresponde determinar las situaciones de conflicto de interés?	107
¿A quiénes se les aplican las directrices de la junta directiva del holding financiero y qué deben consagrar?	108
¿En qué consiste el deber de abstención o prohibición de actuación?	109
¿En qué consiste el deber de información?	110
¿En qué consiste el deber de obtener decisión?	111
¿En qué consiste el deber de revelación?	112
¿En qué consiste el deber de transparencia?	113
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia respecto de las sociedades matrices y subordinadas?	114
¿Qué se entiende por beneficiario real?	115

Cláusula compromisoria y el compromiso

¿Qué es la cláusula compromisoria?	116
¿Cuáles son las características de la cláusula compromisoria?	117
¿Es autónoma la cláusula compromisoria del contrato del cual forma parte?	118
¿Qué se requiere para que la cláusula compromisoria por documento separado produzca efectos jurídicos?	119
¿Qué es el compromiso?	120
¿Dónde debe constar el compromiso y qué debe constar?	121
¿Cuáles son las diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso?	122
¿En qué sentido se han pronunciado la jurisprudencia sobre la cláusula compromisoria y el compromiso?	123
¿Cuál es el fin de la estipulación de la cláusula?	124
¿A quiénes vincula la cláusula compromisoria en un contrato de fiducia mercantil?	125
¿Qué actos o contratos vincula la cláusula compromisoria?	126
¿Pueden vincularse terceros mediante llamamiento en garantía a la cláusula arbitral?	127
¿En qué sentido se han pronunciado la jurisprudencia?	128
¿Cuándo se extinguen o terminan los efectos de la cláusula compromisoria?	129
¿Qué ha considerado la jurisprudencia y la doctrina sobre la terminación del pacto arbitral?	130 a 132

Cód. Int. [§]

Encargo fiduciario

¿Qué es el encargo fiduciario? 133
¿Cuál es la característica del encargo fiduciario? 134
¿Cuáles son las diferencias entre el encargo fiduciario y el mandato mercantil? 135
¿Cuáles son las diferencias entre el encargo fiduciario y la fiducia mercantil? 136
¿Cuál es la normatividad aplicable al encargo fiduciario? 137

Fiducia mercantil

¿Qué es la fiducia mercantil? 138
¿Por qué se caracteriza la fiducia mercantil? 139
¿Quién es el tenedor de los bienes fideicomitidos? 140

Patrimonio autónomo

¿Qué es el patrimonio autónomo y cuál es su naturaleza jurídica? 141
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo? 142
¿Qué bienes pueden conformar el patrimonio autónomo? ..... 143 y 144
¿Cuáles son los efectos jurídicos de la constitución del patrimonio autónomo? 145
¿En qué consiste la limitación de la responsabilidad patrimonial? 146
¿Cuál ha sido la posición de la doctrina y la jurisprudencia acerca de la limitación de la responsabilidad patrimonial? ..... 147 y 148
¿Tiene personería jurídica el patrimonio autónomo? 149
¿Qué ha dicho la doctrina? ..... 150 y 151
¿Quién es el vocero del patrimonio autónomo? 152
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la representación del patrimonio autónomo? ..... 153 a 156
¿Cuál es el alcance de la vocería del patrimonio autónomo? 157
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina? ..... 158 y 159
¿Es sujeto procesal el patrimonio autónomo? 160
¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre la capacidad procesal del patrimonio autónomo? 161
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre la legitimidad por pasiva de la fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo? ..... 162 a 166

Efectos de la separación patrimonial

¿En qué consiste la exclusión de la garantía de los acreedores de la fiduciaria? 167
¿En qué consiste la exclusión de la garantía general de los acreedores del fideicomitente? 168
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina en la separación patrimonial de la fiduciaria? 169

Cód. Int. [§]

¿Pueden perseguir los acreedores anteriores al contrato de fiducia mercantil los bienes que conforman el patrimonio autónomo? 170

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia respecto a la posibilidad de que los acreedores anteriores al contrato de fiducia mercantil persigan los bienes que conforman el patrimonio autónomo? ..... 171 y 172

¿En qué consiste la exclusión de la garantía de los acreedores del beneficiario? 173

Patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales

¿Cuál su objeto? 174

¿Está sometido el patrimonio autónomo al régimen de insolvencia empresarial? 175

¿Cuáles son los supuestos de admisión al proceso de reorganización? 176

¿En qué consiste el supuesto de cesación de pagos? 177

¿En qué consiste el supuesto de incapacidad de pago inminente? 178

¿Cómo debe presentarse la solicitud de inicio del proceso de reorganización? 179

¿Qué documentos deben acompañar la solicitud de inicio del proceso de reorganización? 180

¿Ante qué autoridad se solicita el inicio del proceso de reorganización? 181

¿Cuál debe ser el plazo de cumplimiento del acuerdo de reorganización? 182

¿Quiénes son competentes para conocer del proceso de insolvencia? 183

¿Cuándo se considera que existe vinculación con los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales? 184

¿Quién está legitimado para solicitar la apertura del proceso de insolvencia? 185

¿Qué se requiere como requisito de procedibilidad para la admisión a un proceso de insolvencia de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales? 186

¿Cómo se demuestra el haber cumplido con el requisito de procedibilidad? 187

¿Quiénes son los administradores y el vocero del patrimonio autónomo en los procesos de insolvencia? 188

¿Quiénes son el deudor y el acreedor interno del patrimonio autónomo en un proceso de insolvencia? 189

Solemnidades y registro de los contratos de fiducia mercantil

¿Qué formalismos y solemnidades se requieren para la celebración de los contratos de fiducia mercantil? 190

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el registro de la transferencia de inmuebles a un fideicomiso? 191

Intervinientes en el contrato de fiducia

¿Quiénes intervienen en el contrato de fiducia? 192

El fideicomitente

¿Quién es el fideicomitente? 193

¿Cuáles son los derechos del fideicomitente? 194

¿Cuáles son las obligaciones del fideicomitente? 195

	Cód. Int. [§]
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al reembolso de gastos?	196 y 197
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al saneamiento por evicción?	198

El fiduciario

¿Quién es el fiduciario?	199
¿Quién puede ser fiduciario?	200
¿Cuáles son los derechos del fiduciario?	201
¿Cuáles son los deberes indelegables del fiduciario?	202
¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre los deberes indelegables del fiduciario?	203
¿En qué consiste la indelegabilidad de los deberes fiduciarios?	204
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina frente a la protección de los bienes fideicomitidos?	205 y 206
¿En qué consiste el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?	207
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de diligencia del fiduciario?	208
¿En qué consiste el deber de separación patrimonial?	209
¿Cuál ha sido la posición de la doctrina respecto de los bienes transferidos a título de fiducia?	210
¿En qué consiste el deber de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos?	211
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente al deber de llevar la personería?	212
¿En qué consiste el deber de pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera?	213
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al deber de pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera?	214
¿En qué consiste el deber de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario?	215
¿Qué obligación tiene el fiduciario con los bienes fideicomitidos una vez concluido el negocio fiduciario?	216
¿En qué consiste el deber de rendir cuentas?	217
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto a la rendición de cuentas de la gestión del fiduciario al fideicomitente y beneficiario?	218
¿Qué otros deberes profesionales tiene el fiduciario?	219
¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en relación con la profesionalidad y deberes de las fiduciarias?	220
¿En qué consiste el deber de información?	221
¿Qué considera la jurisprudencia frente al deber de información?	222 a 224
¿En qué consiste el deber de asesoría?	225
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y doctrina frente al deber de asesoría?	226 y 227
¿Cuál es la diferencia entre el deber de asesoría y el deber de información?	228

	Cód. Int. [§]
¿En qué consiste el deber de protección de los bienes fideicomitidos?	229
¿En qué consiste el deber de lealtad y buena fe?	230
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia frente al deber de lealtad y buena fe?	231 a 233
¿En qué consiste el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?	234
¿Qué considera la jurisprudencia sobre el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?	235
¿En qué consiste el deber de eficacia y prudencia?	236
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la Jurisprudencia respecto al deber de eficacia y prudencia?	237 y 238
¿En qué consiste el deber de previsión?	239
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia sobre el deber de previsión?	240
¿Cuáles son las causales de renuncia del fiduciario a su gestión?	241
¿Quién puede solicitar la remoción del fiduciario?	242
¿Cuáles son las causales de remoción?	243
¿Cuándo tiene el fiduciario intereses incompatibles con el beneficiario?	244
¿En qué momento se puede presentar la inhabilidad o incapacidad del fiduciario?	245
¿Cuándo se entiende que hay grave negligencia o dolo en las funciones del fiduciario?	246
¿Cuándo se considera que el fiduciario no accede a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución o a tomar las medidas de carácter conservativo que le imponga el juez?	247
¿Qué prohibiciones legales tiene el fiduciario?	248
¿Cuál es el origen de la prohibición al fiduciario de asumir obligaciones de resultado?	249
Obligaciones de medio y resultado del fiduciario	
¿Cuáles son las obligaciones de medio?	250
¿Cuáles son las obligaciones de resultado?	251
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las obligaciones de medio y no de resultado del fiduciario?	252 a 256
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre las obligaciones de medio y resultado del fiduciario?	257 a 260
Alcance de la responsabilidad del fiduciario	
¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del fiduciario?	261
¿Cuál es el fundamento jurídico de la responsabilidad del fiduciario?	262
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la responsabilidad del fiduciario?	263 a 268
El beneficiario o fideicomisario	
¿Quién es el beneficiario o fideicomisario?	269
¿El beneficiario o fideicomisario debe existir al momento de la constitución del fideicomiso?	270

	Cód. Int. [§]
¿Cuáles son los derechos del beneficiario o fideicomisario?	271
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia en relación con el beneficiario o fideicomisario?	272 a 276

CAPÍTULO TERCERO

Negocios fiduciarios con entidades estatales

Generalidades

¿Qué entidades están sometidas al régimen de contratación estatal?	277
¿Qué entidades son consideradas estatales, según la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993?	278
¿Qué clase de negocios fiduciarios pueden celebrar las entidades definidas como estatales?	279
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre el encargo fiduciario y la fiducia pública?	280 y 281
¿Cómo se instrumentaliza el negocio fiduciario con entidades definidas como estatales?	282
¿Cuál ha sido la posición de la doctrina sobre la aplicación de la legislación mercantil al encargo fiduciario público y fiducia pública?	283
¿Pueden las fiduciarias participar en procesos de contratación administrativa a través de consorcios y uniones temporales?	284
¿Qué indicaciones deben efectuar los consorcios y las uniones temporales?	285
¿Cuál es la responsabilidad de los miembros del Consorcio y de la Unión temporal?	286
¿Cuándo no pueden contratar con entidades estatales los miembros de consorcios y uniones temporales?	287
¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre los consorcios y uniones temporales?	288 a 290
¿Cuándo se perfecciona el contrato estatal?	291
¿Qué requisito se necesita para su legalización?	292
¿Qué información deben enviar las entidades estatales a las Cámaras de Comercio?	293
¿Cuáles son los requisitos para la ejecución del contrato?	294
¿Se puede ceder el contrato estatal?	295
¿Qué contratos estatales son objeto de liquidación?	295-1
¿Cuál es el plazo para la liquidación de los contratos estatales?	296
¿En qué plazo debe efectuarse la liquidación cuando no se ha indicado un término para hacerla?	297
¿Cuándo se puede liquidar unilateralmente el contrato?	298
¿Cuál es el plazo para liquidar el contrato en el evento que no se haya liquidado en el término de dos meses?	299
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre el término de liquidación de los contratos?	300 a 303

Cód. Int.
[§]

Clases de negocios fiduciarios públicos

Encargos fiduciarios públicos y fiducia pública

Generalidades

¿Qué son los encargos fiduciarios públicos? 304

¿Qué es la fiducia pública? 305

¿Cuáles son las características comunes de la fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos? 306

¿Cuáles son las diferencias entre fiducia pública y encargo fiduciario público? 307

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre encargos fiduciarios públicos y fiducia pública? ..... 308 a 312

¿Cuáles son los controles del Estado sobre la actuación de la fiduciaria? 313

¿Qué autorización especial se requiere para la administración de recursos que cubran más de una vigencia fiscal? 314

Restricciones y limitaciones legales relacionadas con la celebración de encargos fiduciarios públicos y fiducia pública

¿Qué restricciones y limitaciones legales existen en relación con la celebración de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública? 315

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las restricciones y limitaciones legales que existen en relación con la celebración de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública? ..... 316 y 317

¿Qué significa que no haya transferencia de bienes o recursos por parte de la entidad estatal a la fiduciaria? 318

¿Qué deben contener los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario público? 319

¿Qué prohibición tienen las entidades estatales en cuanto a la adjudicación de los contratos? 320

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia frente a la adjudicación de contratos a terceros en la ejecución de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública? ..... 321 y 322

¿Qué contratos de encargos fiduciarios públicos y fiducia pública no se pueden celebrar conforme a lo dispuesto en el mandato contenido en el artículo 355 de la Carta Política? 323

¿Cuál es el efecto jurídico de la celebración de contratos en contravención del mandato constitucional contenido en el artículo 355 de la Carta Política? 324

¿Qué se requiere para poder pactar que la remuneración de la fiduciaria se deduzca con cargo a los rendimientos del fideicomiso? 325

¿Qué ha dicho la doctrina y jurisprudencia sobre la imposibilidad de pactar la remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso? ..... 326 a 327-1

¿A través de qué procedimiento se selecciona la sociedad fiduciaria? 328

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el proceso de selección del fiduciario? 329

¿Cuál es el régimen fiscal, presupuestal, de interventoría y de control a la que se debe sujetar la fiduciaria seleccionada? ..... 330 y 331

	Cód. Int. [§]
¿Se pueden modificar los contratos de encargo fiduciario público y fiducia pública? ...	332
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la modificación del encargo fiduciario público y la fiducia pública? ...	333
¿Cuáles son los requisitos y límites que se deben tener en cuenta al modificar el encargo fiduciario público y la fiducia pública? ...	334
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente a los requisitos y limitaciones de la modificación del encargo fiduciario público y fiducia pública? ...	335

Fiducia mercantil celebrada con entidades públicas

¿Cuándo las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil? ...	336
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la fiducia mercantil celebrada con entidades estatales? ...	337 y 338
¿Cuáles son algunas normas legales especiales que facultan a las entidades estatales para constituir patrimonios autónomos mediante el contrato de fiducia mercantil? ...	339
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la diferencia entre los patrimonios autónomos de creación legal a partir de la celebración de un contrato de fiducia mercantil y los fondos creados por la ley? ...	340

Selección del fiduciario

¿Cuál es el procedimiento para la selección del fiduciario? ...	341
¿En qué sentido se ha pronunciado la Superintendencia Financiera sobre la contratación de sociedades fiduciarias sin la realización de licitación pública cuando se trate de contratos interadministrativos? ...	342
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la escogencia del contratista en contratos fiduciarios? ...	343

Excedentes de liquidez de las entidades estatales

Generalidades

¿Qué se entiende por excedentes de liquidez? ...	344
¿En qué fuentes se pueden originar los recursos públicos que constituyen excedentes de liquidez? ...	344-1
¿Quién es el administrador de los recursos públicos de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación? ...	344-2
¿Quién puede ser administrador delegado de los excedentes de liquidez originados en los recursos públicos de entidades estatales diferentes de la Nación que forman parte del Presupuesto General de la Nación? ...	344-3
¿Quién puede ser Administrador de Excedentes de Liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales de cualquier orden? ...	344-4
¿Qué son los Depósitos del Tesoro? ...	344-5
¿Además de la Dirección General de Crédito Público, en quién más se puede delegar la administración de recursos del Presupuesto General de la Nación? ...	344-6
¿Qué debe implementar el administrador delegado para el manejo eficiente de los recursos? ...	344-7

	Cód. Int. [§]
¿Qué dispone la normatividad vigente respecto de la permanencia en entidades financieras de los excedentes de liquidez originados en recursos del Presupuesto General de la Nación y de los establecimientos públicos?	344-8
¿A dónde deben ser reintegrados los recursos del Presupuesto General de la Nación junto con los rendimientos?	344-8A
¿Cuándo puede exigir la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional el reintegro de los recursos del Presupuesto General de la Nación junto con los rendimientos?	344-8B
¿Cuáles son los principios que se deben aplicar para la administración de excedentes de liquidez?	344-9
¿Cuáles son los lineamientos para la administración de excedentes de liquidez?	345

Entidades nacionales y descentralizadas

¿Quién es el administrador de los recursos públicos de los órganos que forman el presupuesto General de la Nación?	346
¿Quién puede ser el administrador de los excedentes de liquidez originados en recursos públicos de entidades estatales diferentes a la Nación?	346-1

Empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al noventa por ciento de su capital

¿Cuál es el régimen jurídico de los excedentes de liquidez de las empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al noventa por ciento de su capital?	347

Entidades territoriales y entidades descentralizadas del orden territorial

¿Cuál es el régimen jurídico de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital?	348
¿Qué calificación deben tener las entidades autorizadas para las inversiones admisibles de excedentes de liquidez en certificados de depósitos a término y en depósitos en cuenta corriente y de ahorros?	349
¿Cuál es el requisito de calificación que deben cumplir los emisores de las inversiones admisibles en moneda extranjera o unidades representativas de la misma?	350
¿Cuál es el requisito de calificación que debe cumplir el establecimiento de crédito de Colombia cuya sucursal en el exterior sea el administrador, depositario, o emisor de las inversiones admisibles en moneda extranjera o unidades representativas de la misma?	350-1
¿Cuál es el requisito de calificación que deben cumplir los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma, en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?	351
¿Cuál requisito de calificación debe cumplir la sociedad administradora de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?	351-1

	Cód. Int. [§]
¿Cuál requisito de calificación deben cumplir los fondos de inversión del mercado monetario en moneda extranjera o en unidades representativas de la misma en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?	351-2
¿Qué requisitos deben cumplir los fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B para que sean inversiones admisibles de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?	351-3
¿Cuál requisito de calificación debe cumplir la sociedad administradora de los fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?	351-4
Cuadro resumen de la inversión de excedentes de liquidez	352
Empresas y Sociedades Estatales del Orden Nacional con Participación Pública Superior al 90% de su capital	352-1
De las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50%	352-2

Operaciones de crédito público y conexas y operaciones de manejo de deuda pública

¿Qué son las operaciones de crédito público?	353
¿Qué operaciones se consideran asimiladas a las de crédito público?	354
¿Qué son las operaciones de manejo de la deuda pública?	355
¿Cuáles son las operaciones de manejo de la deuda pública?	356
¿Qué tipo de actos son asimilados a las operaciones de crédito público?	357
¿Cómo pueden ser las operaciones de crédito público y las asimiladas?	358
¿Qué régimen de autorización tienen las operaciones asimiladas con plazo de pago igual o inferior a un (1) año?	358-1
¿Qué requisitos se necesitan para autorizar operaciones de crédito público externas y sus asimiladas de Entidades Estatales diferentes de la Nación?	358-1A
¿Qué régimen de autorización requieren las operaciones de crédito público internas o asimiladas de la Nación, de entidades diferentes de la Nación y de entidades territoriales y sus descentralizadas?	358-2
¿Cuáles operaciones se consideran conexas a las operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas o las de manejo de la deuda pública?	359
¿Cómo se contratan las operaciones conexas?	360

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades del fiduciario

¿Cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se le aplica al fiduciario?	361
¿Cuándo se considera que el fiduciario se encuentra incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para licitar o contratar con las entidades estatales?	362
¿Qué debe hacer la sociedad fiduciaria cuando sobreviene una inhabilidad o incapacidad?	363
¿En qué eventos queda inhabilitada o incapacitada la sociedad fiduciaria al momento de licitar o de celebrar el contrato?	364

Cód. Int. [§]

¿Por cuánto tiempo se extenderá la inhabilidad o incompatibilidad? 365

¿Cuáles son las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades? 366

¿Cuáles son los efectos jurídicos de la celebración de contratos estatales con fiduciarias incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad? 367

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las inhabilidades e incompatibilidades? 368

Responsabilidad fiscal

¿Qué es el control fiscal? 369

¿Qué es la gestión fiscal? 370

¿Cuál es el objeto de la responsabilidad fiscal? 371

¿Cuáles son los efectos de la declaratoria de responsabilidad fiscal por la administración de recursos públicos y la inclusión en el boletín de responsables fiscales? 372

¿Quiénes responden solidariamente en los procesos de responsabilidad fiscal? 373

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia en relación con la imputación de responsabilidad fiscal? 374

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en relación con la solidaridad en la responsabilidad fiscal prevista en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011? 375

Responsabilidad especial de los administradores de las fiduciarias

¿Qué responsabilidad especial tienen los administradores de las fiduciarias? 376

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina respecto de la distribución de riesgos y responsabilidades de las sociedades fiduciarias y las entidades estatales como contratistas de fiducia pública y encargos fiduciarios? ..... 377 a 379

CAPÍTULO CUARTO

Fiducia de administración de procesos concursales

¿En qué consiste la modalidad de administración de procesos concursales? 380

¿Qué Sociedades Fiduciarias pueden inscribirse en la lista de promotores o de liquidadores? 381

¿Quién ejecuta el encargo de administración del proceso concursal en nombre de la fiduciaria? 382

¿Cuál es la naturaleza de los cargos de promotor y liquidador y cómo debe ser su conducta? 383

¿El promotor o liquidador puede delegar o subcontratar sus funciones o ser sustituidos? .. 384

¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del fiduciario en los negocios de administración de procesos concursales? 385

¿Cuál es el pronunciamiento doctrinal sobre la posibilidad de que las sociedades fiduciarias actúen como promotores en procesos de insolvencia según la Ley 1116 de 2006? 386

Cód. Int. [§]

Fiducia inmobiliaria

Generalidades

¿Qué es la fiducia inmobiliaria? 387

¿Qué trámite deben cumplir los contratos que suscriba el fiduciario con los inversionistas que se vinculen a proyectos inmobiliarios? 388

¿Cuáles son los deberes del fiduciario en los negocios fiduciarios inmobiliarios? 389

¿Qué debe hacer la sociedad fiduciaria, al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, al celebrar el negocio fiduciario inmobiliario? 390

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia mercantil inmobiliaria? 391

¿Cuál es régimen legal para la publicidad de los negocios de fiducia inmobiliaria? 392

¿Qué se considera como práctica insegura en los negocios de fiducia inmobiliaria? 393

Modalidades de la fiducia inmobiliaria

¿Cuáles son las modalidades de la fiducia inmobiliaria? 394

Fiducia inmobiliaria de administración y pagos

¿En qué consiste la fiducia inmobiliaria de administración y pagos? 395

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia inmobiliaria de administración y pagos y la integración del patrimonio autónomo? ..... 396 a 398

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre las etapas de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos? ..... 399 y 400

¿Quiénes participan en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos? 401

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los vinculados a proyectos inmobiliarios? 402

¿Ante qué entidades se deben presentar y radicar los documentos para anunciar y/o desarrollar la actividad de enajenación de inmuebles? 403

¿Quién puede ser el titular de la licencia de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción? 404

¿Quién debe presentar y radicar los documentos necesarios para obtener la licencia de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción? 405

Fiducia inmobiliaria de tesorería

¿Qué es la fiducia inmobiliaria de tesorería? 406

Fiducia inmobiliaria de preventas

¿Qué conlleva la fiducia inmobiliaria de preventas? 407

¿Qué aspectos debe informar y revelar el fiduciario en la fiducia inmobiliaria de preventas? 408

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia inmobiliaria de administración de preventas? ..... 409 y 410

Cód. Int. [§]

¿Qué requisito previo se requiere para adelantar obras de construcción de edificaciones o desarrollos urbanísticos? 411

¿Cuáles son los requisitos para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda se trate o no de un sistema de preventas a través de encargo fiduciario? 412

¿Cuál requisito se debe cumplir para el anuncio, promoción y desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda en el Distrito Capital de Bogotá? 413

Proyectos y programas de vivienda de interés social

¿Qué entidades pueden participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de interés social? 414

¿Qué se entiende por proyecto de vivienda de interés prioritario? 415

¿Cómo se desarrolla la distribución y ejecución de los recursos del presupuesto nacional asignados al Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) en los programas de vivienda de interés prioritario? 416

¿Qué normativa se le aplica a la selección del fiduciario y a la celebración de los contratos? 417

¿Pueden los patrimonios autónomos constituidos convocar y seleccionar los constructores para desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de vivienda interés prioritario? 418

¿Qué costos pueden asumirse con los recursos administrados por los patrimonios autónomos? 419

¿Pueden los subsidios asignados a los beneficiarios ingresar a los patrimonios autónomos constituidos? 420

¿Qué requisito debe cumplir el beneficiario para la transferencia de los subsidios familiares de vivienda en especie? 421

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la DIAN sobre el tratamiento tributario que la ley concede a la enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario cuando se aporten a patrimonios autónomos? 422

Fiducia en garantía

¿Qué es la fiducia en garantía? 423

¿Cuáles son las modalidades de la fiducia en garantía? 424

Modalidades

Fiducia en garantía

Generalidades

¿En qué consiste la fiducia en garantía propiamente dicha? 425

¿Cuáles son las características de la fiducia en garantía propiamente dicha, instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil? 426

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la fiducia en garantía propiamente dicha, instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil? ..... 427 y 428

	Cód. Int. [§]
¿En qué consiste la fiducia en garantía y fuente de pagos?	429
¿Sobre qué activos se puede constituir la fiducia en garantía?	430
¿Sobre qué activos mobiliarios amplió la Ley 1676 de 2013 la constitución de la fiducia en garantía?	431
¿Aplica a la fiducia en garantía la Ley 1676 de 2013 mediante la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias?	432
¿Pueden los contratistas y oferentes utilizar la fiducia en garantía para asegurar el cumplimiento de contratos u ofertas suscritas con una entidad estatal?	433
¿Qué tipo de activos son admisibles para conformar un patrimonio autónomo que sirve de garantía a favor de una entidad estatal?	434
¿Cuáles son las ventajas de la fiducia en garantía propiamente dicha frente a las garantías tradicionales?	435
¿Cómo es considerada la fiducia en garantía para efectos del cupo máximo individual de crédito?	436
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia respecto del deber de colaboración del beneficiario en el contrato de fiducia en garantía?	437 a 439

Gestiones previas a la celebración del contrato de fiducia en garantía propiamente dicha

¿Qué ha dicho la doctrina sobre las gestiones previas que debe realizar el fiduciario?	440
¿Quién debe practicar el avalúo de los bienes a ser transferidos para la constitución del patrimonio autónomo de la fiducia en garantía?	441
¿Qué debe prever el contrato de fiducia en garantía respecto de los avalúos?	442
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre la práctica de avalúos?	443 a 447

Gestiones del fiduciario posteriores a la celebración del contrato de fiducia en garantía propiamente dicha

¿Qué gestiones debe realizar el fiduciario una vez celebrado el contrato?	448

Actualización del avalúo

¿Cada cuánto se requiere actualizar el avalúo y con qué fin se actualiza?	449
¿Qué requisitos se deben tener en cuenta para la determinación del valor razonable del bien?	449-1

Expedición de certificados de garantía fiduciaria

¿Qué documento expide el fiduciario a los acreedores de la fiducia en garantía y en qué momento?	450
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las condiciones y requisitos de los certificados de garantía?	451
¿Cuál es la naturaleza jurídica de los certificados de garantía?	452
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la naturaleza de los certificados de garantía?	453 y 454

Cód. Int. [§]

Cobertura de la Garantía

¿En qué consiste la cobertura de la garantía? 455
¿Cómo se ha pronunciado la doctrina respecto a la cobertura de la garantía? 456

Ejecución de la Garantía

¿Cuándo debe ejecutar la garantía el fiduciario? 457
¿Qué sucede si el bien o bienes fideicomitidos no se venden dentro del plazo establecido en el contrato? 458
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre la ejecución de la garantía? ..... 459 a 462

Rendición final de la gestión y liquidación del negocio fiduciario en garantía

¿Qué gestión deberá realizar el fiduciario una vez efectuado el pago a los acreedores garantizados? 463

Fiducia en garantía y fuente de pagos

¿En qué consiste la fiducia en garantía y fuente de pagos? 464
¿Cuáles son las diferencias entre la fiducia en garantía propiamente dicha y la fiducia en garantía y fuente de pago? 465

Registro de los contratos con fines de garantía

¿Se deben registrar los contratos de fiducia con fines de garantía? 466
¿Ante qué entidades debe realizarse el registro del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía? 467
¿Qué persigue el registro de los contratos de fiducia con fines de garantía? 468
¿Qué requisito se exige para excluir de la masa de la liquidación los bienes transferidos a título de fiducia con fines de garantía? 469
¿Qué efectos tiene el registro del contrato de fiducia en garantía en la Confederación de Cámaras de Comercio, en relación con los bienes excluidos de la masa de la liquidación? 469-1
¿Se requiere también el registro mercantil para que tenga efectos ante terceros el contrato de fiducia en garantía? 470
¿Qué efectos tiene la inscripción del contrato de fiducia con fines de garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias de Confecámaras? 471
¿A quién corresponde realizar la inscripción del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía sus modificaciones, prórroga, transferencia, ejecución y terminación? 472

Aplicación del régimen de insolvencia empresarial a los negocios fiduciarios

¿Qué efecto tiene la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización? 473

Cód. Int. [§]

¿Quién puede solicitar la autorización para la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios con fines de garantía? 474

¿Qué otros negocios fiduciarios u operaciones requieren de autorización para su celebración en el proceso de reorganización? 475

¿Cuándo no se requiere autorización del juez del concurso para ejecutar fiducias mercantiles? 476

¿Qué efectos genera la admisión del deudor al proceso de insolvencia? 477

¿Cuál es el efecto del inicio del proceso de reorganización respecto de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario? 478

¿Cuáles son los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización? 479

¿Cuáles negocios fiduciarios se exceptúan de la aplicación de los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización? 480

¿Qué reglas se aplican a los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario con fines de garantía vinculados con acuerdos de reorganización? 481

¿Qué efectos tiene la apertura del proceso de liquidación judicial? 482

Fiducia de inversión

¿Qué es la fiducia de inversión? 483

¿Cómo se puede instrumentalizar el negocio fiduciario de inversión? 484

¿Cuáles son los tipos de fiducia de inversión? 485

¿Qué se considera práctica insegura de la sociedad fiduciaria en los negocios fiduciarios de inversión? 485-1

¿Qué deber tiene que cumplir el fiduciario en los negocios fiduciarios de inversión? ... 485-2

Modalidades

Fideicomisos de inversión con destinación específica

¿Cuál es la finalidad del fideicomiso de inversión con destinación específica? 486

¿Quién debe establecer la destinación de los recursos? 487

¿Puede la sociedad fiduciaria delegar la ejecución del contrato de fiducia de inversión y la administración de los recursos? 488

¿En qué evento puede la sociedad fiduciaria subcontratar un tercero para cumplir con la finalidad del contrato de fiducia de inversión? 489

Contratos de cuentas de margen

¿Qué son las cuentas de margen? 490

¿Para efectos de su clasificación, cómo son considerados los contratos de cuentas de margen? 491

¿A través de qué sistema se pueden realizar las operaciones de cuentas de margen? 492

Cód. Int. [§]

¿Cómo se pueden instrumentalizar las operaciones de cuentas de margen? 493
¿Cuál es el monto mínimo inicial de las cuentas de margen y como está conformado el cliente? 494
¿Qué es el margen? 495
¿En qué valores se pueden realizar las operaciones de cuentas de margen? 496
¿Cuáles son las obligaciones del fiduciario en desarrollo de las cuentas de margen? .. 497
¿Qué implicaciones tiene el cumplimiento de las operaciones de cuentas de margen? 498
¿Cuál es el límite para la realización de cuentas de margen? 499
¿Cuáles son las conductas prohibidas en la realización de operaciones de cuentas de margen? 500

Administración de la inversión extranjera

¿Qué es una inversión de capitales en el Exterior? 501
¿Cuáles son las clases de inversiones de capitales del exterior en Colombia? 502
¿Qué se considera inversión directa? 503
¿Qué se considera inversión de portafolio? 504
¿Están facultadas las fiduciarias para recibir inversión de capital del exterior y cómo? 505
¿Pueden los inversionistas de capitales del exterior participar en el capital de las fiduciarias? 506
¿A quién se considera inversionista de capitales del exterior? 507
¿Con qué debe contar el inversionista de capital extranjero en Colombia? 508
¿Pueden ser apoderadas las sociedades fiduciarias de la inversión de capitales del exterior de portafolio y qué deben cumplir? 508-1
¿Qué obligaciones tiene el administrador fiduciario de la inversión extranjera de portafolio? 509
¿Cuál es el régimen de transición de los Fondos de Inversión de Capital Extranjero existentes? 510

Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión

¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar los fondos mutuos de inversión o sus activos? 511
¿Cuál ha sido la posición de la doctrina frente a los fondos mutuos de inversión? 512

Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados

¿En qué consiste la fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados? 513
¿Cuáles son las modalidades de fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados? 514

Cód. Int.
[§]

Otros fondos

Fondos Voluntarios de Pensión

Generalidades

¿Qué son los fondos voluntarios de pensión? 515
¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar fondos voluntarios de pensiones? 516
¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar varios fondos voluntarios de pensión? 517
¿Quién autoriza la constitución de los fondos voluntarios de pensiones de jubilación voluntarios? 518
¿Cómo se constituyen los fondos voluntarios de pensiones? 519
¿Quiénes son los partícipes, beneficiarios y patrocinadores de los fondos voluntarios de pensiones? 520

Plan de pensiones

¿Cómo pueden ser los planes de pensión voluntaria? 521
¿Cuáles son las clases de planes voluntarios? 522
¿Quién ejerce la Supervisión de la administración del fondo voluntario de pensión? 523

Otras operaciones autorizadas

¿Qué otras operaciones han sido autorizadas a las sociedades fiduciarias? 524

Obrar como agente de transferencia y registro de valores

¿Cuál es el rol de la fiduciaria al obrar como agente de transferencia y registro de valores? 525
¿Qué ha dicho la doctrina sobre el rol de la fiduciaria como agente de transferencia y registro de valores? 526
¿Pueden las fiduciarias celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras? 527

Obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en los juzgados

¿Puede obrar la fiduciaria como síndico, curador o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado? 528

Prestar servicios de asesoría

¿Qué tipo de asesorías existen? 529
¿En qué consiste la asesoría de valores? 530
¿En qué consiste la asesoría financiera? 531
¿Cuál es el alcance del deber de asesoría de la fiduciaria en los negocios fiduciarios? 532

Cód. Int. [§]

¿Qué normatividad debe cumplir la sociedad fiduciaria cuando desarrolle la actividad de asesoría de valores? 533

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de la asesoría de valores? .. 534

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de la asesoría financiera? ... 535

Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil

¿En qué eventos pueden las sociedades fiduciarias emitir bonos? 536

¿Cuáles son las estipulaciones mínimas que debe tener el contrato de fiducia mercantil para la emisión de bonos? 537

¿Qué es una emisión sindicada de bonos? 538

¿Qué se debe cumplir para la realización de una emisión sindicada de bonos, por un número plural de entidades? 539

¿Cuáles son los requisitos para la emisión sindicada de bonos? 540

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina respecto a la emisión de bonos? 541

¿Cuáles son las condiciones que deben cumplir las sociedades fideicomitentes para emitir bonos? 542

Obrar como representante de tenedores de bonos

¿Es necesario tener un representante de los tenedores de los bonos colocados o negociados en el mercado de valores? 543

¿Pueden obrar las sociedades fiduciarias como representantes de tenedores de bonos? 544

¿Cuándo la fiduciaria se encuentra inhabilitada para obrar como representante legal de los tenedores de bonos de una emisión? 545

¿Qué situaciones se entienden generadoras de conflictos de interés y qué debe hacer el representante legal de tenedores de bonos ante su ocurrencia? 546

¿Qué debe hacer la Sociedad fiduciaria cuando en el curso de la emisión se encuentre en una situación que la inhabilite? 547

¿Quién designa al representante de los tenedores de bonos? 548

¿Qué documento deberá suscribir la fiduciaria en calidad de representante legal de los tenedores de los bonos con la entidad emisora? 549

¿Cuáles son las funciones del representante de los tenedores de bonos? 550

¿Se debe inscribir el nombramiento del representante legal de los tenedores de los bonos? 551

¿Para qué se requiere la inscripción del nombramiento del representante de los tenedores de los bonos? 552

¿Cómo se prueba la calidad de representante de los tenedores de bonos? 553

¿Cuándo procede la renuncia del representante de los tenedores? 554

¿Cuál es la responsabilidad del representante de los tenedores de los bonos? 555

Actuar como custodios de valores

¿Quién puede ejercer la actividad de custodia de valores? 556

¿Cuál es la naturaleza de la actividad de custodia de valores? 557

	Cód. Int. [§]
¿Pueden las sociedades fiduciarias ejercer la actividad de custodia?	558
¿Quién autoriza a las sociedades fiduciarias la actividad de custodia?	559
¿Puede una fiduciaria autorizada para ejercer custodio, custodiar los valores del fondo de inversión colectiva que ella misma administra?	560
¿Cuáles son los servicios obligatorios de la fiduciaria en ejercicio de la actividad de custodia?	560-1
¿Cuáles son los servicios especiales que podrá prestar la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores que hacen parte de portafolios de fondos de inversión colectiva?	561
¿Cuáles son los servicios complementarios que podrá prestar la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores?	562
¿Cuáles son las obligaciones especiales de la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores de fondos de inversión colectiva?	563
¿Cómo debe proceder la fiduciaria cuando la custodia la realice con entidades vinculadas?	564
¿La fiduciaria como custodio puede subcontratar la custodia de valores y otros activos ubicados en el exterior?	565

El negocio fiduciario en la reforma pensional

Ley 2381 de 2024

¿Pueden las fiduciarias administrar los recursos del componente de prima media del Pilar Contributivo del sistema pensional?	566
¿Pueden las Sociedades Fiduciarias administrar el componente complementario de ahorro individual del Pilar Contributivo?	567
¿Qué requisitos deben cumplir las sociedades fiduciarias para administrar el componente complementario de ahorro individual?	568
¿Quiénes eligen el revisor fiscal de Fondos de Pensiones del Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo?	569
¿Cómo están representados los (as) afiliados (as) de los Fondos de Pensiones del Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo en la Junta Directiva de la sociedad fiduciaria?	570
¿Pueden las Sociedades Fiduciarias administrar los fondos generacionales del sistema pensional?	570-1 y 570-2

CAPÍTULO QUINTO

Fondos de inversión colectiva - FIC

¿Qué son los fondos de inversión colectiva, FIC?	571
¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar fondos de inversión colectiva, FIC?	572
¿Se requiere autorización para la operación de los fondos de inversión colectiva FIC?	573
¿Qué documentación se debe aportar a la solicitud de autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, para la operación de FIC y familias de Fondos de Inversión Colectiva?	574

Cód. Int. [§]

¿Cuáles son los requisitos para la constitución y funcionamiento de los fondos de inversión colectiva, FIC o familia de fondos de inversión colectiva? 575

¿Se deben calificar los fondos de inversión colectiva, FIC? 576

¿En qué eventos es obligatorio calificar a los fondos de inversión colectiva, FIC y a la Sociedad Fiduciaria? 577

Principios a observar en la administración de los fondos de inversión FIC

¿Cuáles son los principios a tener en cuenta para la administración de los fondos de inversión colectiva, FIC? 578

¿En qué consiste la profesionalidad? 579

¿En qué consiste la segregación? 580

¿En qué consiste la prevalencia de los intereses de los inversionistas? 581

¿En qué consiste la prevención y administración de conflictos de interés? 582

¿En qué consiste el trato equitativo entre los inversionistas con características similares? 583

¿En qué consiste la preservación del buen funcionamiento del fondo de inversión e integridad de mercado en general? 584

¿En qué consiste la mejor ejecución del encargo? 585

Participaciones en los fondos de inversión colectiva, FIC

¿Cuál es el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva FIC en operación? 586

¿Cuál es el plazo para reunir el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva, FIC? 587

¿Cuál es la consecuencia jurídica de no reunirse el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva FIC en el plazo fijado? 588

¿Cuándo se constituyen las participaciones y qué documentos debe presentar la sociedad fiduciaria a su constitución? 589

¿Cuál es el límite de participación por inversionista en un fondo de inversión colectiva, FIC? 590

¿Qué son las cuentas ómnibus? 590-1

¿Cuáles son las obligaciones de los distribuidores especializados de fondos de inversión colectiva en el manejo de las cuentas ómnibus? 590-2

¿Cuándo no se aplica el límite de participación por inversionista en un fondo de inversión colectiva, FIC? 591

¿Puede haber distintos tipos de participaciones en los fondos de inversión colectiva, FIC? 592

¿Cada tipo de participación en un FIC puede otorgar derechos y obligaciones diferentes a los inversionistas que las adquieran? 593

¿Qué tipos de participaciones pueden establecer en los reglamentos de los fondos de inversión colectiva, FIC? 594

	Cód. Int. [§]
¿Pueden establecerse otros o adicionales tipos de participaciones en los reglamentos de los fondos de inversión colectiva, FIC?	595
¿Cuál es el procedimiento para la redención de las participaciones?	596
¿Cuál es la base para liquidar la redención de las participaciones con anterioridad a la vigencia del plazo?	597
¿Cuándo puede suspenderse la redención de las participaciones de los fondos de inversión colectiva?	598
¿Puede la asamblea de inversionistas del Fondo de Inversión Colectiva aprobar la suspensión de la redención de las participaciones?	599

Tipos de fondos de inversión colectiva, FIC

¿Cuáles son los tipos de fondos de inversión colectiva, FIC?	600

Fondos de inversión colectiva abiertos

¿Qué es un fondo de inversión colectiva abierto?	601
¿Cómo se representan las participaciones en los fondos de inversión colectiva abiertos?	602
¿Qué advertencia debe incluirse en los documentos, registros electrónicos o comprobantes que representen las participaciones en un fondo de inversión colectiva abierto?	603
¿Cuál es el plazo para tramitar la redención de las participaciones en los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia?	604

Fondo de inversión colectiva cerrado

¿Qué es un fondo de inversión colectiva cerrado?	605
¿Pueden los inversionistas comprometerse a suscribir participaciones a través de una promesa?	606
¿En qué están representados los derechos de participación de los inversionistas en el fondo de inversión colectiva cerrado y qué calidad tienen?	607
¿Los fondos de inversión colectiva cerrados pueden redimir parcial y anticipadamente participaciones?	608
¿En los fondos de inversión colectiva cerrados puede preverse la posibilidad de distribución del mayor valor de los aportes?	609
¿Cuándo se entienden inscritos automáticamente en el Registro Nacional de Valores y Emisores RNVE los valores emitidos por los fondos de inversión colectiva cerrados?	610
¿Pueden hacerse aportes en especie en los fondos de inversión colectiva cerrados?	611
¿Es válido que en una compraventa de participaciones de un FIC se limite el derecho del comprador a percibir las distribuciones que se encuentran pendientes de pago?	611-1
¿Los fondos de inversión colectiva cerrados pueden readquirir sus participaciones?	611-2
Cuadro resumen de las generalidades de los tipos de fondos de inversión	612

Familias de fondos de inversión colectiva, FIC

¿En qué consiste una familia de fondos de inversión colectiva?	613
¿Deben ser autorizados los demás fondos que se creen como parte de una familia de fondos de inversión colectiva?	614

Cód. Int. [§]

¿Cuáles son las condiciones para la constitución de familias de fondos de inversión colectiva? 615

¿Qué requisitos debe cumplir la familia de fondos de inversión colectiva inmobiliaria? 616

¿Qué condición establece la ley para la constitución de una familia de fondos de inversión colectiva inmobiliaria? 617

¿Cada fondo de inversión colectiva perteneciente a una familia de fondos de inversión constituye un patrimonio independiente y separado? 618

¿Cuáles son los tipos de familias de fondos de inversión colectiva, FIC? 619

¿Cuáles son las inversiones que pueden realizar las familias de fondos de inversión colectiva, inscritos en el RNVE y en fondos extranjeros? 620

¿Cuáles son las inversiones que pueden realizar las familias de fondos de inversión colectiva, inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero? . 620-1

¿Cuáles son las subcategorías de las familias de los Fondos de Inversión Colectiva inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero? 621

¿Cuáles son los valores o activos que puede incluir la Familia de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros? 622

Revelación de información y mecanismos de información

¿Cómo debe ser la revelación de la información del Fondo de inversión colectiva FIC por parte de la sociedad fiduciaria? 623

¿Cuáles son los mecanismos de revelación de la información? 624

¿Cuáles son los medios de suministro de la información? 625

¿Qué advertencia debe ser incluida en los mecanismos de información? 626

¿Qué es el reglamento y cuál debe ser su contenido? 627

¿Qué deben disponer los reglamentos de los fondos de inversión cerrados que pretendan inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE y listar en bolsas de valores o sistemas de negociación de valores? 628

¿Qué se entiende por reglamento marco de familia de fondos de inversión colectiva? . 629

¿Qué debe contener el reglamento marco de la familia de fondos de inversión colectiva? . 630

¿Quién debe aprobar la modificación del reglamento de los fondos de inversión colectiva y el marco de la familia de fondos de inversión colectiva? 631

¿Qué requisitos deben cumplir las reformas al reglamento de los fondos de inversión colectiva que impliquen afectación negativa de los derechos económicos de los inversionistas? 632

¿Qué derechos tienen los inversionistas de los fondos de inversión colectiva cerrados y abiertos con pacto de permanencia respecto de la reforma del reglamento? 633

¿Qué es el prospecto? 634

¿Cómo se debe formalizar el prospecto? 635

¿Qué es la ficha técnica y qué debe contener? 636

¿Cada cuánto debe actualizarse y publicarse la ficha técnica? 637

¿Qué contiene el extracto de cuenta? 638

	Cód. Int. [§]
¿Qué debe contener el informe de rendición de cuentas?	639
¿Con qué periodicidad debe hacer la fiduciaria el informe de rendición de cuentas?	640
¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre los mecanismos de revelación de la información?	641 y 642
¿Cuáles son los medios de suministro de los mecanismos de revelación de información?	643
¿Qué clase de obligaciones contrae el fiduciario en relación con la gestión del portafolio de los fondos?	644
¿Qué efectos comporta que las obligaciones que contrae el fiduciario, en relación con la gestión del portafolio de los fondos, sean de medio y no de resultado?	645

Políticas de inversión

¿En qué documentos debe estar definida la política de inversión del fondo de inversión colectiva?	646
¿Qué debe contener la política de inversión?	647
¿Qué debe incorporar el objeto del Fondo de Inversión Colectiva o la familia de Fondos de Inversión Colectiva?	648
¿Bajo qué circunstancias el fondo puede ajustar provisionalmente su política de inversión?	649
¿Cuáles son los activos aceptables para invertir?	650
¿Qué se entiende por operaciones de naturaleza apalancada en los fondos de inversión colectiva?	650-1
¿Cuál debe ser el contenido mínimo de la política de inversión?	651
¿Qué aspecto debe incluir la política de inversión sobre la gestión de liquidez?	652
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la responsabilidad de las sociedades fiduciarias y/o los gestores externos sobre la política de inversión?	652-1

Custodia de los valores que integran el portafolio del fondo de inversión colectiva

¿Qué bienes se entregan en custodia?	653
¿Qué entidades pueden ser custodios?	654
¿Cuáles son las obligaciones especiales del custodio de valores para los fondos de inversión colectiva?	655
¿Cómo se pueden prevenir los conflictos de interés cuando la actividad de custodia de valores se realiza con entidades vinculadas?	656

Administración de los fondos de inversión colectiva, FIC

¿Quién ejerce la administración de los fondos de inversión colectiva, FIC?	657
¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidad de la sociedad fiduciaria?	658
¿En qué consiste la actividad de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva y por quién podrá ser realizada?	659
¿Quién es el gestor externo?	660

	Cód. Int. [§]
¿La contratación de un gestor externo exime a la fiduciaria de su responsabilidad frente a los inversionistas?	661
¿Cuáles son las obligaciones del gestor externo y extranjero en la actividad de gestión del portafolio del fondo de inversión colectiva?	662
¿Cuál es la responsabilidad y el alcance de las obligaciones del gestor del portafolio del fondo de inversión colectiva?	663
¿Quién puede ser el gestor extranjero y qué deberá acreditar?	664
¿Quién es el responsable por la gestión del portafolio en caso de contratación de un gestor extranjero?	665
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el papel de asesoría de la sociedad fiduciaria como gestor externo de un FIC?	666
¿Está obligada la sociedad fiduciaria a cumplir con el deber de asesoría de valores para la distribución de fondos de inversión colectiva?	666-1
¿Qué se entiende por recomendación profesional?	666-2
¿Qué calidades debe reunir la recomendación profesional?	666-3
¿Puede la sociedad fiduciaria utilizar herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad de asesoría, incluyendo el suministro de recomendaciones profesionales?.	666-4
¿En qué se diferencia el consejo profesional de la recomendación profesional?	666-5
¿Se consideran como recomendación profesional los informes de investigación y comunicaciones generales?	666-6
¿Qué se entiende por perfil del cliente?	666-7
¿Qué se entiende por perfil del producto?	666-8
¿En el marco del deber de asesoría, cómo se clasifican los fondos de inversión colectiva y qué criterios se debe tener en cuenta para ello?	666-9
¿En qué consiste el análisis de conveniencia?	666-10
¿Qué se requiere para la distribución de fondos de inversión colectiva complejos a los clientes inversionistas?	666-11
¿Se requiere el suministro de la recomendación profesional para la distribución de fondos de inversión colectiva simples a los clientes inversionistas?	666-12
¿Es vinculante la recomendación profesional para el inversionista?	666-13
¿Cuáles son las modalidades y condiciones para el suministro de la asesoría?	666-14
¿Qué obligaciones deben cumplir los asesores?	666-15
¿Cómo se clasifican los inversionistas?	666-16
¿Qué otros tipos de clientes son categorizados como inversionista profesional?	666-17
¿Es obligatorio categorizar a los clientes?	666-18
¿En qué consiste la solicitud de protección como cliente inversionista?	666-19
¿Qué requisitos debe cumplir la sociedad fiduciaria en cuanto a la identificación, prevención, administración y revelación de los conflictos de interés que puedan afectar el desarrollo de la actividad de asesoría?	666-20
¿Cómo se compone la fuerza de ventas de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado?	667
¿La fuerza de ventas de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado tienen que cumplir con el deber de asesoría de valores?	668

	Cód. Int. [§]
¿Cuáles son las obligaciones que los promotores de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado tienen que cumplir con el deber de asesoría de valores?	669
¿Cuáles son las obligaciones del distribuidor respecto de la fuerza de ventas?	670

Órganos de los Fondos de Inversión Colectiva, FIC

¿Cuáles son los órganos de los Fondos de inversión colectiva, FIC?	671
¿Cuáles son las obligaciones de la junta directiva de la sociedad fiduciaria?	672
¿La junta directiva del gestor externo también tiene obligaciones a su cargo?	673
¿Quién ejecuta la gestión del fondo y las decisiones de inversión?	674
¿Qué funcionarios debe tener el Fondo de Inversión Colectiva?	675
¿Qué calidades tienen el gerente y el suplente del fondo?	675-1
¿Cuáles son las funciones del gerente del fondo?	676
¿Cuándo actúa el suplente del gerente del fondo?	677
¿Quién debe constituir el comité de inversiones?	678
¿Cuál es la responsabilidad del comité de inversiones?	679
¿Cómo se consideran los miembros del comité de inversiones?	680
¿Cómo deben estar conformados los comités de inversiones en los fondos de inversión colectiva, FIC?	681
¿Cuáles son las funciones del revisor fiscal?	682

Inversionistas

¿Quiénes son los inversionistas?	683
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la vinculación de una persona a un Fondo de Inversión Colectiva, FIC?	683-1
¿Cuáles son los derechos de los inversionistas?	684
¿Pueden ser inversionistas del fondo que administran o gestionan, el gestor externo o la fiduciaria?	685
¿Quiénes constituyen la asamblea?	686
¿Cuándo se reúne la asamblea?	687
¿Con qué quórum delibera la Asamblea de Inversionistas?	688
¿Cuáles son las funciones de la asamblea?	689
¿Qué mecanismos se pueden utilizar para la toma de decisiones?	690
¿Cuál es el procedimiento para realizar la consulta universal?	691
¿De qué otra forma puede hacerse la consulta universal?	692

Fusión y cesión de fondos de inversión colectiva, FIC

¿Se pueden fusionar los fondos de inversión colectiva y cuál es el procedimiento para hacerlo?	693
¿Cuándo se requiere autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para la fusión de fondos de inversión colectiva?	694

Cód. Int. [§]

¿Se pueden ceder los fondos de inversión colectiva y cuál es el procedimiento para hacerlo? 695

Liquidación de fondos de inversión

¿Cuáles son las causales de liquidación? 696

¿A quién le debe notificar la sociedad fiduciaria la presencia de alguna de las causales de liquidación del fondo? 697

¿Cuál es el procedimiento para liquidar el fondo? 698

¿Qué gestión debe realizar la sociedad fiduciaria administradora de un fondo cuyos documentos representativos de participación sean valores que estén en liquidación? ... 699

Prohibiciones y conflictos de interés

¿Cuáles son las prohibiciones aplicables a la fiduciaria como administradora de fondos de inversión colectiva? 700

¿Qué se entenderán como situaciones generadoras de conflictos de interés que deben ser administradas y reveladas por las sociedades fiduciarias? 701

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la gestión del portafolio de los gestores externos y las situaciones que pueden generar un conflicto de interés? 702

Régimen publicitario

¿Qué se entiende por programa publicitario? 703

¿Qué régimen publicitario se aplica a los fondos de inversión? 704

¿Cuáles son las prohibiciones generales respecto de la información promocional? 705

Subtipos de fondos de inversión colectiva abiertos y cerrados

¿Cuáles son los subtipos de fondos de inversión colectiva? 706

Fondos de inversión del mercado monetario

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión del mercado monetario y cómo está constituido su portafolio? 707

¿Tiene límite la participación por inversionista en el fondo de inversión colectiva del mercado monetario? 708

¿Cuál es el plazo para tramitar la redención de las participaciones en el fondo de inversión del mercado monetario? 709

Fondos de inversión colectiva inmobiliarios

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión colectiva inmobiliarios y cuál es su política de inversión? 710

¿Pueden crearse familias de fondos de inversión colectiva inmobiliarios? 711

¿En qué activos puede invertir un fondo inmobiliario? 712

	Cód. Int. [§]
¿Cómo debe manejarse la liquidez de los fondos de inversión colectiva inmobiliaria?	713
¿Cuáles son las operaciones autorizadas a los fondos de inversión colectiva inmobiliaria?	714
¿Se pueden aceptar aportes en activos en los fondos de inversión inmobiliarios?	715
¿Cómo deberá realizarse el aporte en activos admisibles?	716
¿Cuál es el tratamiento a seguir si el reglamento permite aportes en activos admisibles realizados por entidades o personas vinculadas o relacionadas con la fiduciaria o el gestor externo, si lo hubiere?	717

Fondos bursátiles

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión bursátiles?	718
¿Se les aplica la clasificación de los fondos de inversión a los fondos bursátiles?	719
¿Cómo está compuesta la unidad de creación del fondo bursátil?	720
¿Qué calidad tienen los documentos representativos de las participaciones?	721
¿Cómo pueden constituirse y redimirse las unidades de creación?	722
¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre la constitución y redención de participaciones?	723
¿Cuál es el mínimo de inversionistas de un fondo de inversión bursátil?	724
¿Cuál es la política del fondo de inversión bursátil?	725
¿Cuáles son los mecanismos de revelación de información?	726
¿Qué debe contener el reglamento?	727
¿Cuándo debe darse a conocer el prospecto a los inversionistas?	728
¿Quién debe rendir cuentas de la gestión del fondo bursátil y con qué periodicidad?	729
¿Pueden fusionarse y cederse los fondos bursátiles?	730
¿Puede subcontratar el fiduciario la administración de un fondo bursátil?	731
¿Cuáles son las obligaciones de la sociedad fiduciaria administradora del fondo bursátil y de su junta directiva?	731-1
¿Qué prohibiciones se les aplican a los fondos bursátiles?	732
¿Qué situaciones de conflictos de interés les aplican a los fondos bursátiles?	733

CAPÍTULO SEXTO

Fondos de capital privado

¿Qué es un fondo de capital privado?	734
¿A qué normatividad están sujetos los fondos de capital privado?	735
¿Cuáles son los requisitos para la constitución y funcionamiento de un fondo de capital privado?	736
¿Qué principios aplican a los fondos de capital privado?	737
¿En qué consiste el principio de profesionalidad?	738
¿En qué consiste el principio de la segregación?	739
¿En qué consiste el principio de prevalencia de los intereses de los inversionistas?	740

Cód. Int. [§]

¿En qué consiste el principio de prevención y administración de conflictos de interés? 741

¿En qué consiste el principio de trato equitativo entre los inversionistas? 742

¿En qué consiste el principio de preservación del buen funcionamiento del fondo de capital privado e integridad de mercado en general? 743

Inversionistas y participaciones

¿Cuál es el mínimo de inversionistas de un fondo de capital privado? 744

¿Cómo se constituyen las participaciones? 745

¿Se requiere un monto mínimo para constituir participaciones en el fondo de capital privado? 746

¿Cómo se representan los derechos de participación de los inversionistas en el fondo de capital privado? 747

¿Los valores representativos de las participaciones deben inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE? 748

¿Pueden existir diversos tipos de participaciones en un mismo Fondo de Capital Privado? 749

¿Es permitido que en una compraventa de participaciones de un Fondo de Capital Privado se limite el derecho del comprador a percibir las distribuciones que se encuentran pendientes de pago? 749-1

Política de inversión

¿Cuál es la política de inversión de los fondos de capital privado? 750

¿Qué deberá contemplar la política de inversión de los fondos de capital privado? 751

¿Qué se entiende por coinversión? 752

Compartimentos

¿Se pueden crear compartimentos en el fondo de capital privado? 753

¿Qué requisitos se necesitan para la creación de compartimentos en el fondo de capital privado? 754

Revelación de información

¿Cuáles son los mecanismos de revelación información de los fondos de capital privado? 755

¿Qué debe contener el reglamento? 756

¿Quién, cómo y cuándo deberá rendir cuentas de la gestión? 757

Órganos de administración

¿Qué comprende la actividad de gestión de portafolios y quién gestiona el fondo de capital privado? 758

¿Cuáles son los órganos de administración del fondo de capital privado? 759

¿Cuáles son las obligaciones de la fiduciaria y de su junta directiva en la gestión del fondo de capital privado? 760

¿Cuál es el alcance de las obligaciones de la fiduciaria como gestora de fondos de capital privado? 761

	Cód. Int. [§]
¿Puede ser inversionista del fondo de capital privado la Sociedad Fiduciaria?	761-1
¿Cuándo se deberá nombrar el Gerente del fondo de capital privado?	762
¿Cómo se consideran y qué calidades debe tener el gerente y su suplente del fondo de capital privado?	763
¿Cuáles son las funciones del gerente?	764
¿Quién debe constituir el Comité de Inversiones, cuál es su responsabilidad y cuándo se debe reunir?	765
¿Qué aspectos debe tener en cuenta el Comité de Inversiones para ejercer sus funciones?	766
¿Puede contratar la fiduciaria un gestor profesional para la administración del fondo de capital privado?	767
¿Qué responsabilidad tiene el fiduciario respecto del gestor profesional?	768
¿Quién es el responsable por las decisiones de inversión?	769
¿Cuáles son las obligaciones del gestor profesional?	770
¿Puede ser inversionista del fondo de capital privado el gestor profesional?	771
¿Es necesario que el fondo de capital privado cuente con un gerente?	772

Órganos de control

¿Cuáles son los órganos de control del fondo de capital privado?	773
¿Qué normatividad le es aplicable al revisor fiscal de la Fiduciaria respecto de los fondos de capital privado?	774
¿Cuándo no están obligadas las fiduciarias a tener defensor del consumidor financiero?	775
¿Quién ejerce la veeduría en el fondo de capital privado?	776
¿Cómo está conformado el comité de vigilancia?	777
¿Quién nombra los miembros del comité de vigilancia?	778
¿Cuáles son las funciones del comité de vigilancia?	779
¿Con qué periodicidad se debe reunir el comité de vigilancia?	780

Asamblea de inversionistas

¿Quiénes constituyen la asamblea?	781
¿Cuándo se reúne la asamblea de inversionistas?	782
¿Cuál es el quórum para deliberar y decidir?	783
¿Cuáles son las funciones de la asamblea de inversionistas?	784

Prohibiciones y situaciones de conflictos de interés aplicables a los fondos de capital privado

¿Cuáles son las prohibiciones aplicables a la sociedad fiduciaria y/o gestor profesional de los fondos de capital privado?	785
¿Cuáles son las situaciones de conflictos de interés aplicables a la sociedad fiduciaria y/o gestor profesional de los fondos de capital privado?	786
¿Cuáles son los derechos de los inversionistas?	787

Cód. Int. [§]

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de las diferencias de los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva? 787-1

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva inmobiliarios? 788

CAPÍTULO SÉPTIMO

Régimen de protección al consumidor financiero

El consumidor financiero

¿Quién es el consumidor financiero? 789

¿Quién es considerado cliente? 790

¿Quién es el usuario? 791

¿Quién es el cliente potencial? 792

¿Cuál es el propósito de un régimen especial de protección a los consumidores financieros? 793

¿Cuál es el régimen aplicable a las relaciones entre el consumidor financiero y la sociedad fiduciaria? 794

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la aplicación, en las relaciones con los consumidores financieros, del Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011? 795

¿La Superintendencia Financiera de Colombia tiene facultades jurisdiccionales en relación con los asuntos contenciosos que se susciten entre los consumidores financieros y la fiduciaria? 796

¿Cuáles controversias puede conocer la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de su facultad jurisdiccional? 797

¿Cómo se ha pronunciado la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con su función jurisdiccional? 798

¿Cuál es el procedimiento a seguir en los procesos de acción de protección de los consumidores financieros tramitados ante la Superintendencia Financiera? 799

Productos, servicios y contratos

¿Qué es un producto? 800

¿Qué es un servicio? 801

¿Cuáles son los contratos de adhesión? 802

¿Cuáles son los contratos de prestación masiva? 803

¿Qué prohíbe la ley respecto de los contratos de adhesión? 804

¿Qué exige la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con la información en los contratos de adhesión o de utilización masiva de las fiduciarias? 805

¿Qué implica la utilización de cláusulas abusivas? 806

¿De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia y respecto de las sociedades fiduciarias, cuáles cláusulas se consideran abusivas en los contratos de adhesión? 807

	Cód. Int. [§]
¿Qué se considera como prácticas abusivas?	808
¿De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia y respecto de las sociedades fiduciarias, qué otras prácticas se consideran abusivas en los contratos de adhesión?	809

Relaciones entre el consumidor financiero y las entidades fiduciarias

¿Qué principios deben regir las relaciones entre el consumidor financiero y el fiduciario?	810
¿En qué consiste el deber de diligencia?	811
¿Qué es la libertad de elección?	812
¿En qué consiste el deber de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna?	813
¿Qué responsabilidad tienen las fiduciarias en el trámite de quejas?	814
¿Qué tratamiento deben dar las fiduciarias a los conflictos de interés que surjan en sus relaciones con los consumidores financieros?	815
¿En qué consiste el principio de educación de los consumidores financieros?	816

Derechos y prácticas del consumidor financiero

¿Cuáles son los derechos de los consumidores financieros?	817
¿En qué consiste la queja o reclamo?	818
¿Pueden asociarse los consumidores financieros para defender sus derechos?	819
¿Cuáles deben ser las prácticas que deben adoptar los consumidores financieros?	820
¿Qué implica la no adopción de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros?	821
¿Qué otro deber tiene el consumidor financiero?	822

Obligaciones de las sociedades fiduciarias

¿Cuáles son las obligaciones especiales de las sociedades fiduciarias?	823

Información al consumidor financiero

¿Qué información se le debe suministrar al consumidor financiero?	824
¿Qué información se le debe suministrar al consumidor financiero en la etapa precontractual?	825
¿Qué información debe publicar la sociedad fiduciaria para consulta del consumidor financiero?	826
¿Qué información y con qué periodicidad deberá publicar la Superintendencia Financiera para conocimiento del consumidor financiero?	827
¿Cuál es la finalidad de la información divulgada y suministrada por la sociedad fiduciaria al consumidor financiero?	828
¿Cuál son los requisitos de la información que se suministre al consumidor financiero?	829
¿Cómo debe ser la difusión de la información a los consumidores financieros?	829-1
¿Qué condiciones debe cumplir la información que se suministre a través de los canales de prestación u ofrecimiento de productos o servicios?	829-2

Cód. Int. [§]

¿Qué reglas deben cumplir las entidades vigiladas a través de los sitios web? 829-3

¿Qué especificidades de la información deben suministrar las entidades vigiladas al consumidor financiero? 829-4

¿Qué información y cuándo se le debe notificar al consumidor financiero una vez celebrado el negocio fiduciario? 830

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina en relación con la educación financiera que deben ofrecer a los clientes de las entidades financieras conforme el régimen de protección al consumidor financiero? 831

Sistema de Atención al Consumidor Financiero

¿Qué sistema deben implementar las sociedades fiduciarias para la adecuada atención al consumidor financiero y por qué debe propender? 832

¿Qué debe contener el Sistema de Atención al Consumidor? 833

¿Cuáles son los elementos mínimos para la implementación del SAC? 833-1

¿Cuáles son las políticas que se deben adoptar en la implementación del SAC? 833-2

¿Cuáles son los procedimientos que se deben tener en cuenta en la implementación del SAC? 833-3

¿Qué debe contemplar el procedimiento para la atención efectiva y debida de las peticiones, quejas o reclamos que formulen los consumidores financieros? 833-4

¿Qué debe incluir la documentación para la implementación del SAC? 833-5

¿Qué se debe definir en la estructura organizacional de la entidad vigilada? 833-6

¿Cómo debe ser la infraestructura? 833-7

¿Cómo debe ser la capacitación e instrucción a los funcionarios? 833-8

¿Cuáles son las etapas del SAC? 833-9

¿Cuál es el régimen general de educación financiera que deben diseñar las entidades vigiladas? 833-10

¿Qué mecanismos debe contener el SAC para el suministro de la información a los consumidores financieros y qué aspectos deben informar las entidades vigiladas en cumplimiento de este deber? 833-11

¿De conformidad con la Superintendencia financiera, qué se entiende por debida atención y protección al consumidor financiero? 834

¿Qué deben hacer las sociedades fiduciarias para el logro del ambiente de atención, protección y respeto por el consumidor financiero? 835

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto del Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC? 836

Defensor del consumidor financiero

¿Deben las fiduciarias contar con un defensor del consumidor financiero? 837

Requisitos del defensor del consumidor financiero

¿Qué requisitos debe acreditar el defensor del consumidor financiero? 838

¿Qué criterios deben tener en cuenta las entidades vigiladas para la designación del defensor del consumidor financiero? 838-1

	Cód. Int. [§]
¿Qué información del defensor del consumidor financiero deben suministrar al público las entidades vigiladas?	838-2
¿Cómo deben ser los mecanismos de publicidad y difusión que diseñen las entidades vigiladas para suministrar la información del defensor del consumidor financiero y que deben contener?	838-3
¿Qué asuntos le corresponde conocer al defensor del consumidor financiero?	838-4
¿Qué formación debe tener el defensor del consumidor financiero?	839
¿Quién no puede ser designado como defensor del consumidor financiero?	840
¿Qué deber tienen las entidades vigiladas para el ejercicio de la función de conciliación por parte del defensor del consumidor financiero?	840-1
¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades de las entidades vigiladas en relación con el defensor del consumidor financiero?	840-2
¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los representantes legales de las entidades vigiladas en relación con el defensor del consumidor financiero?	840-3
¿Qué debe hacer el defensor del consumidor financiero en caso que se presente un conflicto de interés en el ejercicio de sus funciones?	841
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina en relación con las inhabilidades y los conflictos de interés del defensor del consumidor financiero?	842

Designación y posesión

¿Quién designa al defensor del consumidor financiero y para qué período?	843
¿Se deben posesionar el defensor del consumidor financiero principal y su suplente ante la Superintendencia Financiera de Colombia?	844
¿Puede un defensor del consumidor financiero desempeñar su función en varias sociedades fiduciarias?	845
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina sobre la posesión del defensor del consumidor financiero?	846

Registro de defensores del consumidor financiero

¿En dónde debe inscribirse el consumidor financiero para el desempeño de sus funciones?	847
¿Qué contiene el registro de defensores del consumidor financiero?	848
¿En qué evento puede la Superintendencia Financiera revocar la inscripción del defensor del consumidor financiero?	849
¿Cuál es el procedimiento para la revocatoria de la inscripción del defensor del consumidor financiero?	850
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la posesión, supervisión de las calidades del defensor del consumidor financiero y la revocatoria de la inscripción?	851

Funciones del defensor del consumidor financiero

¿Cuáles son las funciones de la defensoría del consumidor financiero?	852
¿Cuál es la competencia del defensor del consumidor financiero en la atención de quejas y cuáles las características de sus pronunciamientos, incluso en el evento de cláusulas o prácticas abusivas, o fraudes electrónicos?	853

Cód. Int. [§]

¿Qué función tiene el defensor del consumidor financiero como vocero de los consumidores financieros? 854
¿Sobre qué aspectos versarán las recomendaciones y propuestas formuladas por el defensor del consumidor financiero como vocero de los consumidores financieros? .. 854-1
¿En qué calidad actúa el defensor del consumidor financiero en desarrollo de su función de conciliador? 855
¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre la función de conciliador del defensor del consumidor financiero en la Resolución de quejas y reclamos? 856

Conciliaciones

Costo de las conciliaciones

¿Qué costo tienen las conciliaciones ante el defensor del consumidor financiero? 857

Registro del acta de conciliación

¿Se debe registrar el acta de conciliación? 858
¿En dónde se registran los casos de conciliación? 859

Competencia del defensor del consumidor financiero

¿Cuál es la competencia del defensor del consumidor financiero en desarrollo de su función de conciliación? 860
¿Qué asuntos no conoce el defensor del consumidor financiero? 861

Terminación del ejercicio de funciones como defensor del consumidor

¿Por qué causas termina el ejercicio de las funciones del defensor del consumidor? .. 862

Carácter y publicidad de las decisiones del defensor del consumidor financiero

¿Son obligatorias las decisiones que adopte el defensor del consumidor financiero? ... 863
¿Cuál es el alcance de las decisiones del defensor del consumidor financiero? 864
¿Se pueden publicar las decisiones del defensor del consumidor financiero? 865

Actuación del defensor del consumidor financiero y la fiduciaria

¿Qué deben garantizar el defensor del consumidor financiero y las sociedades fiduciarias? 866
¿Cómo deberá ser la actuación del defensor del consumidor financiero? 867
¿Quién provee los recursos al defensor del consumidor para el desarrollo de sus funciones? 868

El trámite ante el defensor del consumidor financiero como requisito de procedibilidad

¿Constituye requisito de procedibilidad el trámite ante el defensor del consumidor financiero? 869

Cód. Int.
[§]

Procedimiento para la resolución de quejas o reclamos

¿Cuál es el procedimiento para la resolución de quejas o reclamos? 870

Derecho de petición

¿Cuál es el fundamento jurídico del derecho de petición? 871
¿Qué Ley reglamentó el derecho de petición ante las organizaciones privadas? 872
¿Ante qué instituciones privadas se puede ejercer el derecho de petición? 873
¿Qué principios y reglas se aplican al derecho de petición ejercido ante los particulares? 874
¿Cuál es la naturaleza de las sociedades de servicios financieros? 875
¿Se puede ejercitar el derecho de petición ante las sociedades fiduciarias? 876
¿Cuál es el término legal para resolver el derecho de petición? 877
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia respecto al derecho de petición frente a particulares? 878

CAPÍTULO OCTAVO

Principales aspectos tributarios del negocio fiduciario

Aspectos tributarios del negocio fiduciario, de los fondos de inversión colectiva y de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez voluntarias

Principio de Transparencia Fiscal

¿Qué principio tributario se aplica al contrato de fiducia mercantil y para efectos de que impuesto? 879
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia sobre el principio de transparencia fiscal? 880

Impuestos nacionales

Impuesto de renta y complementarios

Contrato de Fiducia Mercantil

¿En cabeza de quién se gravan los ingresos originados en el contrato de fiducia mercantil para los fines del impuesto sobre la renta? 881
¿Cuándo se causan los ingresos originados en los contratos fiduciarios para los fines del impuesto sobre la renta? 882

	Cód. Int. [§]
¿Qué deben declarar los beneficiarios en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios?	883
¿Cuándo deben ser incluidos, en las declaraciones sobre la renta de los beneficiarios, los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra de los patrimonios autónomos?	884
¿En qué condiciones deben ser incluidos los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra del patrimonio autónomo en las declaraciones sobre la renta de los beneficiarios?	885
¿Qué documento debe expedir la sociedad fiduciaria a los beneficiarios para efectos de incluir los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra del patrimonio autónomo en las declaraciones sobre la de renta?	886
¿El beneficiario, fideicomitente o adherente tendrá derecho a beneficios tributarios por inversiones, donaciones, adquisiciones compra, ventas o cualquier otro concepto, en operaciones realizadas a través de un patrimonio autónomo o de un fondo de inversión de capital?	887
¿Cuál es el costo fiscal de los derechos fiduciarios?	888
¿Para efectos del impuesto sobre la renta, quién es considerado como beneficiario en el contrato de fiducia mercantil de garantía?	889
¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el beneficiario de la fiducia de garantía?	890
¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los patrimonios autónomos?	891
¿Sobre quién se causa el impuesto de renta o ganancia ocasional cuando hay transferencia de los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo?	892
¿Cuál es el tratamiento tributario que se le debe dar a las utilidades acumuladas en los fideicomisos y no distribuidas, ni abonadas en cuenta?	893
Contrato de titularización	
¿Quiénes están sujetos al impuesto de renta y complementarios en el contrato de titularización?	894
Fondos de inversión colectiva, fondos de capital privado, fondos voluntarios de pensión	
¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los fondos de inversión?	895
¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los fondos de capital privado?	896
¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los recursos de los fondos?	897
¿Son contribuyentes de impuestos, tasas y contribuciones los recursos de los pilares básico solidario, semicontributivo y contributivo?	898
¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Componente Complementario de Ahorro Individual y sus respectivos rendimientos?	898-1
¿Están obligados a presentar declaración de ingresos y patrimonio los fondos de inversión colectiva y voluntarios de pensión?	899
¿Qué información exógena deben presentar las sociedades fiduciarias respecto de los fondos que administran?	900

	Cód. Int. [§]
Obligaciones tributarias de la fiduciaria	
¿A quién le corresponde cumplir con los deberes formales tributarios del patrimonio autónomo?	901
¿Cuántas declaraciones debe presentar la sociedad fiduciaria por los patrimonios autónomos?	902
¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de las obligaciones formales de la sociedad fiduciaria?	903
¿Cómo se identifican tributariamente los patrimonios autónomos?	904
¿Qué patrimonio autónomo debe contar con un NIT individual?	905
¿Se deben inscribir los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de operaciones de comercio exterior en el RUT?	906
¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el NIT y RUT de los patrimonios autónomos?	907
¿Cuál es la responsabilidad de las sociedades fiduciarias por el no cumplimiento de las obligaciones formales?	908
¿Qué bienes puede perseguir la administración de impuestos en la acción de cobro?	909
Retención en la fuente	
¿Sobre qué conceptos la fiduciaria debe practicar retención en la fuente el fiduciario?	910
¿En qué casos debe practicar la sociedad fiduciaria la retención en la fuente?	911
¿Cuáles son los requisitos para que los contribuyentes puedan ser autorizados como autorretenedores del impuesto sobre la renta?	911-1
¿En relación con los fondos de inversión colectiva, de capital privado, fondos mutuos de inversión y otros fondos sobre qué concepto debe la fiduciaria practicar la retención en la fuente?	912
¿En qué momento la fiduciaria debe practicar la retención en la fuente sobre los rendimientos de los fondos de inversión colectiva?	913
¿Hay un tratamiento diferenciado en el caso de los fondos de capital privado?	914
¿Cuándo se practica la retención en la fuente en los fondos de capital privado?	915
¿Con qué recursos debe atender el fiduciario el pago de la retención en la fuente?	916
¿Quiénes deben responder por el pago de la retención en la fuente cuando los recursos del patrimonio autónomo no sean suficientes?	917
¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina frente a la retención en la fuente que debe practicar la fiduciaria sobre los rendimientos de las inversiones?	918
Impuesto al Valor Agregado IVA	
¿Debe presentar la fiduciaria declaración de IVA por las actividades de los patrimonios autónomos?	919
¿Con qué recursos debe atender el fiduciario el pago del IVA?	920
¿Quiénes deben responder por el pago del IVA cuando los recursos del patrimonio autónomo no sean suficientes?	921
Gravamen a los movimientos financieros, GMF	
¿Qué hechos en materia fiduciaria generan el GMF?	922

Cód. Int. [§]

¿Quién es el sujeto pasivo del gravamen? 923
¿Quién es el agente retenedor? 924
¿Cuándo se causa el GMF? 925
¿Están gravados los pagos a terceros originados en operaciones de compensación y liquidación de valores u operaciones simultáneas o transferencia temporal de valores? 926

Exenciones al GMF

¿Qué desembolsos o pagos están exentos del gravamen? 927
¿Qué traslados se encuentran exentos del gravamen? 928
¿Qué se entiende como inversión o portafolio para efectos de la exención del GMF? .. 929

Impuestos territoriales

¿Son sujetos pasivos los patrimonios autónomos de los impuestos territoriales? 930
¿Quiénes son los responsables por las obligaciones formales y sustanciales de los impuestos territoriales? 931
¿Quién es el responsable de declarar los impuestos territoriales en los consorcios o uniones temporales? 932

Tributos en el Distrito Capital

Impuesto de industria y comercio

¿Quiénes son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio en las actividades realizadas a través de patrimonios autónomos? 933
¿Quiénes son los responsables de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de las actividades desarrolladas a través de patrimonios autónomos? 934
¿Quiénes son los responsables de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de las actividades desarrolladas a través de consorcios o uniones temporales? 935
¿Quiénes son agentes retenedores del impuesto de industria y comercio por los ingresos obtenidos por el patrimonio autónomo? 936

Impuesto predial unificado

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto predial unificado respecto de predios vinculados y/o constitutivos de patrimonios autónomos? 937
¿Cómo se puede hacer efectivo el pago del impuesto predial unificado? 938
¿Qué se requiere para el otorgamiento de escrituras públicas de transferencia de dominio sobre inmuebles? 939
¿Quiénes son los responsables por las obligaciones formales y sustanciales del impuesto predial unificado en el Distrito Capital de los predios vinculados a patrimonios autónomos? 940

Impuestos sobre vehículos

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto sobre vehículos vinculados y/o constitutivos de patrimonios autónomos? 941

Cód. Int. [§]

Doctrina y jurisprudencia frente a los impuestos territoriales

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a los impuestos territoriales?... 942 a 944

Impuesto de delineación urbana

¿Quién es el sujeto activo del impuesto de delineación urbana?..... 945

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto de delineación urbana?..... 946

¿Quiénes pueden ser los titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción?..... 947

¿Cuál es la base gravable para la liquidación del impuesto de delineación urbana?..... 948

¿Quiénes deberán presentar y pagar la declaración del impuesto de delineación urbana? 949

¿Qué anticipo se debe pagar para la obtención de la licencia de delineación urbana?. 950

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia sobre pago del impuesto de delineación urbana?..... 951

Derechos notariales

¿Qué valor se tiene como cuantía en la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil? 952

¿Qué valor se tiene como cuantía en la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil en garantía y la restitución de los mismos?..... 953

¿Qué valor se tiene como cuantía en los fideicomisos de administración?..... 954

¿Cómo se procede cuando el contrato de fiducia de administración es a plazo determinado o determinable y la remuneración es periódica? 955

¿Cómo se procede cuando en el contrato de fiducia de administración la remuneración de la fiduciaria es periódica y no se fija un plazo de duración?..... 956

¿Cómo se procede cuando en el contrato de fiducia de administración la remuneración de la fiduciaria es indeterminada?..... 957

¿Cuál es valor de los derechos de la inscripción en el registro de las escrituras públicas por medio de las cuales se constituye una fiducia mercantil?..... 958

Aspectos tributarios del contrato de encargo fiduciario

¿Quién es responsable de declarar los ingresos y solicitar los costos y deducciones en el contrato de encargo fiduciario? 959

¿Qué normatividad se aplica a los encargos fiduciarios en materia de facturación?..... 960

II. Índice Alfabético-Informativo

A

ADMINISTRACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Clases, § 502
Definición, § 501
Inversión directa, § 503
Inversión de portafolio, § 504
Inversionista de capitales en el exterior, § 507
Participación del inversionista de capital extranjero, § 506

ADMINISTRACIÓN DE INVERSIONES DE FONDOS MUTUOS DE INVERSIÓN

Facultades, § 511
Posición de la doctrina, § 512

ADMINISTRADORES

Criterio de discrecionalidad empresarial, § 088
Pronunciamiento de la doctrina sobre el criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores, § 091

ALBACEAZGO FIDUCIARIO CIVIL

Definición, § 007
Pronunciamiento de la doctrina, § 010
Requisitos de validez, § 009

ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

Autorizaciones, § 086

ASESORÍA FINANCIERA

Alcance, § 532, 533
Definición, § 531
Pronunciamiento de la doctrina, § 534, 535

B

BENEFICIARIO

Definición, § 269
Derechos, § 271
Existencia al momento de la constitución del fideicomiso, § 270
Fiducia mercantil en garantía, § 889
Pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina, § 272 a 276, 890

BENEFICIARIO REAL

Definición, § 074, 104, 115

C

CLÁUSULA COMPROMISORIA

A quién vincula, § 125
Actos o contratos que vincula, § 126
Autonomía, § 118
Características, § 117
Definición, § 116
Efectos jurídicos, § 119
Extinción de los efectos, § 129
Finalidad de la cláusula, § 124
Llamamiento en garantía a terceros, § 127
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la cláusula compromisoria y el compromiso, § 123
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la vinculación del tercero llamado en garantía, § 128

COMPROMISO

Contenido del documento, § 121
Definición, § 120
Diferencias con la cláusula compromisoria, § 122

CONFLICTOS DE INTERÉS

Acceso a información privilegiada, § 068
Administradores, § 081
Asamblea de accionistas, § 085
Beneficiario real, § 074
Deber de abstención, § 109
Deber de decisión, § 111
Deber de información, § 110
Deber de los directores, representantes legales, revisores fiscales con acceso a información privilegiada, § 069
Deber de revelación, § 112
Deber de transparencia, § 113
Deber del fiduciario, § 071
Definición, § 094
En el marco del numeral 7 del artículo 223 de la Ley 222/1995, § 078
Facultades de la Superintendencia Financiera, § 076
Por interpuesta persona, § 082, 093
Principio del manejo adecuado, § 075
Procedimiento, § 083

Pronunciamiento de la doctrina sobre entidades vinculadas o vinculados, § 073
Pronunciamiento de la doctrina sobre información privilegiada, § 077
Pronunciamiento de la doctrina sobre la evaluación previa, § 070
Pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre los conflictos de interés, § 079, 080, 084, 087
Requisitos, § 666-20
Vinculados, § 072

CONGLOMERADO FINANCIERO

Calidad de vinculados, § 103
Constitución, § 096
Definición, § 095
Pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre los vinculados, § 106
Supervisión individual, § 105
Vinculados:
— definición, § 102

CONTRATACIÓN ESTATAL

Clasificación de entidades, § 278
Régimen de contratación estatal:
— entidades sometidas, § 277

CONTRATO DE ADHESIÓN

Cláusulas abusivas, § 806, 807
Definición, § 050
Doctrina sobre contratos de adhesión, § 056, 057
Evaluación por parte de la Superfinanciera, § 053, 054, 059
Información exigible en los contratos, § 805
Revisión por el defensor del consumidor financiero, § 058

CONTRATO DE CUENTAS DE MARGEN

Clasificación, § 491
Conductas prohibidas, § 500
Cumplimiento de las operaciones con recursos propios, § 498
Definición, § 490
Definición de margen, § 495
Instrumentalización, § 493
Límite para la realización, § 499
Monto mínimo inicial y conformación del cliente, § 494
Obligaciones del fiduciario, § 497
Sistemas de negociación, § 492
Valores sobre los que se puede realizar, § 496

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

Formalidades, § 190
Intervinientes, § 192

CON

Pronunciamiento jurisprudencia sobre las modificaciones al contrato de fiducia suscrito antes de la Ley 80 de 1993, § 331
Véanse BENEFICIARIO
FIDEICOMITENTE
FIDUCIA MERCANTIL
FIDUCIARIO

CONTRATO DE PRESTACIÓN MASIVA

Definición, § 051, 803
Evaluación por parte de la Superfinanciera, § 054
Posición de la doctrina sobre contratos de prestación masiva, § 055
Servicios fiduciarios de prestación masiva, § 052

CONTRATO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Causales de extinción o terminación, § 060
Cláusulas abusivas, § 043
Cláusulas que debe contener, § 041
Cláusulas que no se pueden convenir, § 042
Deberes, § 032
Posición de la doctrina en relación con las causales de terminación del negocio fiduciario, § 061
Práctica ilegal o insegura, § 049
Prohibiciones legales, § 046
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre los deberes del fiduciario, § 033 a 040
Véanse CONTRATO DE ADHESIÓN
CONTRATO DE PRESTACIÓN MASIVA
ÓRGANO ASESORE Y/O ADMINISTRADOR

CUSTODIO DE VALORES

Autorización, § 559
Con entidades vinculadas, § 564
Custodia sobre valores de los fondos de inversión colectiva, § 560
Facultad para ejercer la actividad, § 556, 558
Naturaleza, § 557
Obligaciones especiales, § 563
Servicios complementarios, § 562
Servicios especiales, § 561
Servicios obligatorios, § 560-1
Subcontratación en el exterior, § 565

D

DERECHO DE PETICIÓN

Ante instituciones privadas, § 873
Ante las sociedades fiduciarias, § 876
Fundamento jurídico, § 871, 872
Naturaleza de las sociedades de servicios financieros, § 875
Principios, § 874

Pronunciamiento jurisprudencial, § 878
Término legal para su resolución, § 877

DERECHO NOTARIAL

Cuantía del acto, § 952 a 958

E

ENCARGO FIDUCIARIO

Características, § 134
Declaración de ingresos y solicitud de costos y deducciones, § 959
Definición, § 133
Diferencias con el mandato mercantil, § 135
Diferencias con la fiducia mercantil, § 136
Facturación, § 960
Límites, § 008
Normatividad aplicable, § 137

ENCARGO FIDUCIARIO PÚBLICO

Características comunes con la fiducia pública, § 306
Contenido, § 319
Controles del estado sobre la actuación de la fiduciaria, § 313
Definición, § 304
Efecto en contravención del mandato contenido en artículo 355 de la Constitución, § 324
Mera tenencia de bienes o recursos, § 318
Modificación del contrato, § 332, 334
Pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre el encargo fiduciario y fiducia pública, § 283, 308, 309, 311, 316, 317, 321, 322
Pronunciamientos de la jurisprudencia sobre requisitos y modificaciones del encargo fiduciario público y fiducia pública, § 335
Pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, § 377, 378
Régimen fiscal, presupuestal, de interventoría y de control, § 330
Remuneración, § 325
Responsabilidad especial de los administradores, § 376
Restricciones y limitaciones legales, § 315, 323

EXCEDENTE DE LIQUIDEZ DE ENTIDADES ESTATALES

Administradores:
— de excedentes de liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales, § 344-4
— de los excedentes de liquidez originados en los recursos público, § 344-3
— de los excedentes de liquidez originados en recursos públicos de entidades estatales diferentes a la Nación, § 346-1
— de los recursos públicos de los órganos del Presupuesto General de la Nación, § 344-2, 346
— manejo eficiente de los recursos, § 344-7
Calificación:
— de entidades autorizadas para inversiones de excedentes de liquidez, § 349
— de establecimiento de crédito, § 350-1
— de la sociedad administradora de los fondos bursátiles que repliquen índice de TES clase B con excedentes de liquidez de entidades territoriales y descentralizadas con participación pública mayor al 50%, § 351-4
— de la sociedad administradora de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o unidades representativas en los que se inviertan excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas con participación pública mayor al 50%, § 351-1
— de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o unidades representativas en los que se inviertan excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas con participación pública mayor al 50%, § 351
— de los fondos de inversión del mercado monetario en moneda extranjera o en unidades representativas de la misma en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%, § 351-2
— requisito de calificación que deben cumplir los emisores de inversiones en moneda extranjera, § 350
Cuadros resumen de la inversión de excedentes de liquidez, § 352 a 352-2
Definición, § 344
Delegación de la administración de recursos del presupuesto, § 344-6
Depósitos del tesoro, § 344-5
Fuentes, § 344-1
Lineamientos para la administración, § 345
Normatividad, § 344-8
Principios, § 344-9
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre la imposibilidad de pactar remuneración, § 326 a 327-1
Régimen jurídico de los excedentes de liquidez de las empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al 90% de su capital, § 347

Régimen jurídico para entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50%, § 348
Reintegro de recursos, § 344-8A, 344-8B
Requisitos que deben cumplir los fondos bursátiles para que sean inversiones admisibles de los excedentes de liquidez, § 351-3

F

FAMILIA DE FONDOS

Autorización, § 614
Condiciones para la constitución, § 615, 617
Definición, § 613
Inversiones, § 620, 620-1
Objeto, § 648
Patrimonio, § 618
Reglamento marco:
— contenido, § 630
— definición, § 629
Requisitos, § 616
Subcategorías, § 621
Tipos de familia de fondos de inversión colectiva, § 619
Valores o activos, § 622

FIDEICOMISARIO

Véase BENEFICIARIO

FIDUCIA CON RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Definición, § 513

FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN DE PROCESOS CONCURSALES

Alcance de la responsabilidad del fiduciario, § 385
Definición, § 380
Ejecución del encargo, § 382
Promotor o liquidador:
— lista, § 381
— naturaleza de los cargos, § 383
— prohibición de delegar, § 384
Pronunciamientos de la doctrina sobre la posibilidad de que las sociedades fiduciarias actúen como promotores, § 386

FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN DE PROCESOS DE TITULARIZACIÓN

Impuesto de renta en el contrato de titularización, § 894

FIDUCIA DE INVERSIÓN

Deberes del fiduciario, § 485-2
Definición, § 483
Instrumentalización, § 484
Prácticas inseguras, § 485-1
Tipos, § 485
Véanse ADMINISTRACIÓN DE INVERSIONES DE FONDOS MUTUOS DE INVERSIÓN
FIDEICOMISO

FIDUCIA DE INVERSIÓN CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA

Definición, § 486
Delegación de la ejecución del contrato, § 488
Destinación de los recursos, § 487
Subcontratación de terceros, § 489
Véanse ADMINISTRACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA
CONTRATO DE CUENTAS MARGEN

FIDUCIA EN GARANTÍA

Aplicación del régimen de insolvencia empresarial, § 473 a 482
Definición, § 423
Véanse FIDUCIA EN GARANTÍA Y FUENTE DE PAGOS
FIDUCIA EN GARANTÍA PROPIAMENTE DICHA

FIDUCIA EN GARANTÍA PROPIAMENTE DICHA

Activos sobre los que se puede constituir, § 430
Actualización del avalúo, § 449, 449-1
Aplicación de la ley de garantías mobiliarias Ley 1676 de 2013, § 431, 432
Características, § 426
Certificados en garantía:
— naturaleza, § 452
Cobertura de la garantía, § 432, 455
Contenido del contrato, § 442
Cupo máximo individual de crédito, § 436
Definición, § 425
Ejecución de la garantía, § 457
Entrega a los acreedores, § 458
Expedición de certificados de garantía fiduciaria, § 450
Garantía para asegurar el cumplimiento de los contratos, § 433
Gestiones posteriores a la celebración del contrato, § 448
Otros aspectos tratados por la doctrina y jurisprudencia, § 440, 451, 453, 454, 456, 459 a 462, 469, 428
Práctica del avalúo, § 441

Pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la fiducia en garantía propiamente dicha, § 427
Pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre práctica de avalúos, § 443 a 447
Pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina respecto del deber de colaboración, § 437 a 439
Registro de los contratos, § 466 a 468, 469-1, 470, 471
Rendición final de la gestión y liquidación del negocio fiduciario, § 463
Ventajas, § 435

FIDUCIA EN GARANTÍA Y FUENTE DE PAGOS

Definición, § 429, 464
Diferencias con la fiducia en garantía propiamente dicha, § 464

FIDUCIA INMOBILIARIA

Deberes del fiduciario, § 389, 390
Definición, § 387
Formalidades de los contratos, § 388
Licencia de urbanización, § 404, 405
Modalidades, § 394
Práctica insegura, § 393
Pronunciamiento de la jurisprudencia, § 391
Proyectos y programas de vivienda de interés social, § 414 a 416
Régimen legal de la publicidad, § 392
Véanse FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS
FIDUCIA INMOBILIARIA DE PREVENTAS
FIDUCIA INMOBILIARIA DE TESORERÍA

FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS

Definición, § 395
Participantes, § 401
Pronunciamiento de la doctrina sobre vinculados al proyecto inmobiliario, § 402
Pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina, § 396 a 400
Radicación de documentos, § 403

FIDUCIA INMOBILIARIA DE PREVENTAS

Información a terceros, § 408
Pronunciamiento de la jurisprudencia, § 409, 410
Requisitos para adelantar obras de construcción y desarrollos urbanísticos, § 411
Requisitos para el anuncio y promoción en el Distrito Capital, § 413
Requisitos para la actividad de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda, § 412

FIDUCIA INMOBILIARIA DE TESORERÍA

Definición, § 406

FIDUCIA MERCANTIL

Beneficios tributarios, § 887
Características, § 139
Causación del impuesto de renta, § 881, 882, 883
Costo fiscal de los derechos fiduciarios, § 884 a 886, 888
Definición, § 138
Inscripción del contrato, § 472
Obligación, § 407
Posición de la doctrina sobre los fideicomisos secretos, § 029
Posición de la doctrina y la jurisprudencia sobre la finalidad de los contratos de fiducia, § 047
Selección del fiduciario, § 417
Tenedor de bienes fideicomitidos, § 140
Véanse PATRIMONIO AUTÓNOMO
PATRIMONIO AUTÓNOMO AFECTO A ACTIVIDADES EMPRESARIALES
CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

FIDUCIA MERCANTIL CELEBRADA CON ENTIDADES PÚBLICAS

Cuando se puede celebrar contrato, § 336
Pronunciamiento de la doctrina, § 337, 338

FIDUCIA PÚBLICA

Administración de recursos que cubren más de una vigencia fiscal, § 314
Consecuencias de la no transferencia de bienes o recursos ni de la constitución de un patrimonio autónomo, § 318
Contenido, § 319
Definición, § 305
Diferencias con el encargo fiduciario público, § 307
Modificación del contrato, § 332, 334
Prohibición de delegar en sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos, § 320
Pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la modificación del encargo fiduciario, § 333
Restricciones y limitaciones legales, § 315, 323
Selección de la sociedad fiduciaria, § 328

FIDEICOMISO

Tratamiento tributario a las utilidades no distribuidas, § 893
Validez, § 003

FIDEICOMITENTE

Definición, § 193
Derechos, § 194
Obligaciones, § 195
Pronunciamiento de la doctrina frente al reembolso de gastos, § 196, 197
Pronunciamiento de la doctrina frente al saneamiento por evicción, § 198
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre proceso de selección del fiduciario, § 329

FIDUCIARIO

Administradores, § 081
Ausencia del fiduciario, § 002
Calidad de fiduciario, § 200
Causales de remoción, § 242, 243
Causales de renuncia, § 241
Conflicto de intereses, § 244, 245, 701
Deber de asesoría, § 225, 666-1, 668, 669
Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad, § 207, 234
Deber de eficacia y prudencia, § 236
Deber de información, § 221
Deber de lealtad y buena fe, § 230
Deber de llevar personería, § 211
Deber de protección de los bienes fideicomitidos, § 229
Deber de protección patrimonial, § 209
Deber de rendir cuentas, § 217
Deberes, § 202, 204, 213, 215
Definición, § 199
Derechos, § 201
Diferencia del deber de asesoría con el deber de información, § 228
Fuerza de ventas, § 667, 670
Inhabilidad, § 245
Inventario de bienes, § 247
IVA, § 919 a 921
Negligencia o dolo en las funciones del fiduciario, § 246
Obligaciones, § 216
Obligaciones de medio, § 250
Obligaciones de resultado, § 251
Obligaciones tributarias, § 902, 908
Otros deberes, § 219, 239
Posición de la doctrina respecto de los bienes transferidos a título de fiducia, § 210
Prohibiciones legales, § 248, 249
Pronunciamiento de la doctrina sobre el acatamiento de instrucciones por parte del gestor fiduciario, § 253
Pronunciamiento de la doctrina sobre el deber de pedir instrucciones a la Superfinanciera, § 214
Pronunciamiento de la doctrina sobre obligaciones formales de la sociedad fiduciaria, § 903
Pronunciamiento de la doctrina sobre rendición de cuentas, § 218
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre al deber de asesoría, § 226, 227
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre el deber de eficacia y prudencia, § 237, 238
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre el deber de lealtad y buena fe, § 231 a 233
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre la responsabilidad del fiduciario, § 263 a 268
Pronunciamiento de la jurisprudencia en relación con la profesionalidad y deberes, § 220
Pronunciamiento de la jurisprudencia frente a los deberes indelegables del fiduciario, § 203
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de diligencia del fiduciario, § 208
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad, § 235
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de llevar personería, § 212
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de previsión, § 240
Pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre las obligaciones de medio y resultado, § 252, 254 a 260
Pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre los bienes fideicomitidos, § 205, 206
Pronunciamientos de la jurisprudencia sobre deber de información, § 222 a 224
Responsabilidad, § 261, 262
Responsabilidad de los accionistas, § 092
Retención en la fuente, § 910 a 917
Véase RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DEL FIDUCIARIO

FONDO DE CAPITAL PRIVADO

Asamblea de inversionistas, § 781 a 784
Clases de inversionistas, § 761-1
Coinversión, § 752
Comité de inversiones:
— constitución y responsabilidad, § 765
— funciones, § 766
Compartimentos, § 753, 754
Compraventa de participaciones, § 749-1
Conflicto de interés, § 786
Constitución, § 736
Definición, § 734
Gerente:
— calidades, § 763
— cuando no se requiere, § 772
— funciones, § 764
— nombramiento, § 762
Gestor:
— contratación, § 767
— inversionista, § 771

— obligaciones, § 770
— responsabilidad, § 768, 769
Inscripción de las participaciones, § 748
Mínimo de inversionistas, § 744, 746
Normas, § 735
Obligaciones de la fiduciaria, § 760, 761
Órganos de administración, § 758, 759
Órganos de control, § 773 a 780
Política de inversión, § 750, 751
Principios, § 737 a 743
Prohibiciones, § 785
Pronunciamiento de la doctrina, § 787-1, 788
Régimen tributario, § 896
Reglamento, § 756
Rendición de cuentas, § 757
Representación de las participaciones, § 747
Responsabilidad, § 768 y 769
Revelación de información, § 755
Tipos de participaciones, § 745, 749

FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA

Administración, § 572, 657
Análisis de conveniencia, § 666-10
Autorización, § 573, 574
Calificación, § 576, 577
Constitución:
— requisitos, § 575
Cuentas ómnibus:
— definición, § 590-1
— obligaciones de los distribuidores, § 590-2
Custodia de valores:
— bienes que se entregan en custodia, § 653
— entidades que pueden ser custodios, § 654
— obligaciones, § 655
Deber de asesoría, § 666-1, 666-9
Definición, § 571
— complejos, § 666-11
Evaluación del cliente, § 666-7
Funcionarios, § 675
Funciones del revisor fiscal, § 682
Fusión y cesión, § 693 a 695
Gestión del portafolio, § 659
Gestor externo, § 660 a 665
Inversionistas:
— asamblea, § 686 a 690
— clasificación, § 666-16, 666-17, 666-18
— consulta universal, § 691, 692
— definición, § 683
— derechos, § 787, 684
— pronunciamiento de la doctrina sobre la vinculación de una persona aun FIC, § 683-1
— requisitos, § 685
— solicitud de protección, § 666-19
Límite del monto total de los recursos administrados por la fiduciaria, § 591
Liquidación, § 696 a 699
Mecanismos de revelación de información:
— advertencia, § 626
— extracto de cuenta, § 624, 638
— ficha técnica, § 624, 636, 637
— informe de rendición de cuentas, § 624, 639, 640
— medios de información, § 625, 643
— prohibición de garantizar rentabilidad y tasas, § 644, 645
— pronunciamiento de la doctrina, § 641, 642
— prospecto, § 624, 634, 635
— reglamento, § 624, 627, 628
Modalidades y condiciones para el suministro de asesoría, § 666-14
Objeto, § 648
Obligación de los asesores, § 666-15
Operaciones de naturaleza apalancada, § 650-1
Órganos de administración y control:
— comité de inversiones, § 678 a 681
— gerente y suplente, § 674 a 677
— junta directiva, § 671
— obligaciones de la junta directiva, § 672
— obligaciones de la junta directiva del gestor externo, § 673
— obligaciones de la sociedad fiduciaria, § 658
— pronunciamientos de la doctrina sobre administración del portafolio por otra sociedad, § 666
Participaciones, § 586 a 590, 592 a 599
Perfil del producto, § 666-8
Política de inversión:
— activos aceptables, § 650
— ajuste provisional, § 649
— contenido, § 647, 651
— doctrina, § 652-1
— donde consta, § 646
— gestión de liquidez, § 652
Principios a observar en la administración:
— mejor ejecución del encargo, § 585
— preservación del buen funcionamiento del fondo, § 584
— prevalencia de los intereses de los inversionistas, § 581
— prevención y administración de conflictos de interés, § 582
— principios, § 578 a 585
— profesionalidad, § 579
— segregación, § 580
— trato equitativo entre los inversionistas, § 583
Prohibiciones a la fiduciaria, § 700
Pronunciamiento de la doctrina sobre la constitución y redención de participaciones, § 723
Pronunciamiento de la doctrina sobre la gestión del gestor externo y conflicto de intereses, § 702

Recomendación profesional:
— calidades, § 663-3
— definición, § 666-2
— diferencia con el consejo, § 666-5
— informes de investigación, § 666-6
— modalidades para el suministro de asesoría, § 666-14
— suministro, § 666-12
— uso de herramientas tecnológicas, § 664-4
— vinculación, § 666-13
Régimen publicitario, § 703 a 705
Régimen tributario, § 895, 900
Reglamento:
— contenido, § 630
— reformas, § 631, 632
Revelación de la información del FIC, § 623
Subtipos de fondos, § 706
— bursátiles, § 718 a 722, 724, 725
— del mercado monetario, § 707 a 709
— inmobiliarios, § 710 a 717
Tipos de fondos de inversión colectiva:
— abiertos, § 600 a 604
— cerrados, § 600, 605 a 612
Véanse FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVA ABIERTO
FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVA CERRADO
SUBTIPOS DE FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA

FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVA ABIERTO

Derechos, § 633
Pronunciamiento de la doctrina, § 787-1
Véase SUBTIPOS DE FONDOS DE INVERSIÓN

FONDO DE INVERSIÓN COLECTIVA CERRADO

Derechos, § 633
Véase SUBTIPOS DE FONDOS DE INVERSIÓN

FONDO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ VOLUNTARIOS O FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS

Administración de fondos, § 516
Administración de varios fondos, § 517
Autorización de la Superfinanciera, § 518
Beneficiarios, § 520
Constitución, § 519
Definición, § 515
Partícipes, § 520
Plan de pensiones, § 521, 522
Supervisión de la Superfinanciera, § 523

FONDO INMOBILIARIO

Activos en que se puede invertir, § 712

FON

G

GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS

Agente retenedor, § 924
Causación, § 925
Exenciones, § 927 a 929
Hechos generadores en materia fiduciaria, § 922
Pagos a terceros, § 926
Sujeto pasivo, § 923

GRUPO EMPRESARIAL

Definición, § 089
Pronunciamiento de la doctrina sobre sociedades matrices y subordinadas, § 114
Subordinación o control:
— casos, § 101
— definición, § 100
Unidad de propósito:
— definición, § 090

HOLDING FINANCIERO

Conflicto de interés, § 107
Definición, § 097
Directrices de la junta directiva, § 108

I

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS

No contribuyentes:
— de los pilares básicos solidario, semi-contributivo y contributivo, § 898
— recursos de los fondos de cuotas partes pensionales, § 897
— recursos de los fondos de reparto con régimen de prima media, § 897
— recursos de los fondos de solidaridad pensional, § 897
— recursos de los fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad, § 897
— sumas abonadas en cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de ahorro individual, § 898-1
Pronunciamiento de la doctrina frente a la retención en la fuente que debe practicar la fiduciaria sobre los rendimientos de las inversiones, § 918

IMPUESTOS TERRITORIALES EN EL DISTRITO CAPITAL

Impuesto de delineación urbana, § 945 a 950
Impuesto de industria y comercio, § 933 a 936

Impuesto predial unificado, § 937a 940
Impuesto sobre vehículos, § 941
Pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia, § 942 a 944, 951

INFLUENCIA SIGNIFICATIVA

Definición, § 099

INVERSIÓN EXTRANJERA

Administradores, § 509
Clases, § 502
Deber del inversionista, § 508
Facultades de las fiduciarias, § 505, 508-1
Fondos de inversión:
— régimen de transición, § 510
Inversión de capitales del exterior
— definición, § 501

N

NEGOCIO FIDUCIARIO MERCANTIL

Características, § 015
Clasificación según la naturaleza de los recursos entregados:
— privado, § 022
— público, § 022, 023
Definición, § 012
Instrumentalización, § 014
Modalidades, § 013
Negocios fiduciarios prohibidos, § 027
Negocios fiduciarios secreto, § 028
Posición de la doctrina sobre la selección del contratista, § 343
Posición de la doctrina sobre negocios fiduciarios sucesivos, § 031
Posición de la jurisprudencia respecto de la fiducia mercantil, § 016 a 019
Posición de la jurisprudencia y la doctrina respecto del perfeccionamiento del contrato de fiducia mercantil, § 020, 021, 024
Qué se concede a diversas personas sucesivamente, § 030
Véase FIDUCIA CON RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN
FIDUCIA DE INVERSIÓN
FIDUCIA EN GARANTÍA
FIDUCIA INMOBILIARIA
NEGOCIO FIDUCIARIO PRIVADO
NEGOCIO FIDUCIARIO PÚBLICO

NEGOCIO FIDUCIARIO CON ENTIDADES ESTATALES

Cámaras de Comercio:
— información, § 293
Cesión del contrato, § 295
Clases:
— encargos fiduciarios públicos, § 279
— fiducia mercantil, § 279
— fiducia pública, § 279
Instrumentalización, § 282
Legalización del contrato estatal, § 292
Liquidación del contrato, § 295-1 a 299
Participación a través de consorcios y uniones temporales, § 284 a 287
Perfeccionamiento del contrato estatal, § 291
Procedimiento de selección del fiduciario, § 341
Pronunciamiento de la doctrina sobre características de los negocios fiduciarios con entidades del Estado, § 311
Pronunciamiento de la doctrina sobre la diferencia entre encargo fiduciario público y fiducia pública, § 280, 281
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre consorcios y uniones temporales, § 288 a 290
Pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre el término de liquidación, § 300 a 303
Pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre modalidades del negocio fiduciario, § 312
Pronunciamiento sobre la contratación de sociedades fiduciarias sin licitación pública, § 342
Requisitos de ejecución del contrato, § 294
Véanse ENCARGO FIDUCIARIO PÚBLICO
EXCEDENTE DE LIQUIDEZ DE ENTIDADES ESTATALES
FIDUCIA MERCANTIL
FIDUCIA PÚBLICA
OPERACIÓN DE CRÉDITO PÚBLICO Y CONEXAS
OPERACIÓN DE MANEJO DE DEUDA PÚBLICA

NEGOCIO FIDUCIARIO EN LA REFORMA PENSIONAL - LEY 2381 DE 2024

Administración de fondos generacionales, § 570-1
Administración de recursos:
— del componente complementario de ahorro individual, § 567
— del componente de prima media del pilar contributivo, § 566
— requisitos para el componente complementario del ahorro individual, § 568
Representación:
— de los afiliados en la junta directiva del componente complementario de ahorro individual del pilar contributivo y del componente de prima media, § 570

Revisor fiscal:
— elección, § 569

NEGOCIO FIDUCIARIO PÚBLICO

Administración de recursos o bienes de naturaleza pública, § 023
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre disponibilidad presupuestal, § 026
Pronunciamientos de la doctrina sobre la naturaleza de recursos públicos, § 025

O

OPERACIÓN DE CRÉDITO PÚBLICO Y CONEXAS

Definición, § 353
Operaciones asimiladas, § 354, 357, 358, 358-1, 358-1A, 358-2
Operaciones conexas, § 359, 360

OPERACIÓN DE MANEJO DE DEUDA PÚBLICA

Clasificación, § 356
Definición, § 355

ÓRGANO ASESOR Y/O ADMINISTRADOR

Alcance de sus decisiones, § 064
Definición, § 062
Funciones de los comités fiduciarios y/o juntas del fideicomiso, § 063
Funciones del fiduciario, § 065
Pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia sobre la participación del fiduciario, § 066, 067

OTRAS OPERACIONES AUTORIZADAS

Actuar como custodios de valores, § 556
Clasificación, § 524
Emisión de bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil:
— condiciones que debe cumplir la sociedad fideicomitente, § 539, 542
— emisión sindicada, § 538, 540
— estipulaciones mínimas del contrato, § 537
— eventos en los que se pueden emitir, § 536
— pronunciamiento de la doctrina, § 541
Obrar como agente de transferencia y registro de valores:
— contratos de administración fiduciaria de cartera y de acreencias, § 527
— pronunciamiento de la doctrina, § 526
— rol de la fiduciaria, § 525
Obrar como representante de tenedores de bonos:
— designación del representante de los tenedores de bonos, § 548
— funciones, § 550
— inhabilidad de la fiduciaria, § 547
— inscripción del nombramiento del representante, § 551, 552
— prueba de la calidad de representante, § 553
— renuncia del representante, § 554
— representantes de los tenedores de bonos, § 543, 544, 545, 546
— responsabilidad del representante, § 555
— suscripción de contrato, § 549
Obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en los juzgados, § 528
Servicios de asesoría financiera:
— de valores, § 530
— financiera, § 531
— tipos de asesoría, § 529

P

PATRIMONIO AUTÓNOMO

Acreedores, § 170
Alcance de la vocería, § 157
Bienes que lo conforman, § 143, 434
Costos, § 419
Deberes tributarios, § 901
Definición, § 141
Efectos de la separación patrimonial:
— exclusión de la garantía de acreedores, § 167
— exclusión de la garantía general de acreedores, § 168, 173
Efectos jurídicos de su constitución, § 145
Identificación tributaria, § 904
Impuesto de renta cuando hay transferencia de bienes o derechos, § 892
Limitación de la responsabilidad patrimonial, § 146
Naturaleza jurídica, § 141
No contribuyentes del impuesto de renta, § 891
Normas legales especiales, § 339
NIT, § 905
Obligaciones tributarias:
— acción de cobro, § 909
Personería jurídica, § 149
Pronunciamiento de la doctrina sobre el NIT Y RUT, § 907
Pronunciamiento de la doctrina sobre el registro de la transferencia de inmuebles a un fideicomiso, § 191
Pronunciamiento de la doctrina sobre la capacidad de los patrimonios autónomos, § 151, 164, 165, 166
Pronunciamiento de la doctrina sobre la constitución del patrimonio autónomo, § 150
Pronunciamiento de la doctrina sobre la protección de los bienes fideicomitidos, § 156

Pronunciamiento de la doctrina sobre la representación del patrimonio autónomo, § 153
Pronunciamiento de la doctrina sobre la separación patrimonial de la fiduciaria, § 169
Pronunciamiento de la doctrina sobre los bienes transferidos en fiducia, § 148
Pronunciamiento de la doctrina sobre su naturaleza jurídica, § 142
Pronunciamiento de la doctrina sobre tratamiento tributario para la enajenación de vivienda de interés social, § 422
Pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre la limitación de la responsabilidad, § 144, 147
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el artículo 1238 del Código de Comercio, § 171, 172
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la capacidad procesal, § 161
Pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la diferencia entre patrimonio autónomos y fondos, § 340
Pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la vocería, § 154, 155, 158, 159, 162, 163
Responsable por impuestos territoriales a cargo, § 931, 932
RUT, § 906
Selección de constructores para programas de vivienda, § 418
Subsidios, § 420, 421
Sujeto pasivo de impuestos territoriales, § 930
Sujeto procesal, § 160
Vocero, § 152

PATRIMONIO AUTÓNOMO AFECTO A ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Administradores y voceros en proceso de insolvencia, § 188
Cesación de pagos, § 177
Incapacidad de pago inminente, § 178
Insolvencia:
— apertura del proceso de insolvencia, § 185
— competencia para conocer de proceso, § 183
— deudor y acreedor interno en un proceso, § 189
— documentos de la solicitud de apertura de proceso, § 180, 181
— requisito de procedibilidad, § 186, 187
— requisitos para el inicio del proceso de reorganización, § 179
— sometimiento al régimen, § 175
— supuestos de admisión al proceso, § 176
Objeto, § 174
Plazo de cumplimiento del acuerdo de reorganización, § 182
Vinculación, § 184

PROPIEDAD FIDUCIARIA CIVIL

Características, § 004
Definición, § 001
Diferencias con el negocio fiduciario mercantil, § 011
Pronunciamiento de la jurisprudencia, § 005, 006

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO

Cláusulas abusivas:
— prácticas abusivas, § 808, 809
Conflicto de interés, § 815, 841
Contrato de adhesión:
— definición, § 802
— derechos del consumidor financiero, § 817
— prohibiciones, § 804
Deberes del consumidor, § 822
Debida atención y protección, § 834, 835
Decisiones:
— alcance, § 864
— obligatorias, § 863
— publicación, § 865
Defensor:
— actuación, § 845, 855, 867
— competencia, § 838-4, 860, 861
— conciliación, § 840-1, 857 a 859
— deber de protección, § 835
— designación, § 838-1
— garantía, § 866
— impedimentos, § 840
— inscripción, § 847
— obligación de la fiduciaria, § 837
— recomendaciones, § 854-1
— recursos, § 868
— requisitos, § 838, 839
Defensoría:
— funciones, § 852
Definición de cliente, § 790
Definición de cliente potencial, § 792
Definición de consumidor, § 789
Definición de producto, § 800
Definición de queja o reclamo, § 818
Definición de servicio, § 801
Definición de usuario, § 791
Designación y posesión, § 838-1, 843, 844
Derecho de asociación, § 819
Documentación para la implementación del SAC, § 833-5
Entidades vigiladas:
— capacitación, § 833-8, 833-10
— información, § 838-2, 838-3
— obligaciones y responsabilidades, § 840-2
— obligaciones y responsabilidades de los representantes legales, § 840-3
— reglas, § 829-3

Facultades de la Superintendencia Financiera:
— asuntos contenciosos, § 796
— controversias, § 797
— procedimiento, § 799
Funciones, § 852, 854
Información al consumidor, § 824 a 828, 829-1, 829-2, 829-4, 830
Información del defensor del consumidor financiero, § 838-2
Libertad de elección, § 812
Obligaciones de las sociedades fiduciarias, § 823, 833-6
Prácticas de protección propia:
— enumeración, § 820
— no adopción, § 821
Principios orientadores:
— de educación, § 816
— debida diligencia, § 811
— entre el consumidor financiero y fiduciario, § 810
— responsabilidad en trámite de quejas, § 814
— transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, § 813
Procedimiento para la resolución de quejas, § 833-4, 870
Pronunciamiento de la doctrina sobre el consumidor financiero, § 795, 853
Pronunciamiento de la doctrina sobre el sistema de atención al consumidor financiero, § 836
Pronunciamiento de la doctrina sobre inhabilidades y conflictos de interés del defensor del consumidor financiero, § 842
Pronunciamiento de la doctrina sobre la educación financiera, § 831
Pronunciamiento de la doctrina sobre la función de conciliador del defensor del consumidor financiero, § 856
Pronunciamiento de la doctrina sobre las cláusulas abusivas, § 044, 045
Pronunciamiento de la doctrina sobre posesión del defensor, § 846, 851
Pronunciamiento jurisprudencial, § 798
Queja, § 818
Régimen:
— a las relaciones entre el consumidor financiero y la sociedad fiduciaria, § 794
— de protección, § 793
Registro, § 847, 848, 849
Requisitos, § 829
Requisito de procedibilidad, § 869
Revocatoria, § 850
Sistema de atención al consumidor financiero, § 832 a 833-3, 833-7, 833-9, 833-11
Terminación del ejercicio del cargo, § 862

R

RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DEL FIDUCIARIO

Aplicación, § 361
Causales, § 362
Efectos jurídicos en la contratación, § 363, 364, 365, 367
Excepciones, § 366
Pronunciamientos de la doctrina, § 368

RESPONSABILIDAD FISCAL

Definición de control fiscal, § 369
Definición de gestión fiscal, § 370
Efectos de la declaratoria, § 372
Objeto, § 371
Pronunciamiento jurisprudencial, § 374, 375
Responsabilidad solidaria, § 373

S

SEPARACIÓN PATRIMONIAL

Exclusión de la garantía de los acreedores de la fiduciaria, § 167
Exclusión de la garantía general de los acreedores del fideicomitente, § 168
Pronunciamiento de la doctrina sobre la separación patrimonial de la fiduciaria, § 169

T

TRANSPARENCIA FISCAL

Principio aplicable en materia fiduciaria, § 879
Pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina, § 880

SUBTIPOS DE FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA

Clasificación, § 706
Fondos de inversión bursátiles:
— conflictos de interés, § 733
— clasificación de los fondos de inversión, § 719
— definición, § 718
— fusión y cesión, § 730
— mínimo de inversionistas, § 724
— obligaciones del fiduciario, § 729, 731-1
— política, § 725
— prohibiciones, § 732
— reglamento, § 727
— representación de las participaciones, § 721

— revelación de información, § 726, 728
— subcontratación de la administración, § 731
— unidad de creación del fondo, § 720 a 722
Fondos de inversión del mercado monetario:
— definición, § 707
— límite de participación, § 708
— plazo para redención de participaciones, § 709
Fondos inmobiliarios:
— aportes en activos admisibles, § 716
Pronunciamiento de la doctrina sobre constitución y redención de participaciones, § 723

V

VEHÍCULO DE INVERSIÓN

Definición, § 098

Abreviaturas

abr.	Abril
Ac.	Acuerdo
ago.	Agosto
APPs	Asociaciones Público Privadas
Art., Arts.	Artículo, Artículos
Cap.	Capítulo
Carta Circ.	Carta Circular
Cas.	Casación
C.C.	Código Civil
C. Co.	Código de Comercio
C. Const.	Corte Constitucional
C.E.	Consejo de Estado
Circ.	Circular
Circ. Básica	Circular Básica
Circ. Externa	Circular Externa
Conc.	Concepto
CGP	Código General del Proceso
CPC	Código de Procedimiento Civil
CSJ	Corte Suprema de Justicia
D.	Decreto
DCF	Defensoría del Consumidor Financiero
dic.	Diciembre
DDI	Dirección Distrital de Impuestos
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
ene.	Enero
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
E.T.	Estatuto Tributario
Exp.	Expediente
feb.	Febrero
FICs	Fondos de inversión colectiva
inc., incs.	Inciso, Incisos
INFIS	Instituto de Fomento y Desarrollo del Sistema Territorial
jul.	Julio
jun.	Junio
L.	Ley
Lit.	Literal
mar.	Marzo
Mem.	Memorando
Minhacienda	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
M.P.	Magistrado Ponente
nov.	Noviembre
Num.	Numeral
oct.	Octubre
OPA	Ofertas públicas de adquisición
Pág.	Página
Par.	Parágrafo
Rad.	Radicación
Res.	Resolución
RNPMV	Registro nacional de profesionales del mercado de valores
RNVE	Registro nacional de valores y emisores
Salv. de voto	Salvamento de voto
S. Cas.	Sala de Casación
S. de Consulta	Sala de Consulta y Servicio Civil
SAC	Sistema de atención al consumidor financiero
Sec.	Sección
Sent.	Sentencia
sep.	Septiembre
SIC	Sistema de control interno
Subnum.	Subnumeral
Superbancaria	Superintendencia Bancaria
Superfinanciera	Superintendencia Financiera de Colombia
Superindustria	Superintendencia de Industria y Comercio
Supernotariado	Superintendencia de Notariado y Registro
Supersociedades	Superintendencia de Sociedades
Tít.	Título
Trib. Sup.	Tribunal Superior de Distrito Judicial

Introducción

Antecedentes en Roma y en el derecho anglosajón

La fiducia tuvo su origen en la antigua Roma, y en el derecho anglosajón, a partir de la conquista normanda de comienzos del siglo XI.

En Roma consistió en la transmisión de la propiedad de una persona a otra, con el compromiso de que esta última la devolviera cuando se cumpliera la finalidad. La transmisión de la propiedad era plena y se basaba en la confianza y en el principio de la buena fe. Dos figuras se implementaron: el *fideicomissum* y el *pactum fiduciae*.

A través del *fideicomissum* se transfería por testamento la propiedad de uno o más bienes a otra persona, con el fin de que los administrara en beneficio de la persona o personas que el testador quería favorecer y transferir la propiedad de los bienes luego de cumplida una condición o un plazo determinado. Ello en razón de las limitaciones legales que existían para heredar.

En el *pactum fiduciae* la persona a la cual se le transmitía la propiedad se obligaba a restituirla una vez se dieran unas determinadas circunstancias, tales como, el pago de una obligación garantizada con los bienes transmitidos —*fiduciae cum creditore*—, o cuando regresara el transmisor de la propiedad que se encontraba ausente por estar en la guerra o se hubiera ausentado por largo tiempo —*fiduciae cum amico*—.

En desarrollo de la fiducia y para proteger el derecho de restitución de bienes en cabeza de la persona que transmitía la propiedad, se instituyó el *actio fiduciae*, que se ejercía a través del pretor para exigir el cumplimiento de dicha obligación.

En el derecho anglosajón el *trust* tuvo su origen en los *uses*, figura que se utilizó en la época feudal, mediante la transferencia de la propiedad de tierras que una persona, *cestui to uses*, hacía a otra persona, *feoffe to use*, en beneficio del propio *cestui to use*, o de un tercero, con el compromiso de que el uso y goce de la tierra radicara en cabeza de quien la transfería, aun cuando la propiedad la tuviera el que la recibía, en virtud de la confianza y la buena fe.

En razón a la celebración del *use* se originaba una doble propiedad, una legal, cuyo titular era quién recibía las tierras, y que se regía por la ley del *Common Law* y la otra, la del beneficiario del *use*, en equidad, *equity law*, protegida por los cancilleres, en su mayoría eclesiásticos, mediante el procedimiento de *subpoeme*.

La figura se expandió por las cargas que soportaba la tierra a favor del rey o los *landlords*, el impedimento de las comunidades religiosas de poseer bienes de acuerdo al estatuto de manos muertas y las transmisiones testamentarias prohibidas o en fraude a acreedores.

La propiedad fiduciaria civil

Como consecuencia de sus conocimientos del derecho romano y del anglosajón, Andrés Bello consagró en el Código Civil colombiano la figura de la propiedad fiduciaria como una limitación al dominio, sujeta a pasar a otra persona con el cumplimiento de una condición.

Dicha figura no constituye un negocio fiduciario mercantil propiamente dicho, pues, como se indicó anteriormente, se trata de una limitación al dominio al igual que el usufructo y la servidumbre civil.

El negocio fiduciario mercantil

En Colombia el negocio fiduciario mercantil tuvo su origen en las operaciones autorizadas a los bancos para gestionar intereses de terceros, como consecuencia de la introducción de leyes norteamericanas sobre bancos inspiradas en el *trust*.

Es así como el artículo 40 de la Ley 51 de 1918 sobre establecimientos bancarios permitió realizar operaciones fiduciarias en desarrollo del contrato de mandato.

Igualmente y como resultado de la labor encomendada a la misión Kemmerer, se expidió la Ley 45 de 1923, Estatuto Bancario, que introdujo la figura de los encargos de confianza que podían celebrar y operar las secciones fiduciarias de los bancos, como un intento de desarrollo del *trust* norteamericano; figura que no tuvo un progreso importante por falta de claridad de la norma.

El Decreto 2520 de 1950, sobre sociedades anónimas, en el Capítulo XI mencionó que aquellas que fueran a emitir bonos debían anunciar en el prospecto que el establecimiento bancario actuaría como fideicomisario. Así mismo, estipuló que los fideicomisarios tenían la calidad de representantes de los tenedores de los bonos, considerando al fideicomisario como un mandatario.

En la actualidad, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autoriza a las fiduciarias para realizar los encargos fiduciarios que allí menciona, simultáneamente con la fiducia mercantil de que trata el artículo 1226 del Código de Comercio.

La fiducia mercantil

Con la reforma del Código de Comercio de 1971 se hace mención a la figura de la fiducia mercantil en su artículo 1226 y se permite a las sociedades fiduciarias tener la calidad de fiduciarios junto con los establecimientos de crédito.

El negocio fiduciario en Colombia se consolida a partir de la expedición de la Ley 45 de 1990 al concebir dentro de la estructura de la actividad financiera, bajo el modelo de filiales de bancos, corporaciones financieras o compañías de financiamiento, a las sociedades de servicios financieros dentro de las cuales se encuentran, entre otras, las sociedades fiduciarias, como entidades organizadas con autonomía administrativa y financiera para desarrollar el negocio fiduciario.

CAPÍTULO PRIMERO

La propiedad fiduciaria civil y el albaceazgo fiduciario

¿Qué es la propiedad fiduciaria civil?

[§ 001] Es una limitación al dominio mediante la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere a otra, llamada fiduciario, el derecho sobre todo o parte de una herencia o la propiedad sobre uno o varios cuerpos ciertos, con el fin de que los restituya a otra u otras personas, llamadas fideicomisarios, cuando se verifique la condición pactada en el acto constitutivo (C.C., arts. 793, num. 1, 794 y 795).

¿Qué ocurre si en la constitución del fideicomiso no se designa un fiduciario o el designado falta, mientras está pendiente la condición?

[§ 002] Si no se designa un fiduciario o el designado falta, el constituyente o sus herederos disfrutarán de la propiedad mientras esté pendiente la condición.

¿Qué condición debe cumplirse para que el fideicomiso sea válido en el momento de la restitución?

[§ 003] El fideicomiso requiere que el fideicomisario o su sustituto existan en el momento de la restitución, pudiendo añadirse otras condiciones adicionales (C.C., art. 799).

¿Cuáles son las características de la propiedad fiduciaria civil?

[§ 004] Las características son las siguientes:

a) Es solemne, pues su constitución se debe hacer por escritura pública o por testamento (C.C., art. 796).

b) La propiedad fiduciaria se consolida en cabeza del fiduciario, por lo tanto, es el dueño de los bienes bajo condición resolutoria, y si se trata del fideicomiso testamentario sus derechos son los del asignatario.

c) El nacimiento del derecho de propiedad del fideicomisario pende de la condición suspensiva establecida por el fideicomitente al constituir la propiedad fiduciaria.

d) El fideicomitente desaparece en el fideicomiso civil, cuando se cumple la condición establecida por el mismo, evento en el cual, la propiedad plena del bien pasa al beneficiario.

e) El fideicomitente en el acto constitutivo es quien señala el alcance de los derechos económicos de que goza el propietario fiduciario.

f) El propietario fiduciario puede volverse propietario pleno y absoluto de los bienes transferidos cuando falla o no se cumple la condición, o si dura más del tiempo establecido en el Código Civil para cumplirse, o si al tiempo de la restitución de los bienes el fideicomisario no existe o renuncia a su derecho (C.C., art. 800. Modificado. L. 791/2002, art. 1º).

g) El fiduciario puede ser una persona natural o jurídica.

h) La fiducia civil es a título gratuito.

i) El fideicomitente, si vive, o sus herederos gozarán fiduciariamente de la propiedad, cuando en el acto constitutivo no se haya designado expresamente el fiduciario o cuando habiéndose designado falte por cualquier causa, y aún esté pendiente la condición (C.C., art. 807).

j) Es inembargable la propiedad de los objetos que el deudor - fiduciario posee fiduciariamente (C.C., art. 1677 num. 8).

¿Qué condiciones deben cumplirse para que la transferencia de la propiedad en un fideicomiso civil sea efectiva según la jurisprudencia?

[§ 005] JURISPRUDENCIA.—***La propiedad fiduciaria civil constituye una limitación al dominio.*** *"Cabe señalar que, mediante el fideicomiso civil, el titular de una herencia, una cuota determinada de ella, o un cuerpo cierto aquí denominado fiduciante, traslada a otro, el fiduciario, su propiedad sobre los comentados activos, para que, una vez cumplida determinada condición, este la transfiera a un tercero: el beneficiario o fideicomisario (a través de una traslación de propiedad que el legislador denominó "restitución"). Y aunque en virtud de este negocio jurídico solemne (pues solo puede constituirse por escritura pública o acto testamentario) se altera —por vía general - la titularidad de la propiedad, dado que pasa del fiduciante al fiduciario, este último no la adquiere plena, sino que se hace a una forma de dominio limitado, denominado propiedad fiduciaria, caracterizada precisamente por estar "sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición". Como puede verse, en el fideicomiso la transferencia se encuentra atada a una condición predeterminada, que cumple dos funciones simultáneas: es suspensiva, pues de ella pende el nacimiento del derecho de propiedad del beneficiario-fideicomisario. Y es también resolutoria porque una vez acaezca, extingue el derecho adquirido previamente por el fiduciario". (CSJ., Cas. Civil. Sent. STC 13069-2019. sep. 25/2019. Exp. 2019-01578-00. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).*

¿Qué ha dicho la jurisprudencia sobre la inembargabilidad de los bienes que el deudor posee fiduciariamente?

[§ 006] JURISPRUDENCIA.—***Son inembargables los bienes que el fideicomitente le transfirió al deudor fiduciario en propiedad fiduciaria*** *"(...) Acorde con el artículo 1677, numeral 8... No son embargables: 8°) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. En ese sentido, es pertinente resaltar que la citada norma del Código Civil, aún vigente, hace referencia a los*

bienes "que el deudor posea fiduciariamente", lo que sugiere que fue concebida para evitar que se confundan en el patrimonio del fiduciario los bienes que el fiduciante le confió....

Por consiguiente, es imperativo repensar si la inembargabilidad que actualmente consagra el ordenamiento respecto de "los objetos que el deudor posee fiduciariamente" aplica a todos los fideicomisos civiles, o solamente a aquellos en los que fiduciario y fiduciante son personas distintas, y —por lo mismo— puede sostenerse la existencia de una real transferencia de la propiedad entre dos patrimonios, también diferenciables.

(...)

En ese sentido, resulta necesario edificar la siguiente subregla jurisprudencial: (i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los "posee fiduciariamente" (como lo exige el artículo 1677-8 id.)". (CSJ., Cas. Civil. Sent. STC 13069-2019. sep. 25/2019. Rad. 2019-01578-00. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

¿Qué es el albaceazgo fiduciario civil?

[§ 007] Es una institución consagrada en los artículos 1368 y siguientes del Código Civil, mediante la cual el testador confía encargos secretos al heredero, albacea o a cualquier otra persona, con el fin de que invierta una cuantía de bienes de los que puede disponer libremente en uno o más objetos lícitos, denominando como albacea fiduciario al encargado de ejecutar la inversión.

¿Cuáles son los límites al encargo fiduciario?

[§ 008] El Albacea Fiduciario sólo podrá destinar al encargo secreto, la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio (C.C., art. 1370).

¿Cuáles son los requisitos de validez del albaceazgo fiduciario?

[§ 009] Los requisitos son:

a) Debe designarse el albacea fiduciario en el testamento.

b) El albacea fiduciario debe tener las calidades para ser albacea y legatario del testador.

c) En el testamento se deben expresar los bienes o la suma que se entregará al albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo (C.C., art. 1369).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la actuación del fiduciario como albacea testamentario y como asignatario testamentario?

[§ 010] DOCTRINA.—**No le es viable a una sociedad fiduciaria ostentar la calidad de albacea testamentario, ni de asignatario fiduciario porque estas instituciones no son compatibles con la naturaleza de la fiducia mercantil.** "(...)Sin embargo, cuando este albacea sea el denominado "fiduciario", por la especial naturaleza de esta institución según se señaló anteriormente (especialmente el secreto con el que debe adelantar la gestión y la no obligación de rendir cuentas de la misma), su ejecución por parte de las sociedades fiduciarias resultará incompatible con las obligaciones y cargas propias del gestor fiduciario que emanan de la celebración de un contrato de fiducia mercantil reguladas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, régimen que no sólo prohíbe los negocios fiduciarios secretos sino que impone como deber indelegable del fiduciario el *"rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses"* (C.Co., art. 1234, num. 8).

De otra parte, cabe precisar que, en punto a la posibilidad para las sociedades fiduciarias de ser designadas como albaceas testamentarios, sin necesidad de acudir a la fiducia mercantil *mortis causa*, dicha posibilidad no se encuentra contemplada en su objeto social exclusivo y excluyente previsto en el EOSF.

(…)

De otra parte en cuanto a la posibilidad de que la sociedad fiduciaria pueda ser designado como "asignatario fiduciario" (según se refiere la última parte del interrogante) debe recordarse que el fiduciario, en ejecución de la fiducia mercantil mortis causa, sólo podrá tener la propiedad fiduciaria de los bienes objeto de sucesión de manera instrumental para alcanzar la finalidad querida por el testador más nunca con el propósito de adquirir los bienes fideicomitidos en forma definitiva como corresponde a todo asignatario, pues tal posibilidad le está vedada legalmente según lo dispone el artículo 1244 del Código de Comercio.

Por lo anterior no resultaría dable a la sociedad fiduciaria ostentar la calidad de asignatario fiduciario así sea ella otorgada por el testador a título condicional, modal o a término, pues, se repite, no podría ser beneficiaria final de los bienes asignados por el testador". (Superfinanciera, Conc. 2004029979-2, sep. 17/2004).

¿Cuáles son las diferencias entre la propiedad fiduciaria civil y el negocio fiduciario mercantil?

[§ 011] Las principales diferencias son:

Propiedad fiduciaria civil	Negocio fiduciario mercantil
El propietario fiduciario es dueño bajo una condición resolutoria y se convierte en pleno propietario, fallida la condición.	El fiduciario no puede bajo ninguna circunstancia adquirir la propiedad de los bienes fideicomitidos, artículo 1244 del Código de Comercio.
Es solemne. Tiene que constituirse por escritura pública o por testamento.	Puede constituirse por documento privado o escritura pública.
Es gratuito.	Es oneroso.
El fideicomitente desaparece.	El fideicomitente subsiste y en algunos casos es el mismo beneficiario.
Cualquier persona puede ser fiduciario hasta el propio constituyente.	Tienen la calidad de fiduciarios las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera.
Los bienes transferidos ingresan al patrimonio del propietario fiduciario.	Los bienes transferidos forman un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario.

CAPÍTULO SEGUNDO

Negocios fiduciarios mercantiles

Generalidades

Definición, modalidades y características de los negocios fiduciarios

¿Qué se entiende por negocio fiduciario mercantil?

[§ 012] Es un contrato de confianza mediante el cual, una persona, llamada fideicomitente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o varios bienes determinados, transfiriendo o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que el fiduciario cumpla una finalidad específica con ellos a favor del propio fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 1.1.).

¿Cuáles son las modalidades de los negocios fiduciarios mercantiles?

[§ 013] En los negocios fiduciarios mercantiles se presentan las siguientes modalidades:

a) Encargos fiduciarios (EOSF, art. 29, lit. b), art. 146, num. 1).

b) Fiducia mercantil (C.Co., arts. 1226 y ss.).

c) Fiducia celebrada con entidades estatales (L. 80/93, arts. 32, num. 5, y 41, par. 2º, inc. 2º. Circ. Básica Jurídica

29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.4).

A su vez la fiducia celebrada con entidades estatales se clasifica en:

1. Fiducia pública (L. 80/93, art. 32, num. 5, inc. 3º).

2. Encargos fiduciarios públicos (L. 80/93, art. 32 num. 5, incs. 2º y 3º).

3. Fiducia mercantil con entidades estatales (L. 80/93, art. 41, par. 2º, inc. 2º y demás normas especiales).

¿Cómo se instrumentaliza el negocio fiduciario?

[§ 014] El vehículo utilizado para instrumentalizar el negocio fiduciario es el contrato.

¿Cuáles son las características del negocio fiduciario?

[§ 015] El negocio fiduciario presenta las siguientes características:

a) Confianza: en virtud de la cual el fideicomitente contrata al fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada por aquel, por ello se afirma que el negocio fiduciario es *intuito personae*, es decir, en consideración de la persona.

b) Una finalidad que cumplir: la finalidad debe estar estipulada en el respectivo contrato en forma clara y precisa.

Para que el fiduciario pueda cumplir la finalidad del contrato, se requiere el conocimiento de la normativa que regula los derechos y obligaciones de las partes, así como las atribuciones de las autoridades que vigilan y controlan la actividad fiduciaria.

c) Gestión profesional: la sociedad fiduciaria tramita profesionalmente los negocios fiduciarios que le encomiendan sus clientes, de conformidad con las instrucciones impartidas por estos en el acto constitutivo y con los señalamientos de las normas legales.

d) Entrega de bienes, siempre y cuando, el encargo fiduciario implique la administración o enajenación de bienes para cumplir con la finalidad del contrato.

e) Transferencia de bienes si el negocio fiduciario requiere para el cumplimiento de la finalidad que el constituyente o fideicomitente le transfiera la propiedad de estos, cuando se constituye fiducia mercantil.

f) Es oneroso Porque requiere el intercambio de prestaciones bilaterales entre las partes.

g) Constitución de un patrimonio autónomo cuando los bienes se transfieren en propiedad al fiduciario por el fideicomitente a título de fiducia mercantil constituyen un patrimonio autónomo afectos a la finalidad del contrato.

h) Separación patrimonial absoluta de los bienes: el fiduciario debe mantener separados patrimonial y jurídicamente los bienes entregados en encargo fiduciario o transferidos a título de fiducia mercantil del resto de los activos de su propio patrimonio y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios.

En virtud de lo anterior, deberá llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios y también de su propio patrimonio (C. Co., arts. 1226, 1233, 1227; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, nums. 1.1).

¿Cuál ha sido la posición de la jurisprudencia respecto de la fiducia mercantil?

[§ 016] JURISPRUDENCIA.—***Los componentes estructurales de la fiducia mercantil***

son el profesionalismo y la confianza. *"(...) De acuerdo con la sistematización efectuada por la jurisprudencia, la fiducia mercantil se asienta sobre tres (3) componentes estructurales: i) la intervención de un profesional cuya función es cumplir de manera solvente los compromisos propios del pacto, quien, por disposición de la Ley 45 de 1990, debe ser una persona jurídica; ii) el patrimonio autónomo que se forma, concomitantemente, a la génesis de la convención, constituido por los bienes que el fideicomitente ha dispuesto transferir; y, iii) el objetivo pretendido con el contrato que, dependiendo de las necesidades y propósitos de las partes, será la "finalidad determinada por el constituyente".....*

Además "se funda en la confianza, razón por la cual el fideicomitente contrata a la sociedad fiduciaria para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario".

(...)

Existe una conjunción entre profesionalismo y confianza, ya que precisamente por la experiencia, conocimiento y capacidad operativa, financiera y técnica de la sociedad fiduciaria, es que se puede confiar en que cumplirá adecuadamente el encargo que se le encomienda, en beneficio del fideicomisario". (CSJ, Cas. Civil, Sent. S.C. 107-2023, mayo 18/2023, Rad. 2018-01590-01 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve).

[§ 017] JURISPRUDENCIA.—***Características del contrato de fiducia mercantil.*** *"(...) a) Se funda en la confianza, razón por la cual el fideicomitente contrata a la sociedad fiduciaria para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario.*

b) Puede ser consensual o solemne. Por regla general es solemne, esto es, debe constituirse mediante escritura pública, y será consensual en los casos que así lo autorice el Gobierno Nacional mediante norma de carácter general conforme lo prevé el artículo 16 de la Ley 35 de 1993.

c) Es un contrato plurilateral, dado que intervienen tres partes, el fiduciante, la fiduciaria y el beneficiario.

d) Es un negocio jurídico de colaboración, esto es, de "aquellos en los cuales media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha de determinar el advenimiento del contrato", y exige el deber de buena fe en relación con todos los intervinientes.

e) Es instrumental, ya que la fiducia se caracteriza por ser un instrumento para cumplir múltiples propósitos.

f) Es temporal, la intervención del fiduciario es transitoria.

g) Es remunerado, conforme lo prevé el artículo 1237 ibidem que preceptúa "todo negocio fiduciario será remunerado". (CSJ. Sent. SC-3978-2022. dic. 14/2022. Rad. 2012-00104-01. M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez).

[§ 018] JURISPRUDENCIA.—***El patrimonio autónomo está afecto a las obligaciones que contraiga en la ejecución del contrato, y debe estar separado de los activos de la fiduciaria y de los demás negocios fiduciarios.*** *"(...)Así pues, una vez constituida la fiducia surge un patrimonio autónomo únicamente afecto al cumplimiento de las obligaciones que sean contraídas para desarrollar la finalidad para la cual fue creado.*

Aunque el patrimonio autónomo sea administrado por la sociedad fiduciaria es independiente de su patrimonio y de los demás negocios fiduciarios, además, los bienes que lo constituyen dejan de ser parte del patrimonio del fiduciante, pues se escinden de él". (C.E. SCA., Sec. Cuarta. mar. 10/2016. Rad. 2011-00053-01(19972) C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas).

[§ 019] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario recibe una titularidad sujeta a la finalidad que determine el fideicomitente por lo que la fiducia mercantil puede servir para múltiples propósitos.*** *"(...) Esta puntual referencia a los antecedentes de la fiducia mercantil, permite subrayar algunas de sus especiales características, de marcada incidencia en el asunto escrutado por la Corte, las cuales afloran de la definición consagrada en el artículo 1226 del Código de Comercio:*

(...) "En primer lugar, implica la transferencia de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante al fiduciario, quien, por tanto, adquiere la titularidad del derecho de propiedad, aunque nunca de manera plena, ni definitiva, stricto sensu (C. Co., art. 1244), sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental). En rigor, el fiduciario entonces no recibe —ni se le transfiere— un derecho real integral o a plenitud, a fuer de concluyente y con vocación de perpetuidad, no solo porque en ningún caso puede consolidar dominio sobre los bienes objeto de la fiducia, ni ellos forman parte de su

patrimonio (arts. 1227 y 1233 ib.), sino porque esa transferencia, de uno u otro modo, está condicionada por el fiduciante, quien no solo determina el radio de acción del fiduciario, sino que es la persona —o sus herederos— a la que pasará nuevamente el dominio, una vez termine el contrato, salvo que el mismo fideicomitente hubiere señalado otra cosa (art. 1242 ib.).

Esa particularísima transferencia del dominio, esa singular forma de recibir el fiduciario la propiedad, explica que el legislador hubiere previsto que, por regla, los bienes fideicomitidos constituirían un patrimonio autónomo —o especial para otros— afecto a la finalidad prevista en la fiducia (C. Co., art. 1233), cuyo titular formal es el fiduciario.

(…)

En segundo lugar, destacase la ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (C.C., arts. 16 y 1524 inc. 2).

Por su importancia en el sub lite, conviene señalar que esa finalidad determinada por el constituyente, es la que hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que "elástico", en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala". (Sent. nov./2005, Exp. 03132-01)". (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 14/2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

¿Cuál ha sido la posición de la jurisprudencia y la doctrina respecto del perfeccionamiento del contrato de fiducia mercantil?

[§ 020] LAUDO ARBITRAL.—**La falta de formación del patrimonio autónomo no puede afectar la existencia y validez del contrato de fiducia mercantil.** "El contrato de fiducia es solemne si versa sobre inmuebles, bilateral (o plurilateral), oneroso, de libre discusión, nominado, típico, y generalmente de ejecución sucesiva. Su existencia depende de que se dé una voluntad seria y cierta sobre el objeto del contrato, y de que tal voluntad se exprese del modo previsto por la ley, condiciones estas que el tribunal encuentra en el contrato *sub lite*. Como encuentra igualmente, en esta fase inicial, que se dan los requisitos para la validez del contrato, como que son plenamente capaces las partes, no aparecen vicios del consentimiento, no hay lesión ni el contrato es de los que puedan sufrirla, el objeto sobre que versa es lícito y se han cumplido las solemnidades especiales de que debe estar rodeado.

En cambio, el patrimonio autónomo no está aún constituido porque no se ha realizado la transferencia del dominio mediante su inscripción en el registro (el modo), a pesar de haberse solemnizado por medio del contrato la voluntad de efectuar dicha transferencia (el título). El hecho de que no se haya formado el patrimonio autónomo no puede afectar al contrato porque es precisamente el contrato la fuente y el punto de partida para que, cumplidas las solemnidades y requisitos de forma y de fondo, pueda darse el patrimonio". (Laudo arbitral, ago. 26/97. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 021] DOCTRINA.—**EL contrato de fiducia es consensual y no real**. "Para resolver si la tradición de la cosa es necesaria para el perfeccionamiento del contrato debe partirse de la base que en el ordenamiento colombiano la regla general es la consensualidad y la excepción es que se requiera la entrega de la cosa o formalidades para el perfeccionamiento del contrato. Lo anterior implica, por consiguiente, que las dudas que existan sobre la existencia o no de una determinada formalidad, que no se puedan resolver a través de las reglas de interpretación de la ley, deberían solucionarse a través del principio que el contrato es consensual.

Ahora bien, en este punto debe observarse que la redacción del artículo 1226 no es contundente, pues el mismo señala que la fiducia es un "negocio jurídico en virtud del cual una persona … transfiere". La expresión "en virtud de "significa, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, "En fuerza, a consecuencia o por

resultado de", lo que indica que la transferencia no es necesaria para perfeccionar el contrato, sino que es la consecuencia del mismo. Todo lo anterior permitiría concluir que el contrato de fiducia no es real. (...)". (CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo. Universidad del Rosario – Asociación de Fiduciarias. 2014, págs. 26-28).

¿Cómo se clasifican los negocios fiduciarios según la naturaleza de los recursos o bienes fideicomitidos o entregados?

[§ 022] Los negocios fiduciarios se clasifican en públicos o privados, de conformidad con la naturaleza de los recursos o bienes fideicomitidos o entregados para su administración.

¿Cuándo se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública?

[§ 023] En los siguientes eventos:

a) Cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio fiduciario;

b) Se trate de recursos parafiscales;

c) Cuando en el negocio fiduciario existan recursos públicos y privados, y se pacte:

1. Que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o

2. Que los recursos fideicomitidos se destinen al cumplimento de las funciones propias del ente público (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 9º).

¿Cuál es la postura de la doctrina respecto a la administración de recursos o bienes de naturaleza pública en un negocio fiduciario?

[§ 024] DOCTRINA.—**El fiduciario administra recursos o bienes públicos cuando se trate de aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público o se trate de recursos parafiscales.** "(...).

Se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente, y para los efectos de este capítulo se entenderán como públicos los recursos parafiscales.

Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deberán tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos:

— Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o

— Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimento de las funciones propias del ente público.

La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos. (Superfinanciera, Conc. 2008072571, dic. 31/2008). La superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la reclasificación y exigir las modificaciones a que haya lugar".

Toda vez que este despacho no puede entrar a evaluar las condiciones bajo las cuales fueron realizados los diferentes contratos, lo que desbordaría las funciones a nuestro cargo, además que resultaría infinito entrar en el terreno de las hipótesis para describir las posibles clases de

contratos por las que la fiduciaria está indagando, la fiduciaria deberá tener en cuenta lo señalado por la norma trascrita y en especial el aparte resaltado, con el fin de aplicarlo con el buen criterio y la experticia que le debe caracterizar como administrador profesional de recursos de terceros mirando caso por caso.

En este orden de ideas, los supuestos contenidos en los numerales 1º y 2º de la solicitud elevada deben ser ponderados por la fiduciaria y con base en ello efectuar la clasificación de los negocios fiduciarios de acuerdo con los diferentes tipos y subtipos establecidos por la citada norma". (Superfinanciera, Conc. 2008072571, dic. 31/2008).

¿Cuál es la posición de la doctrina en cuanto a la naturaleza de los recursos públicos?

[§ 025] DOCTRINA.—**La naturaleza de los recursos públicos no muta por el hecho de que se separen del patrimonio de la entidad pública y vayan a un Fondo creado por la ley.** "(...) Los recursos que hagan parte de patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un fondo creado por la ley, solo podrán aplicarse a los fines específicos para los cuales están destinados y en la forma y términos que la misma ley autorice.

Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo, como el Nacional de Productividad, y Competitividad no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo". (C.E., S. de Consulta, Conc. dic. 1/2000, C.P. César Hoyos Salazar).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia sobre la disponibilidad presupuestal y las vigencias futuras en los negocios fiduciarios?

[§ 026] JURISPRUDENCIA.—***A los patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos no se les aplican las normas sobre disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras, por cuanto dichos recursos salen del patrimonio de la entidad pública.*** *"(...) Se precisa que de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1550 de 1995 "Los recursos entregados para ser manejados a través de negocios fiduciarios, que no desarrollen el objeto de la apropiación, no se constituyen en compromisos presupuestales, excepto la remuneración pactada con la entidad fiduciaria".*

(...). La entrega a encargos fiduciarios de recursos originados en los presupuestos de las entidades estatales no desarrolla el objeto de la apropiación, y, por tanto, no se entienden ejecutados presupuestalmente. En cambio, en la fiducia mercantil, al involucrar transferencia de la propiedad de los bienes a favor del patrimonio autónomo, si desarrolla el objeto de la apropiación entendiéndose debidamente ejecutada.

En concepto del 14 de diciembre de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil, precisó lo siguiente respecto de las disposiciones sobre disponibilidad presupuestal:

"a) A los patrimonios autónomos derivados de contratos de fiducia mercantil no se les aplican en su operación las disposiciones sobre disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras.

Adicionalmente, su propia naturaleza implica la transferencia del derecho de dominio por lo que los bienes salen del patrimonio del fiduciante público quedando afectados a una destinación específica irreversible hasta que se cumpla la finalidad prevista. Su gestión y manejo se somete, en fin, a una normatividad propia y diferente a la de los bienes que conserva el fiduciante público." *(negrilla fuera de texto). (Extracto publicado por la Superintendencia Financiera de Colombia de la Sent., sep. 24 de 2009. Rad. 25 000 23 27 000 2005 00060 01 Núm. Interno 16370. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sec. Cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas).*

¿Cuáles negocios fiduciarios están prohibidos?

[§ 027] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1230 del Código de Comercio, modificado por el artículo 101 de la Ley 1328 de 2009, están prohibidos los siguientes negocios fiduciarios:

1. Negocios fiduciarios secretos, y

2. Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente.

¿Qué son los negocios fiduciarios secretos?

[§ 028] Son aquellos negocios que no se dan a conocer a terceros.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los fideicomisos secretos?

[§ 029] DOCTRINA.—**El contrato de fiducia mercantil *mortis causa* se formará cuando el testamento sea público para todos los interesados**, **momento en el que deja de ser secreto.** "(...) para que jurídicamente exista el contrato de fiducia mercantil *mortis causa* necesariamente se requiere la aceptación del cargo por parte de la sociedad fiduciaria allí designada, momento que indispensablemente presupone la previa apertura y publicidad del testamento en los términos previstos por la ley, dejando de ser secreto.

(...).

Así las cosas, el contrato de fiducia mercantil se formará una vez la sociedad fiduciaria designada por el testador acepte el encargo, instante en el cual el testamento ya es público para todos los interesados y, por ende, se sabrá también los términos de la gestión a desarrollar sin que el mismo, entonces, pueda considerarse secreto.

Precisamente, cabe recordar que la prohibición contenida en el numeral 1 del artículo 1230 del Código de Comercio apunta a evitar que el negocio fiduciario sea ejecutado por el gestor fiduciario en forma secreta, es decir, sin que sean conocidos los términos de su encargo, aspectos que impedirían a los interesados, por ejemplo, poder ejercer sus derechos o exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales a la fiduciaria, tales como el de rendir cuentas de su gestión.

Así mismo un negocio fiduciario secreto impediría a los interesados impugnar conductas contrarias a la ley como aquella en la cual el gestor fiduciario, en la ejecución del contrato, se apropie de los bienes fideicomitidos o se haya constituido la fiducia mercantil para defraudar a terceros o con objeto y/o causa ilícitos, aspectos que en nuestro sentir no se configuran con el otorgamiento del testamento cerrado, pues se repite, el secreto del mismo sólo es predicable en vida del testador época en la cual aún no existe la fiducia *mortis causa*". (Superfinanciera, Conc. 2004029979-2, sep. 17/2004).

¿Qué son los negocios fiduciarios que se conceden a diversas personas sucesivamente?

[§ 030] Son aquellos negocios fiduciarios en los cuales el beneficio pasa de una persona a otra durante el plazo del contrato.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los negocios fiduciarios sucesivos?

[§ 031] DOCTRINA.—**La prohibición de los fideicomisos sucesivos pretende impedir la sustitución fiduciaria a través de la cual se perpetúe la propiedad sobre unos bienes.** "(...) para hacerlo y a partir de la regulación colombiana, pensamos que es preciso volver a los orígenes y, por esta vía, al espíritu del legislador, para entender que la sustitución proscrita debería ser la que se refiere a la obligación de aceptar el beneficio con la carga de que pase a otra persona por causa de muerte.

No se entiende la razón por la cual no podría preverse que el beneficio pasara de una persona a otra durante el término del contrato, si el derecho del primero se extingue y, simplemente, dentro de la capacidad dispositiva que se ha reservado el fideicomitente respecto de los bienes fideicomitidos, este otorga el derecho a un nuevo beneficiario. Y adviértase que tal instrucción puede darse una vez cumplida la finalidad del encargo, pero, incluso cabría que se impartiese desde el primer momento". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera edición 2005. Legis, Bogotá. pág. 248).

Contratos de los negocios fiduciarios

¿Qué deberes debe tener en cuenta el fiduciario al celebrar los negocios fiduciarios?

[§ 032] En todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria debe atender los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio; en el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010; en el subnumeral 2.2.1.2 de la Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre los deberes del fiduciario?

[§ 033] DOCTRINA.—**El gestor fiduciario como profesional debe actuar con diligencia y prudencia en el cumplimiento de finalidad del contrato.** "(...) el fiduciario en el ejercicio de sus funciones está obligado a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio) (...), impone al fiduciario cumplir con varios deberes indelegables encaminados *a hacer efectiva la finalidad estipulada en el acto constitutivo*, a saber, entre otros: Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo; procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, salvo determinación contraria del acto constitutivo; y transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley una vez concluido el negocio fiduciario.

Así las cosas, resulta claro que la fiduciaria está obligada a actuar en forma diligente y prudente buscando siempre cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo siendo preciso para alcanzar dicho objetivo el observar los deberes indelegables que le imponen tanto la ley como el contrato fiduciario, gestión que debe corresponder a la requerida a todo profesional con ocasión de la administración de negocios ajenos respondiendo hasta de la culpa leve en el cumplimiento de la misma, según lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio. (...)". (Superfinanciera, Conc. 2003017321-1, mayo 14/2003).

[§ 034] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario debe cumplir las prestaciones contractuales con un estándar alto de profesionalidad, diligencia y previsión.*** *"(...) El fiduciario debe honrar rigurosamente un deber —calificado— de información:* "*con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato*".

(...).

Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu*, debe ser la de un buen hombre de negocios ..., bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que*

cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida.

En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitidos, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría.

Ahora bien, sin desconocer que, en línea de principio, las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de resultado, su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio". (CSJ, Cas. Civil, Sent. 2879, sep. 27/2022. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

[§ 035] JURISPRUDENCIA.—***Los contratos de fiducia mercantil se deben celebrar de buena fe y obligan a cumplir lo pactado, la ley y las prestaciones derivadas de su naturaleza.*** *"(…) Por fuerza del régimen normativo que nutre al encargo fiduciario, se tiene que la sociedad fiduciaria se obliga a observar los compromisos adquiridos en el respectivo contrato, los deberes contenidos en la ley, los que resultan connaturales a su profesionalidad y los que emanan de la buena fe.*

Entendimiento que encuentra fundamento, no sólo en la pirámide normativa aplicable a este negocio, sino también en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

(…).

El canon 1234 del estatuto mercantil enumera los deberes indelegables del fiduciario, esto es, obligaciones de origen legal que no admiten pacto en contrario, ni es posible delegar la responsabilidad por su desatención. Su propósito, conforme tiene dicho esta Sala, es el "cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia".

(…).

Las obligaciones ingénitas al profesionalismo de la fiduciaria están sistematizadas en el numeral 2.2.1.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ.

(…)

Se agrega, por fuerza del artículo 872 del Código de Comercio, que las fiduciarias deben actuar conforme al estándar de la buena fe, por cuya fuerza surgen deberes secundarios de conducta, atendiendo a las particularidades del negocio jurídico y de los sujetos contratantes". (CSJ. Sent. SC SC107-2023, mayo 18/2023. Rad. 2018-01590-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

[§ 036] DOCTRINA.—**El Deber de lealtad y buena fe se predica de ambas partes contratantes.** "Para hacerlo y porque forma parte de esa noción más amplia, comencemos por el principio de la buena fe que se expresa contractualmente en diversas formas pero que supone, para realizar la aproximación más sencilla, que las partes negocian y se obligan en el ánimo recíproco de cumplir en forma espontánea. Que pactan cláusulas con el propósito de que lo previsto se obtenga, esto es, para que el negocio llegue a buen fin y no con la pretensión oculta de traicionar la confianza depositada en el acuerdo. En este sentido, es obvio que la conducta se espera de ambas partes y no sólo del fiduciario. Y cabe la advertencia porque un enfoque equivocado ha llevado al extremo de hacer énfasis en la figura el profesional y en las obligaciones a su cargo que pareciera olvidarse que quién con él contrata, aún si no es un experto, tiene la capacidad suficiente para discernir, entender un contrato e imponerse del contenido de los derechos y obligaciones que ambas partes adquieren o asumen. Y que, por lo tanto, debe comprometerse con la misma convicción y actitud a honrar sus compromisos". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera edición 2005. Legis, Bogotá, pág. 268).

[§ 037] DOCTRINA.—**El fiduciario no puede delegar sus deberes porque son de su esencia y atañen a su responsabilidad.** "(…) Sobre el alcance de los deberes indelegables del fiduciario…. "Es oportuno aclarar que los deberes del fiduciario señalados por el artículo 1234 del Código de Comercio son de carácter indelegable y, por consiguiente, su cumplimiento no puede ser encomendado bajo ninguna circunstancia al beneficiario, ni al fiduciante y mucho menos a terceros, pues se trata de actuaciones que por su

naturaleza y fines están asignados únicamente al gestor fiduciario, son de su esencia y tocan con su responsabilidad". (Superfinanciera. Conc. 2002043546-1, sep. 3/2002).

[§ 038] DOCTRINA.—**Es posible delegar labores que no estén directamente relacionadas con la obtención de la finalidad y las cuales requieran de un conocimiento específico del cual no es experto el fiduciario.** "Otro aspecto que toca indirectamente con la delegación sería la existencia de otras opiniones que el fiduciario deba considerar para la toma de una decisión… nos referimos a la existencia de comités consultivos que han venido teniendo una creciente utilización en los negocios fiduciarios. Su sentido es lógico. En algunas ocasiones permiten al constituyente participar activamente en la forma de hacer aplicar sus instrucciones y le brinda seguridad tanto sicológica como real sobre el buen manejo del encargo. En otras palabras, permite vincular expertos que asesoren al fiduciario que, como lo dijimos, es un profesional, pero no puede ser especialista en todo.

Ahora bien, el punto central tiene que plantearse en torno a lo que es el encargo fundamental, porque si bien es concebible, como acabamos de verlo, que ciertas tareas se deleguen, tal posibilidad tiene que entenderse en el sentido de que, a través de ella, se realicen finalidades complementarias o de soporte pero no permitiría sostener que cabe delegar en un tercero, bajo ninguna circunstancia, el ejercicio de la totalidad de las facultades del fiduciario, pero sobre todo, de aquellas obligaciones que tiene que ver directa y esencialmente con la obtención de la finalidad para la cual se celebró el negocio fiduciario". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera edición 2005. Legis, Bogotá, pág. 288).

[§ 039] JURISPRUDENCIA.—***Los deberes indelegables son de origen legal que no admiten pacto en contrario, ni es posible delegar la responsabilidad por su desatención****. "(…) 3.2.1. Por fuerza del régimen normativo que nutre al encargo fiduciario, se tiene que la sociedad fiduciaria se obliga a observar los compromisos adquiridos en el respectivo contrato, los deberes contenidos en la ley, los que resultan connaturales a su profesionalidad y los que emanan de la buena fe.*

Y es que "los "contratantes" deben comportarse acorde a los dictados de las leyes, orden público y buenas costumbres durante la preparación, celebración y ejecución del convenio"…

(…)

3.2.3. El canon 1234 del estatuto mercantil enumera los deberes indelegables del fiduciario, esto es, obligaciones de origen legal que no admiten pacto en contrario, ni es posible delegar la responsabilidad por su desatención. Su propósito, conforme tiene dicho esta Sala, es el "cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia". (CSJ. Sent. SC-107-2023, mayo 18/ 2023, Rad. 2018-01590-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Mosalvo).

[§ 040] LAUDO ARBITRAL.—**La Fiduciaria no puede delegar su gestión a terceros.** "(…) Como es reconocido, otro de los deberes indelegables del fiduciario es proteger y defender los bienes fideicomitidos, inclusive contra actos del constituyente (C.Co., art. 1234, num. 4º), previsión que por tener sustento legal no necesita consagrarse de manera expresa en los contratos fiduciarios.

Por su lado y dado que de la fiducia se desprende la obligación profesional de actuar en forma leal y prudente, el deber de gestión del fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos se extiende durante toda la vida de los contratos, vale decir desde su preparación, celebración, desarrollo, ejecución y aun para la época de la restitución de los bienes del fideicomiso, lo que resulta indispensable para garantizar que se cumpla con la finalidad establecida en el correspondiente contrato.

(…).

Así lo enfatiza el Superintendente Bancario cuando expresa, refiriéndose a los deberes del fiduciario, que: "en la ley se le exige a aquel (se refiere al fiduciario) la especialidad y profesionalidad que permita confiar en su preparación y experiencia; y ello explica por qué la gestión encomendada y los deberes inherentes a su labor son indelegables, tal como se dispone imperativamente en el artículo 1234 del Código de Comercio". (Laudo Arbitral proferido en abr. 20/2004).

¿Qué cláusulas deben contener los contratos de los negocios fiduciarios?

[§ 041] Se observarán como mínimo las siguientes cláusulas:

a) **Objeto:** deben señalarse de forma clara y completa las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio fiduciario celebrado, de acuerdo con el tipo del mismo.

b) **Bienes fideicomitidos:** contendrá la relación, identificación y descripción clara de cada uno de los bienes fideicomitidos, indicando los términos y condiciones bajo los cuales se verificará la transferencia o entrega de los mismos, teniendo en cuenta su naturaleza y la finalidad señalada por el fideicomitente, según el tipo de negocio fiduciario.

c) **Rendimientos o utilidades:** debe establecerse el uso y destino que se dará a los rendimientos o utilidades derivados de la administración de los bienes fideicomitidos, así como el momento para su ejecución.

d) **Obligaciones y derechos de las partes contratantes:** se establecerán las obligaciones, derechos y limitaciones del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario guardando relación de causalidad con la finalidad perseguida en el contrato y con arreglo a lo establecido en las normas legales pertinentes.

e) **Remuneración:** deben incluirse los valores o factores sobre los cuales se determina la remuneración que va a recibir la fiduciaria por su gestión y por la celebración de otros contratos o negocios fiduciarios en desarrollo de la finalidad perseguida en el acto constitutivo, si a ello hubiere lugar.

La remuneración de los recursos administrados a través de los Fondos de Inversión Colectiva —FICs— será la establecida en el reglamento del Fondo correspondiente.

f) **Terminación del negocio fiduciario:** debe definirse la forma como se transferirán o entregarán los bienes y activos que existan en el negocio fiduciario al momento en que ocurra cualquiera de las causales de extinción o terminación del contrato y la forma como se atenderán las obligaciones generadas en el negocio.

Así mismo, se debe prever la manera de dar por terminado el negocio fiduciario en el evento en que el fideicomitente incumpla con su obligación de proveer los recursos necesarios para cubrir los gastos del fideicomiso, si así se hubiere pactado, o cuando el fideicomiso no cuente con recursos para atender tales gastos, si los mismos estuvieren a su cargo.

g) **Órganos asesores y/o administradores:** debe establecerse la forma de integración de las juntas, comités o cuerpos colegiados con carácter de asesores y/o administradores, así como sus atribuciones en el evento en que se creen en el contrato.

Igualmente, se debe tener claridad sobre el alcance jurídico que tendrán las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente.

h) **Gastos:** se deben señalar los gastos a cargo del fideicomiso que correspondan tanto a la operación normal del mismo como a todos aquellos necesarios para la consecución de la finalidad del negocio fiduciario, en especial, los relacionados con avalúos, pagos de impuestos, realización de peritajes, etc., así como los gastos que asume el fideicomitente de acuerdo con lo pactado en el contrato.

También se debe establecer la forma como se suministrarán los recursos para atender todos los gastos que conlleve el negocio fiduciario, y las consecuencias que se deriven para el desarrollo del mismo en el evento de la inexistencia de recursos.

Se entiende como gasto del fideicomiso la remuneración del fiduciario pactada en el contrato, sin perjuicio de que la misma pueda ser asumida directamente por el fideicomitente.

i) **Gestión de riesgos:** se deben prever los mecanismos para el cumplimiento de las políticas y estándares establecidos por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio y la forma como tales estándares deberán ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios de los negocios fiduciarios.

j) **Avalúos de los bienes fideicomitidos:** respecto de los avalúos deben incorporarse las siguientes precisiones en el contrato:

1) La periodicidad con la que se harán o actualizarán;

2) La obligación del fideicomitente de aportar los avalúos y/o de proveer recursos para sufragarlos;

3) Las consecuencias e implicaciones que para las partes, deudores y acreedores del fideicomiso acarrea el incumplimiento de la obligación del fideicomitente de no aportar los avalúos, y

4) El alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria en la contratación, designación del avaluador y contenido del avalúo.

k) **No localización de fideicomitentes, beneficiarios y/o acreedores garantizados:** se debe prever el procedimiento a seguir en los casos en los que no fuere posible la localización del (de los) fideicomitente(s), beneficiario(s) y/o acreedor(es) garantizado(s), de forma tal que la sociedad fiduciaria pueda cumplir a cabalidad sus obligaciones y ejercer sus derechos.

l) **Liquidación:** se debe establecer el procedimiento y los términos en que debe hacerse la liquidación del contrato, incluyendo los eventos en los cuales haya necesidad de hacer pagos por concepto de impuestos, tasas, contribuciones, etc., para la restitución de los bienes fideicomitidos (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. II, num. 2.3).

¿Qué cláusulas no se pueden convenir en los negocios fiduciarios?

[§ 042] El fiduciario debe evitar consignar en los contratos de negocios fiduciarios las siguientes cláusulas:

1. Las que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno;

2. Las que concedan facultades al fiduciario para modificar, adicionar obligaciones a las inicialmente pactadas o alterar unilateralmente el contenido del contrato;

3. Aquellas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le impone de conformidad con los deberes anteriormente mencionados;

4. Las que limiten, impliquen la renuncia al ejercicio de los derechos o el desconocimiento del derecho de defensa;

5. Las que por su carácter exorbitante pueden afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante;

6. Las que impliquen el cobro de servicios no prestados y;

5. En general todas aquellas que se consideren cláusulas abusivas.

(EOSF, art. 98. Modificado. L. 795/2003, art. 24; L. 1328/2009, art. 7º, lit. e) y art. 11; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. II, subnums. 2.2.1.3, 2.2.1.5, 2.2.1.6).

¿Qué se entiende por cláusulas abusivas?

[§ 043] Son aquellas que buscan reportar una ventaja para el proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos (EOSF, art. 98. Modificado. L. 795/2003,

art. 24; L. 1328/2009, art. 11, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Título III, Cap. I, num. 6, subnum. 6.1).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente a las cláusulas abusivas?

[§ 044] JURISPRUDENCIA.—***Las prácticas y cláusulas abusivas contravienen la buena fe contractual en perjuicio del consumidor financiero***. *"(…) Sin llegar a socavar el principio de libertad contractual, será cláusula o práctica abusiva aquella que, en función de su contenido, en condiciones generales o como adhesión, esto es, al no ser debatida y concertada, contravenga la buena fe en perjuicio del consumidor, por generar un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes, expresión jurídica que deberá ser entendida no solamente en sentido formal, como un párrafo o apartado, sino en sentido material, al contener una regla, una pauta o un patrón inequitativo de comportamiento.*

De tal manera, el carácter abusivo estará determinado por el proceder desleal de la entidad vigilada frente al conjunto de expectativas razonables del consumidor financiero conforme al instrumento de negociación, de manera que la conducta desplegada por aquella sea la causa del desequilibrio y menoscabo.

(…)

Finalmente, la buena fe, la confianza legítima, el interés público, las posibilidades de negociación, la atención de la asimetría y la superación de las desigualdades en la relación de consumo, constituyen principios y elementos sustanciales que la Superintendencia Financiera de Colombia debe evaluar para lo que constituiría abuso a través de una cláusula o práctica en contratos de adhesión en el mercado financiero (cfr. art. 78 superior)". (C. Const., Sent. SC-909/12. nov. 7/2012. Exp. D-9075 M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[§ 045] JURISPRUDENCIA.—***Las cláusulas eximentes de responsabilidad se consideran abusivas y el efecto jurídico es su ineficacia de pleno derecho.*** *"(…) la cláusula se enmarca en las prohibiciones de que trata el literal a) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, precepto que reza: "Se prohíben las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros".*

Obsérvese que la Circular Básica Jurídica prevé..., que se consideran como cláusulas abusivas: "Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes: a) Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas, tales como: (…) Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones". Al punto, se tiene por sentado que en estos eventos la ineficacia es la consecuencia legal y jurisprudencial decantada". (Sent. Superfinanciera. trámite 506 funciones jurisdiccionales. sep. 9/2021. Exp. 2019-2098).

¿Qué prohibición legal debe tener en cuenta el fiduciario en la celebración de los negocios fiduciarios?

[§ 046] El negocio fiduciario no puede servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.

En virtud de lo anterior, le corresponde a la sociedad fiduciaria desarrollar acciones que le permitan evitar que el negocio fiduciario se convierta en un instrumento de fraude a la ley, acudiendo, para tal efecto, a todas las herramientas de administración y gestión de riesgos que las disposiciones normativas le permitan (D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1 parágrafo; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera. Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.3).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia frente a la finalidad de los contratos de fiducia?

[§ 047] DOCTRINA.—**Los contratos de fiducia no pueden tener como finalidad la celebración de actos, contratos u operaciones que no**

pueda realizar directa, indirecta o legalmente el fideicomitente. "(…) De otro lado, es importante recordar que el contrato de fiducia mercantil no fue concebido por el legislador para propiciar el fraude a la ley y para permitir la celebración de operaciones o contratos que directamente el fideicomitente o constituyente no pueda realizar conforme al ordenamiento jurídico.

Precisamente en el concepto antes aludido sobre este tema textualmente se manifestó: "(*…) VI. Cuando se produce el ingreso de acciones al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de una fiducia mercantil, ello no puede tener ni como causa ni como efecto ninguna clase de violación o fraude a la ley considerada en su conjunto; en los términos del tercer inciso del subnumeral 1.2., numeral 1º, Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 19963) de esta Superintendencia, "El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales".*

Se conserva así un principio general que ya había sido formulado en la Ley 45 de 1923 respecto de los fideicomisos, de manera que ahora cobija también las fiducias mercantiles, y que, por supuesto, resulta extensivo a la eventual utilización fraudulenta de sus amplios poderes de gestión por parte del propio fiduciario. (…)". (Superfinanciera, Conc. 2007010582-002, mayo 30/2007).

[§ 048] DOCTRINA.—**La fiduciaria debe cumplir con todos los requisitos legales y estatutarios que la ley le exija para la administración y disposición de los bienes fideicomitidos.** "(…) En todo caso cuando el fideicomiso tenga la finalidad principal de disponer la enajenación de las acciones la fiduciaria, en su condición de vocera del patrimonio autónomo, deberá realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de dicho objetivo, esto es para que la tradición surta plenos efectos jurídicos.

En este sentido, la fiduciaria en el cumplimiento de los deberes indelegables que le imponen tanto la ley como el acto constitutivo debe actuar en forma diligente y prudente significando ello el cumplir con todos aquellos requisitos legales y estatutarios necesarios para la enajenación de las acciones fideicomitidas (por ejemplo, proceder a ofrecerlas inicialmente a los actuales accionistas de la sociedad en cumplimiento del derecho de preferencia si tal derecho está consagrado estatutariamente), so pena de incurrir en las consecuencias legales que tal omisión cause". (Superfinanciera, Conc. 2002043546-1, sep. 3/2002).

¿En qué eventos considera la Superintendencia Financiera que se presenta una práctica ilegal o insegura?

[§ 049] En los siguientes casos:

1. La estructuración y celebración de contratos de fiducia mercantil en cuyo objeto esté previsto que para la obtención de recursos se permita la vinculación de terceros, llámense inversionistas, cesionarios de beneficios, acreedores, o cualquier otra denominación similar, o que impliquen la recepción de recursos en calidad de aportes con cargo al pago del precio de los derechos de beneficio cedidos, en los cuales la fiduciaria no se haya reservado la potestad de oponerse al ingreso de dichos terceros o no asuma responsabilidad alguna en la verificación de la legalidad de tales operaciones y en la procedencia y origen lícito de tales recursos.

2. La inclusión de cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno, vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración.

3. La celebración de contratos de fiducia donde se garanticen rentabilidades. Lo anterior, sin perjuicio del deber del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera. Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnums. 2.2.1.3 y 2.2.4.)

¿Qué son los contratos de adhesión y están permitidos para los negocios fiduciarios mercantiles?

[§ 050] Se definen como aquellos contratos elaborados unilateralmente por la fiduciaria, cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose a expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad, en el momento de su celebración la cual sí está permitida (L. 1328/2009, art. 2º 1º, lit. f); EOSF, art. 146, num. 4º; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.2, inc. 1º).

¿Qué son los contratos de servicios fiduciarios de prestación masiva?

[§ 051] Son aquellos contratos cuyo texto es similar y uniforme, y son utilizados por las sociedades fiduciarias para la prestación masiva de algunos de sus servicios, indistintamente a diferentes personas. Estos contratos en la mayoría de los casos son contratos de adhesión (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.2, inc. 2º).

¿Cuáles son los servicios fiduciarios de prestación masiva?

[§ 052] Son aquellos servicios que las sociedades fiduciarias estructuran para satisfacer las necesidades de sus clientes, con el fin de suministrarlos masiva o globalmente entre ellos.

Generalmente, estos servicios se pactan a través de contratos de adhesión (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.2, inc. 2º).

¿Quién evalúa los modelos de contratos fiduciarios de adhesión y de prestación masiva de servicios?

[§ 053] Los modelos de los contratos fiduciarios de adhesión y de prestación masiva, así como sus modificaciones o adiciones, deben ser evaluados previamente a su utilización por la Superintendencia Financiera de Colombia, con el fin de proteger los derechos de los clientes y usuarios de los servicios fiduciarios (EOSF, art. 146 num. 4º; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º subnum. 3.1, incs. 1º y 3.3.).

¿En qué consiste la evaluación de la Superintendencia Financiera a los modelos de contratos fiduciarios de adhesión y prestación masiva?

[§ 054] La evaluación de la Superintendencia Financiera se limita únicamente a la revisión de los modelos de contrato, por lo que su pronunciamiento en ningún momento constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto de la validez o eficacia del negocio fiduciario que se pretende celebrar con los mismos.

No obstante, lo anterior, la Superintendencia Financiera, en cualquier momento, puede ordenar la suspensión de la utilización de los contratos evaluados y exigir las modificaciones a que haya lugar, cuando dichos contratos en su celebración o ejecución desconozcan alguno de los requisitos señalados en la Parte II, Tít. II, Cap. I, de la Circ. Básica Jurídica 29/2014, o en una disposición— imperativa.

Tratándose de contratos de adhesión, las sociedades fiduciarias deben entregar a sus clientes al momento de la firma todos los documentos jurídicos que hagan

parte del contrato (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.3, incs. 2º, 3º y 4º).

¿Cuál ha sido la posición de la doctrina sobre los contratos de adhesión y prestación masiva de servicios?

[§ 055] DOCTRINA.—**La autorización de la Superfinanciera a los contratos de adhesión o para la prestación masiva de servicios y sus modificaciones tiene por objeto proteger al consumidor financiero.** "(…) Resulta necesario recordar que en los contratos de adhesión las cláusulas y condiciones que los rigen no están sujetas a la discusión de las partes, sino que las mismas son unilateralmente establecidas por una de ellas y la contraparte se limita a expresar su aceptación o negativa a contratar.

Mediante Sentencia T-464 del 7 de julio de 2004 la Corte Constitucional, expresó que esta modalidad contractual es aquella según la cual "… las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone 'la ley del contrato' a la otra".

(…)

La autorización que imparte esta Superintendencia para la utilización de contratos de adhesión por parte de sus vigiladas, así como de sus modificaciones, tiene como finalidad la protección del consumidor financiero, tal como se indica en el numeral 3.1. del Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica, "en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses". (…) (Conc. 2012006058-001, mar. 6/2012).

[§ 056] DOCTRINA.—**Contratos de adhesión como excepción al principio general.** "(...) los contratos de adhesión surgen como una excepción a aquellos que siguen el principio general según el cual la concurrencia de voluntades, enderezada a producir ciertos efectos jurídicos entre las partes, debe permitir una amplia discusión y un detenido análisis de los términos, cláusulas y consecuencias del acuerdo que va a celebrarse. …..

Sin embargo, ello no siempre es así en el mundo de los negocios y, en la práctica, son numerosos los casos en los cuales los individuos concurren a contratar y se encuentran con modelos o condiciones generales preestablecidas por su contratante, en relación con las cuales no cabe más acción que aceptarlas *in integrum* o descartar el contrato". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primera edición 2005. Legis, Bogotá, págs. 137 y 138).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de los contratos de adhesión y estandarizados?

[§ 057] DOCTRINA.—**Contrato de adhesión y contrato estandarizado, Ley 1328 de 2009.** "(...) Se observa entonces que el contrato de adhesión evolucionó al contrato estándar permitiendo la normal circulación de bienes y servicios en una economía de masa. Es decir, un contrato de adhesión que se utiliza, a partir de cláusulas generales y uniformes, para la contratación masiva de bienes y servicios, corresponde a un contrato estandarizado.

La expresión "contrato de adhesión" y "contrato estandarizado" en el marco de Ley 1328 de 2009, obedecen al mismo concepto o naturaleza; de ahí que el deber de publicidad de que trata el artículo 9º de dicha regulación debe entenderse respecto de ambos con independencia de su denominación como mecanismo de protección al consumidor". (Superfinanciera, Conc. 22009074985-004, nov. 26/2009).

¿Puede el Defensor del Consumidor Financiero revisar los contratos de adhesión y emitir su concepto sobre los mismos?

[§ 058] Sí, el Defensor del Consumidor Financiero en ejercicio de su función de vocería podrá revisar los contratos de adhesión y emitir su concepto sobre los mismos, en especial respecto de la inclusión de cláusulas abusivas (D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.6. L. 1328/2009, art. 3º literal d)).

¿Están sujetos a evaluación los contratos fiduciarios diferentes de los contratos fiduciarios de adhesión y de prestación masiva?

[§ 059] Los contratos fiduciarios diferentes de los de adhesión y/o de prestación masiva de servicios no están sujetos a la evaluación previa por parte de la Superintendencia Financiera (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.3, inc. 5º).

Causales de extinción del contrato del negocio fiduciario

¿Cuáles son las causales de extinción o terminación del contrato de negocio fiduciario?

[§ 060] Son las siguientes:

1. Por realizarse plenamente sus fines. Concluida la finalidad contemplada en el acto constitutivo termina el negocio fiduciario (C. Co., art. 1240, num. 1º).

2. Por la imposibilidad absoluta de realizar sus fines. Cuando ocurren eventos durante el desarrollo del negocio que hacen imposible el cumplimiento de la finalidad, v. gr. la destrucción total de los bienes fideicomitidos por fuerza mayor o caso fortuito y sin que se le pueda imputar culpa a la fiduciaria (C. Co., art. 1240, num. 2º).

3. Por la expiración del plazo. Por haber transcurrido el plazo de duración del fideicomiso estipulado en el acto constitutivo (C. Co., art. 1240, num. 3º).

4. Por haberse cumplido la condición resolutoria a la cual está sometido o por hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.

En la primera hipótesis, el negocio fiduciario nace a la vida jurídica pero su subsistencia depende del acaecimiento de un hecho futuro e incierto y este se produce (C. Co., art. 1240, num. 4º).

En la segunda, el negocio fiduciario no nace a la vida jurídica, sino en virtud del acaecimiento de un hecho futuro (C. Co., art. 1240, num. 5º).

5. Muerte del fideicomitente o beneficiario. Siempre y cuando se haya estipulado expresamente en el acto constitutivo como causa de extinción (C. Co., art. 1240, num. 6º).

De no haberse estipulado esta causal de extinción deberán aplicarse las normas generales sobre sucesión.

6. Disolución de la entidad fiduciaria. Por el acaecimiento de cualquiera de las causales de disolución estipuladas en el artículo 218 del Código de Comercio (C. Co., art. 1240, num. 7º) salvo que la causal sea subsanada por los accionistas en los términos establecidos en la ley, o porque durante la etapa de liquidación de la sociedad se transfiera el negocio a otro fiduciario.

7. Acción de los acreedores anteriores a la celebración del negocio. Por prosperar la acción incoada por los acreedores anteriores al contrato de fiducia (C. Co., arts. 1240, nums. 8º y 1238).

8. Declaración de nulidad del acto constitutivo. Por prosperar las acciones que ataquen la validez o existencia del contrato o su inoponibilidad (C. Co., art. 1240, num. 9º).

9. Revocación del fiduciante. Si el fideicomitente se hubiera reservado ese derecho en el acto constitutivo (C. Co., arts. 1236, num. 2º, y 1240, num. 11).

10. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario (C. Co., art. 1240, num. 10).

¿Qué ha dicho la doctrina en relación con las causales de terminación establecidas en los numerales 1° al 5° del artículo 1240 del Código de Comercio?

[§ 061] Las partes deben determinar en el contrato cuándo se entiende cumplida la finalidad y cuándo se consideraría fallida o imposible de cumplir. "(…) el único requisito que trae la norma mercantil en mención es que sea *absolutamente imposible* para el gestor fiduciario *"realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia"* (numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio).

De allí que sea necesario, en cada caso particular, que las partes determinen en el respectivo contrato de manera clara e inequívoca cuándo se entiende cumplida la finalidad prevista en el respectivo negocio fiduciario así como también los eventos en los cuales la misma se consideraría fallida o imposible de cumplir, para lo cual sería necesario verificar objetivamente las gestiones adelantadas por el fiduciario en procura de alcanzar el objetivo contractualmente previsto y el resultado de las mismas en la ejecución práctica del negocio fiduciario.

Así las cosas, si la finalidad del negocio fiduciario consiste en vender los bienes fideicomitidos en unas determinadas condiciones de mercado y tales condiciones no se verifican de manera objetiva las partes podrán, de común acuerdo o dirigiéndose al juez del contrato…. en caso de conflicto entre las mismas, a extinguir el negocio fiduciario y a efectuar los actos jurídicos pertinentes para su liquidación.

(…) Para efectos de resolver el último de los interrogantes planteados (aplicación de las causas de extinción a los encargos fiduciarios) resulta pertinente aclarar que el término de negocio fiduciario (empleado a lo largo de este escrito) se ha entendido por este organismo no sólo respecto del contrato de fiducia mercantil sino también en relación con los denominados encargos fiduciarios.

En tal sentido, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia al definir el concepto de negocio fiduciario diferencia el encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, básicamente respecto de la existencia de la transferencia de bienes y la conformación de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad. En efecto, el citado Instructivo (Título V, Capítulo 1, Numeral 1, Subnumeral 1.1) (…).

Como puede deducirse de lo anterior, la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos que se da para la segunda y es inexistente para el primero.

Ahora bien, precisado lo anterior y en punto a resolver el último de los interrogantes planteados debe señalarse que a los encargos fiduciarios que pueden realizar las sociedades fiduciarias (según se autoriza en el literal b del numeral 10 del artículo 29 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF) les resultan aplicables en primer lugar, las disposiciones que regulan el contrato de fiducia, y subsidiariamente las normas del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato…" (Superfinanciera, Conc. 2004021559-2, sep. 7/2004).

Órganos asesores y/o administradores

¿Qué son los órganos asesores y/o administradores?

[§ 062] Son las juntas o cuerpos colegiados con carácter de asesores y/o administradores de naturaleza contractual. Es decir, que no es obligatorio pactar en los contratos la conformación de estos órganos (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.3.7).

En la práctica se les conoce como comités fiduciarios y/o juntas del fideicomiso.

La designación de sus integrantes debe hacerse por los fideicomitentes y/o por los beneficiarios del respectivo contrato, según se pacte, salvo que la designación corresponda al fiduciario en ejercicio de la gestión encomendada en el contrato, teniendo en cuenta y precisando la responsabilidad derivada de tal hecho (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.3.7).

¿Cuáles son las funciones de los comités fiduciarios y/o juntas del fideicomiso?

[§ 063] Las funciones de los comités fiduciarios y/o juntas del fideicomiso serán aquellas estipuladas en el contrato. Algunas veces son meramente técnicas u operativas, como los comités de obra en los fideicomisos inmobiliarios, o, en otras, con facultades fundamentales para el desarrollo del fideicomiso y el cabal cumplimiento de la gestión encomendada a la fiduciaria, por lo que asumen decisiones transcendentales en la vigencia del contrato.

Sin embargo, el fiduciario no puede delegar deberes que le son propios en cabeza de la junta o el comité (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1.2).

¿Cuál es alcance de las decisiones de los comités y/o juntas del fideicomiso?

[§ 064] Tienen el alcance contemplado en el acto constitutivo, en el cual se debe precisar de qué manera estas tienen la virtud de modificar, complementar o desarrollar el contrato fiduciario (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.3.7).

Las decisiones deben ser acatadas por la fiduciaria siempre que no sean contrarias a las estipulaciones contractuales y los preceptos legales ni lesionen los intereses del fideicomiso y su finalidad (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1; C. Co., art. 1234, num. 4º).

¿Qué funciones desempeña el fiduciario en los comités y/o juntas del fideicomiso?

[§ 065] Las contempladas en el acto constitutivo de la fiducia mercantil. En la práctica por lo general, son las siguientes:

1. Solicitar instrucciones sobre los asuntos de su resorte y expresamente contemplados en el acto constitutivo o en los reglamentos respectivos.

2. Presentarle los informes y rendiciones de cuentas en la forma y periodicidad que se hayan estipulado en el contrato.

3. Rechazar justificadamente las decisiones que sean contrarias a las estipulaciones contractuales y los preceptos legales o lesionen los intereses del fideicomiso y su finalidad.

4. Realizar las recomendaciones que considere relevantes en desarrollo de su gestión, la consecución de la finalidad perseguida y el interés del fideicomiso (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte 2, Tít. 2, Cap. 1º, núm. 2, subnum. 2.37).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia sobre la participación del fiduciario en los comités y/o juntas del fideicomiso?

[§ 066] DOCTRINA.—**El fiduciario debe acatar las instrucciones del órgano asesor siempre y cuando éstas no sean contrarias a la finalidad del fideicomiso y vayan contra la protección y seguridad de los bienes fideicomitidos.** "(...) Es claro que al atender sus instrucciones el fiduciario actúa de conformidad con la ley y el contrato y, por ello, no tendrá por qué asumir responsabilidad alguna sobre las resultas de la operación, pues el fideicomitente la ha retenido en su cabeza o puesto en manos de un cuerpo colegiado. Así entendido, es claro que se releva de responsabilidad, en sentido lato, pero, básicamente por no ser esta su obligación y corresponder a terceros que la asumen. Pero si el comité lo instruyera para realizar inversiones especulativas, aún si la decisión se tomara por unanimidad, cabría al fiduciario rechazarla en protección del fideicomiso y de su finalidad". (Sergio Rodríguez Azuero. Negocios fiduciarios su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis. Editores S.A. pág. 244).

[§ 067] LAUDO ARBITRAL.—**Deberes del fiduciario frente a la Junta del fideicomiso en un negocio fiduciario. "**(...) Le correspondía a la junta coordinadora —tal como lo hizo a todo lo largo de la ejecución del contrato de fiducia— definir tales términos y condiciones, pues, dentro de las funciones que acaban de transcribirse, era atribución privativa de esta junta establecer las condiciones generales o los esquemas básicos para la venta de predios y luego autorizar los aspectos fundamentales de cada operación puntual. Por tanto, la fiduciaria, en punto a la enajenación de tierras, era un mero instrumento ejecutor de las políticas trazadas y de las decisiones adoptadas por la junta coordinadora.

Por ende, al no ser del resorte de la fiduciaria la toma de determinaciones en estas materias, su función básica consistía en colaborar, ilustrar y apoyar a la junta coordinadora para que contara con todos los elementos de juicio necesarios a fin de llegar a las conclusiones y decisiones más convenientes para la beneficencia y para el cumplimiento de los propósitos perseguidos a través del negocio fiduciario. Esta labor de colaboración, ilustración y apoyo debía ser desarrollada por la fiduciaria mediante la cabal observancia del deber de información que implícitamente asumió, por ser este un denominador común de las obligaciones de los profesionales". (Laudo Arbitral mar. 31 de 2000).

Conflictos de interés

PARTE I

Normas especiales para sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera

¿A quién se aplican las normas del EOSF para el conflicto de interés ocasionado por el acceso a información privilegiada?

[§ 068] De manera general para el caso de todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, y de manera particular para el caso de las sociedades fiduciarias, las normas sobre el conflicto de interés ocasionado por el acceso a información privilegiada contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplican a los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario con acceso a información privilegiada. (EOSF, art. 98, num. 6º y art. 146, num. 9º).

Frente a un conflicto de interés, ¿qué deber tienen los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de entidades fiduciarias con acceso a información privilegiada?

[§ 069] Cuando se presenta un conflicto de interés con ocasión del acceso a información privilegiada, los directores, representantes legales, revisores fiscales y todo funcionario con acceso a esta información, deberá abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por éste.

En todo caso, en desarrollo del deber de lealtad, las sociedades fiduciarias en todos los negocios fiduciarios deberán evitar y evaluar, frente a cada caso particular, la eventual configuración de situaciones que den origen a conflictos de interés con ocasión del acceso a información privilegiada.

De igual manera, en los contratos respectivos, la sociedad fiduciaria deberá dejar constancia de tal evaluación junto con el tratamiento que se debe dar a los conflictos de interés que puedan surgir, en especial en los siguientes negocios fiduciarios:

1. Negocios celebrados entre fideicomisos administrados por una misma sociedad fiduciaria.

2. Negocios celebrados entre la fiduciaria y sus vinculados, y los fideicomisos administrados por la sociedad.

(EOSF, art. 146, num. 9º, inc. 1º, art. adicionado por la L. 795/2003, art. 38. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2.2.5, incs. 1º y 3º, subnums. 2.2.5.1 y 2.2.5.2).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la evaluación previa de los posibles conflictos de interés en la celebración de negocios fiduciarios?

[§ 070] DOCTRINA.—**La Evaluación previa de posibles conflictos de interés en la celebración de negocios fiduciarios le corresponde a la sociedad fiduciaria.** "(...) Según se señala en el

numeral 6º del artículo 98 y el literal c), numeral 3º del artículo 119 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde a esta superintendencia procurar que las entidades sometidas a su vigilancia y/o sus administradores, dentro del giro normal de sus negocios, observen las condiciones de seguridad y transparencia, previendo las situaciones que resulten generadoras de conflictos de interés, o estableciendo los mecanismos encaminados a superar o subsanar los que se presenten o, incluso, para calificar de manera general y previa la existencia de los mismos.

Ahora bien, frente a los negocios referidos en su consulta, resulta obligación de la entidad fiduciaria realizar de manera previa a su celebración la evaluación puntual y específica para establecer si se trata de situaciones generadoras de conflictos de interés e implementar los mecanismos necesarios para su manejo". (Superfinanciera, Conc. 2008071844-001, ene. 2/2009).

¿Qué deber tiene el fiduciario cuando tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas?

[§ 071] La sociedad fiduciaria debe dejar constancia expresa en el contrato respectivo, de la realización de la evaluación de situaciones que pueden dar origen a conflictos de interés, junto con los mecanismos previstos para conjurar dichas situaciones y su solución.

Esta circunstancia es obligatoria cuando quiera que la sociedad fiduciaria tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas o entidades definidas en el literal d) del artículo 2.6.12.1.15 del Decreto 2555 de 2010, para efectos del régimen de inversiones de los fondos de pensiones y cesantías (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.5, inc. 2º).

¿Qué se entiende por entidad vinculada o "vinculado" a la sociedad fiduciaria?

[§ 072] Se entienden por entidad vinculada o vinculado a:

1. El o los accionistas o beneficiarios reales del cinco por cinco (5%) o más de la participación en la fiduciaria o quien tenga la capacidad de designar un miembro de junta.

2. Las personas jurídicas en las cuales la fiduciaria sea beneficiaria real del cinco (5%) o más de la participación en las mismas o aquellas en las cuales tenga la capacidad de designar un miembro de junta.

3. Las personas jurídicas en las cuales la o las personas a que se refiere el numeral 1 anterior, sean accionistas o beneficiarios reales, individual o conjuntamente, del cinco por ciento (5%) o más de la participación en las mismas o aquellas en las cuales tengan la capacidad de elegir miembro de junta (D. 2555/2010, art. 2.6.12.1.15, lit. d); D. 857/2011, art. 2, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2, subnum. 2.2.5).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al deber que tiene el fiduciario cuando tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas o vinculados?

[§ 073] DOCTRINA.—**El fiduciario debe dejar constancia expresa de la realización de la evaluación de la posible existencia de conflictos de interés cuando celebre contratos con vinculados**. "(...) En este orden de ideas, a la hora de estructurar el contrato se debe dejar constancia expresa de la realización de tal evaluación, junto con los mecanismos que se prevean para conjurar la eventual configuración de situaciones que den origen a conflictos de interés y su solución. Dicha circunstancia será obligatoria cuando quiera que la sociedad fiduciaria tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas.

En todo caso..., se entenderá que hay conflicto de interés, entre otros, en las siguientes operaciones:

En los negocios celebrados entre fideicomisos administrados por una misma sociedad fiduciaria.

En los negocios celebrados entre la fiduciaria y sus vinculados, y los fideicomisos administrados por la sociedad fiduciaria". (Superfinanciera, Conc. 2008062493-001, nov. 4/2008).

¿Quiénes conforman un mismo beneficiario real?

[§ 074] Conforman un mismo beneficiario real:

1. Los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia Financiera de Colombia con fines exclusivamente probatorios (D. 2555/2010, arts. 6.1.1.1.3, inc. 2º).

2. Una misma persona o grupo de personas se considera beneficiario real de una acción o participación si tiene derecho a hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos (D. 2555/2010, arts. 6.1.1.1.3, par. 1º).

3. Se entiende que conforman un "grupo de personas" quienes actúen con unidad de propósito (D. 2555/2010, arts. 6.1.1.1.3).

¿Qué principio deben aplicar las entidades vigiladas cuando se presenten situaciones de conflictos de interés?

[§ 075] El principio de manejo adecuado a los conflictos de interés, para lo cual las entidades vigiladas administrarán los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros (L. 1328/2009, art. 3º, lit. e)).

¿Qué facultad tiene la Superintendencia Financiera respecto de las entidades vigiladas que incumplan el deber de incurrir en conflicto de interés?

[§ 076] La Superintendencia Financiera impondrá las sanciones a que haya lugar cuando se realicen operaciones que den lugar a conflicto de interés, de conformidad con el régimen general sancionatorio de su competencia. Así mismo, podrá establecer mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de conflicto de interés, si a ello hubiere lugar.

Adicionalmente, la Superintendencia Financiera podrá calificar de manera general y previa la existencia de tales conflictos respecto de cualquier institución vigilada (EOSF, art. 98, num. 6º, incs. 2º y 3º, art. adicionado por la L. 795/2003 art. 26).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al uso de información privilegiada de administradores del fiduciario?

[§ 077] Imposición de sanciones por uso de información privilegiada por parte de la Superintendencia Financiera "Tratándose de sociedades fiduciarias es claro que sus directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de tales entidades *con acceso a información privilegiada* deberá abstenerse de realizar *cualquier operación*

que dé lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por éste.

De allí que para establecer para los eventos consultados la existencia de conflictos de interés debe necesariamente tenerse en consideración el anterior marco legal que fundamentalmente está dirigido a la protección del fideicomitente y de los beneficiarios designados por éste.

Así por ejemplo, tomando en consideración algunas de las hipótesis planteadas en la consulta, tales como la contenida en el interrogante segundo (la existencia de preacuerdo de operaciones realizadas entre la sociedad fiduciaria y la corredora de bolsa), entre otras, puede resultar factible que en desarrollo de dichas actividades se afecten o puedan afectarse los intereses o derechos del fideicomitente, adherente o beneficiarios de tales fondos, caso en el cual podría incurrirse en conflictos de interés y por ende, los administradores (directores o representante y/o legal) o funcionarios, con acceso a información privilegiada, de la fiduciaria quedan sujetos a las sanciones administrativas correspondientes impuestas por esta entidad, para cuyo propósito es preciso determinar las condiciones específicas de tiempo, modo y lugar en que ellas se hayan realizado". (Superfinanciera. Conc. 2007057761-003, nov. 28/2007).

PARTE II

Norma general para las sociedades comerciales que aplican a las sociedades fiduciarias para casos diferentes al manejo de información privilegiada

¿Cuándo hay conflicto de interés en el marco de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222/1995?

[§ 078] Habrá conflicto de interés, de forma enunciativa y no limitativa, cuando exista, por parte del administrador un interés directo o indirecto que pueda comprometer su criterio o independencia en la toma de decisiones en el mejor interés de la sociedad, en lo relativo a uno o varios actos, en los que sea parte o esté involucrada la sociedad en la que dicho administrador ejerce sus funciones (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.1 de 2024 que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre conflicto de interés?

[§ 079] JURISPRUDENCIA.—***El riesgo real y actual de daño a la sociedad como un presupuesto definidor del conflicto de interés***. *"(...) El conflicto de intereses —explicó un connotado tratadista del derecho societario— afecta el poder de representación orgánica del administrador. Se presenta como "un impedimento para el desarrollo normal de la relación representativa. El que actúa en conflicto queda privado del ejercicio del poder representativo, por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido".*

Lo anterior entraña un peligro o riesgo razonable de daño para la sociedad, el cual, explica el autor, "no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismas, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder". ...En tales eventos, la satisfacción del

interés propio del administrador o de los terceros a quienes pretende beneficiar, se materializa "en sacrificio del interés social", de modo que no se garantiza la independencia o autonomía de cada uno de los procesos de formación y validación de las voluntades negociales concernidas.

...En la estructura interna del conflicto de intereses, la doctrina especializada ha identificado algunos elementos principales, como:

a) La existencia de una situación antagónica entre intereses diversos.

b) Un interés concreto y particular del asociado que puede ser propio o ajeno.

c) Un nexo causal entre el interés particular o extra societario del asociado y el perjuicio del interés societario.

d) El carácter patrimonial de ese interés.

e) La irrelevancia de la intención del socio de causar perjuicio a la sociedad.

La colisión de intereses normalmente contrapuestos ocasiona que uno pretenda prevalecer sobre el otro, relación de contrapeso en el que la consecución de uno de ellos implica la afectación del otro, de ahí que algunos autores consideren el riesgo real y actual de daño a la sociedad como un presupuesto definidor del conflicto, reclamando que éste pueda detectarse a partir de datos objetivos al momento de estimarse la existencia del enfrentamiento del interés propio o ajeno que persigue el administrador y el del ente social". (CSJ. Cas. Civil. Sent. SC-5509-2021, dic. 15/2021, Rad. 2016-00315-01, M.P. Hilda González Neira).

[§ 080] DOCTRINA.—**La situación que se enmarque dentro de la definición del artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 046/2024 se puede considerar conflicto de interés.** "(...) Decreto 046 del 30 de enero de 2024…Al tenor de la norma transcrita, podría existir un conflicto de intereses, por ejemplo, cuando el administrador celebra directamente un negocio con la sociedad en la que ejerce sus funciones —al tener un interés económico directo en el negocio a desarrollar—, o, cuando la sociedad ejecuta un contrato con el cónyuge de administrador —en este caso el administrador tendría un interés indirecto en la preservación del patrimonio de su cónyuge, pues eventualmente, en caso de divorcio o muerte, este podría tener un efecto en el patrimonio del administrador.

Debe precisarse que…, la definición del conflicto de intereses contenida en el Decreto 046 del 30 de enero de 2024 es meramente enunciativa, por lo que podrán reconocerse, por parte del operador judicial o administrativo, conductas, no contempladas en la definición, como constitutivas de conflicto de intereses". (Supersociedades. Guía sobre la gestión de conflictos de interés y actividades competitivas con la sociedad, num. 4.2, pág. 14).

¿Quiénes se consideran administradores?

[§ 081] Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones (L. 222/1995, art. 22).

¿Cuándo se entiende que hay conflicto de interés por interpuesta persona?

[§ 082] Para los efectos del art. 23 núm. 7 de la Ley 222/1995, con carácter enunciativo y no limitativo, los administradores podrían estar incurriendo en conflicto de intereses por interpuesta persona, cuando en los actos correspondientes sean partes los siguientes sujetos:

1. El cónyuge o compañero permanente del administrador;

2. Los parientes del administrador, de su cónyuge o de su compañero permanente, hasta el segundo grado de consanguinidad o civil, y segundo de afinidad;

3. Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores, detenten la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio;

4. Las sociedades representadas simultáneamente por el administrador;

5. Los patrimonios autónomos en los que el administrador, o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales

anteriores, sean fideicomitentes o beneficiarios, o que ejerza el control efectivo y/o final, o que tenga derecho a gozar y/o disponer de los activos, beneficios, resultados o utilidades; y

6. Las personas que ejerzan control directo o indirecto sobre la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones o las subordinadas de dichos controlantes (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.4 que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015).

¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir en casos de conflictos de intereses?

[§ 083] En caso de que cierto acto o negocio pueda implicar conflicto de intereses con la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones, el administrador se abstendrá de participar, a menos que se cumpla con el siguiente procedimiento:

1. Si el administrador tuviere facultades para convocar a la asamblea general de accionistas, deberá efectuarla, o de lo contrario, revelarlo al representante legal, o a quien tenga facultades para que se efectúe la convocatoria.

2. Si la reunión es extraordinaria, deberá incluirse en el orden del día inserto en la convocatoria el punto relativo al sometimiento a consideración del máximo órgano social del acto o negocio jurídico respecto del cual exista o pueda existir conflicto de intereses. Lo anterior, sin perjuicio de que, en todo caso, al finalizar la reunión se considere la inclusión de este asunto dentro de un nuevo punto del orden del día, en los términos del artículo 425 del Código de Comercio.

3. Si la reunión es ordinaria, es igualmente posible que se considere la inclusión del punto dentro del orden del día, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 182 del Código de Comercio.

4. Durante la reunión el administrador deberá suministrar a los asociados toda la información que sea relevante para la toma de la decisión, de manera clara, veraz y suficiente, debiendo señalar además los hechos que dan lugar a la configuración del conflicto de intereses.

5. La autorización podrá otorgarse cuando el acto o negocio jurídico no perjudique los intereses de la sociedad. Para los efectos de la autorización para participar en el acto en conflicto de intereses, deberá excluirse el voto del administrador si fuere asociado (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.4 que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el procedimiento a seguir en el evento de que se suscite un conflicto de interés?

[§ 084] El administrador que advierte una situación de conflicto de interés que no implique perjuicio a la sociedad podrá solicitar autorización al máximo órgano social para celebrar el acto o negocio. "(…) En este sentido, si el administrador advierte una situación de posible conflicto de intereses con la sociedad en la que éste ejerce sus funciones, deberá abstenerse de participar en el acto o negocio que da lugar al conflicto. En este punto, el administrador deberá sopesar si el acto o negocio jurídico que configura el conflicto podría perjudicar los intereses de la sociedad y en el evento que concluya que no se genera perjuicio, podrá adelantar el procedimiento tendiente a obtener autorización del máximo órgano social para proceder a ejecutar el acto o

negocio… Para efectos de la autorización, entre otros, el administrador deberá suministrar al máximo órgano social toda la información que considere relevante para la toma de la decisión, de manera clara, veraz y suficiente, incluyendo la información de los hechos que dan lugar a la configuración del conflicto de intereses, así como la información que sustenta la no generación de un perjuicio para los intereses de la sociedad. (Supersociedades. Oficio. 220-081301. abr. 18/2024).

¿En qué eventos la Asamblea General de Accionistas pueden impartir autorizaciones generales para negocios que puedan suscitar conflicto de interés?

[§ 085] El máximo órgano social podrá impartir autorizaciones generales, para la celebración de operaciones recurrentes en conflicto de interés y del giro ordinario durante un determinado ejercicio social, siempre y cuando se señalen con suficiente claridad y precisión los actos o contratos que quedarán comprendidos por la referida autorización general, incluida su naturaleza, partes y temporalidad.

En caso de que los actos en conflicto de intereses sean contrarios a los mejores intereses de la sociedad, no se considerarán amparados por la mencionada autorización general (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.4 que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015).

¿Qué deben hacer los administradores cuando la Asamblea General de Accionistas imparte autorizaciones generales?

[§ 086] En estos casos, los administradores deberán llevar un registro fidedigno de las operaciones que se celebren al amparo de la autorización general, con el propósito de presentarlo ante los asociados durante la siguiente reunión ordinaria del máximo órgano social (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.4 par. 3º que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015. L. 222/1995, arts. 29 y 47 num. 3º en concordancia C. Co., art. 446, num. 3º según resulten aplicables).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el procedimiento a seguir en el evento de suscitarse un conflicto de interés con autorización general?

[§ 087] "(…) Ahora bien, el Parágrafo 3º del referido artículo 2.2.2.3.4. establece la posibilidad de impartir autorizaciones generales. En estos eventos, el máximo órgano social, aparte de analizar la información señalada en el inciso anterior, deberá tener en cuenta lo siguiente para efectos de poder otorgar una autorización general: i) que se trate de operaciones del giro ordinario de la sociedad; ii) que se trate de operaciones recurrentes; iii) que las operaciones se realicen en un determinado ejercicio social y; iv) que se señalen con claridad y precisión los actos y contratos que se pretenden realizar, incluida su naturaleza, partes y temporalidad. Sin embargo, es necesario advertir que si alguno de los actos o negocios autorizados de forma general, es contrario a los mejores intereses de la sociedad, tales actos no se entenderán cubiertos por la referida autorización y, en ese sentido, los administradores deberán cerciorarse de que ninguna de las operaciones que se realicen, afecte los mejores intereses de la sociedad.

Una vez otorgada la autorización general, es preciso señalar que los administradores deberán llevar un registro fidedigno de todas las operaciones que se celebren al amparo de la señalada autorización, con el propósito de que tal información haga parte, según aplique, del informe de gestión (numeral 3 del artículo 47 de la Ley 222 de 1995), y del informe especial en caso que Grupos Empresariales, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995. Con base en lo expuesto, considera esta Oficina que la autorización general puede ser utilizada por sociedades que hagan parte de un Grupo Empresarial, previo cumplimiento de los requisitos señalados, así como de las disposiciones legales y estatutarias, que deberán ser analizadas en cada caso específico según las particularidades del Grupo Empresarial". (Supersociedades. Oficio 220-081301. abr. 18/2024).

¿En qué consiste el criterio de discrecionalidad empresarial de los Administradores?

[§ 088] En desarrollo del deber de actuar conforme a la diligencia de un buen hombre de negocios, las autoridades respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de decisiones de negocios, por cuanto se entenderá que se adoptaron de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, bajo un juicio suficientemente informado. Lo anterior, salvo los casos de mala fe, extralimitación de sus funciones, incumplimiento o violación de la ley o de los estatutos, violación del deber de lealtad o cuando correspondan a una decisión manifiestamente mal informada (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.5 que sustituyó el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del DUR. 1074/2015. L. 222/1995, arts. 29 y 47, num. 3º en concordancia C. Co., art. 446, num. 3º según resulten aplicables).

¿Cuándo hay grupo empresarial?

[§ 089] Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección (L. 222/1995, art. 28, inc. 1º).

¿Qué se entiende por unidad de propósito y dirección?

[§ 090] Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas (L. 222/1995, art. 28, inc. 2º).

¿Qué ha dicho la doctrina sobre el criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores?

[§ 091] El respeto por el criterio de los administradores busca que estos puedan asumir riesgos económicos sin ser juzgados *a priori*. "(…) La deferencia al criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores, también conocida como *business judgment rule* (BJR) o regla de discrecionalidad, es una regla de revisión judicial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia del Estado de Delaware (Estados Unidos de América) que reconoce que no corresponde a los jueces auscultar decisiones de negocios tomadas por los administradores de una sociedad, siempre que éstas hayan sido adoptadas de manera informada, bajo parámetros de mercado, en el mejor interés de la sociedad y sin violar la ley o incumplir sus deberes. En esencia, este respeto por el criterio de los administradores busca que

tales personas cuenten con la discreción necesaria para asumir razonablemente riesgos económicos, sin temor a que su gestión sea juzgada *a posteriori*. En Colombia, esta regla ha sido reconocida jurisprudencialmente por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades desde el año 2013 y, en los últimos años, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia SC2749 de 2021. Con fundamento en lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, las autoridades judiciales citadas han considerado que, el parámetro de diligencia exigido a los administradores, de comportarse como un "buen hombre de negocios", supone que la conducta haya sido suficientemente informada, prudente y oportuna, libre de ilegalidad y, por supuesto, bajo el deber de lealtad, ausente de conflictos de intereses". (Supersociedades. Guía sobre la Regla de discrecionalidad Empresarial, págs. 2 y 3).

¿Cuál es la responsabilidad de los accionistas de la fiduciaria?

[§ 092] Los accionistas responderán por los perjuicios que ocasionen a la fiduciaria, a los socios y a terceros cuando hayan autorizado expresamente la realización de un contrato respecto del cual exista conflicto de intereses con la sociedad, en contravía del mandato de votar en interés de la misma, salvo que dicha autorización se haya obtenido sin habérsele proporcionado la información suficiente para la toma de la decisión (D. 046/2024, art. 2.2.2.3.4, num. 4º en concordancia con el art. 43 de la L. 1258/2008 y art. 420, num. 6, C. Co.).

¿Cuándo el administrador incurre en conflicto de interés por interpuesta persona?

[§ 093] Para los fines del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, con carácter enunciativo y no limitativo, los administradores podrían incurrir en conflicto de intereses por interpuesta persona, cuando en los actos correspondientes sean partes los siguientes sujetos:

1. El cónyuge o compañero permanente del administrador;

2. Los parientes del administrador, de su cónyuge o de su compañero permanente, hasta el segundo grado de consanguinidad o civil, y segundo de afinidad;

3. Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores, detenten la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio;

4. Las sociedades representadas simultáneamente por el administrador;

5. Los patrimonios autónomos en los que el administrador, o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores, sean fideicomitentes o beneficiarios, o que ejerza el control efectivo y/o final, o que tenga derecho a gozar y/o disponer de los activos, beneficios, resultados o utilidades; y

6. Las personas que ejerzan control directo o indirecto sobre la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones o las subordinadas de dichas controlantes (D. 1925/2009, art. 3º, compilado DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.3.3. Sustituido D. 046/2024, art. 1º).

PARTE III

Conflicto de Interés para entidades que hacen parte de un conglomerado financiero

¿Qué se entiende por conflicto de interés?

[§ 094] Conforme con lo dispuesto en el artículo 2.39.3.1.3 del Decreto 2555 de 2010, adicionado por el art. 1º del Decreto 1486/2018 y por el Decreto 1870/2017 artículos 2º y 3º, en lo que corresponde al holding financiero, a las entidades que hacen parte de un conglomerado financiero, y a sus vinculados, se entiende por conflicto de interés aquella situación que surge o puede surgir para una o más personas que puedan tomar decisiones, o incidir en la adopción de las mismas, cuando se identifiquen intereses contrarios e incompatibles respecto de un acto o negocio (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.3, D. 1870/2017 arts. 2º y 3º).

¿Qué se entiende por conglomerado financiero?

[§ 095] El conjunto de entidades con un controlante común que incluya dos o más entidades nacionales o extranjeras que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que al menos una de ellas ejerza dichas actividades en Colombia (L. 1870/2017, art. 2º).

¿Cómo está constituido el conglomerado financiero?

[§ 096] El conglomerado financiero está constituido por su controlante y las siguientes entidades subordinadas:

a) Entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y sus subordinadas financieras nacionales y/o en el exterior;

b) Entidades en el exterior que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus subordinadas financieras nacionales y en el exterior;

c) Las personas jurídicas o vehículos de inversión a través de los cuales el holding financiero ejerce el control de las entidades a que se refieren los literales a) y b) del siguiente texto (L. 1870/2017, art. 2º).

¿Qué se considera como holding financiero?

[§ 097] Se considera como holding financiero a cualquier persona jurídica o vehículo de inversión que ejerza el primer nivel de control o influencia significativa sobre las entidades que conforman un conglomerado financiero (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 1º).

¿Qué se entiende cómo primer nivel de control y por vehículo de inversión?

[§ 098] Se entenderá que quien ejerce el primer nivel de control es la persona jurídica o el vehículo de inversión más próximo a las entidades que desarrollen una actividad propia de las vigiladas por la Superintendencia Financiera y que detente el control común de todas las entidades de esa naturaleza que

conforman el conglomerado financiero (L. 1870/2017, art. 3º, par. 1º).

Se entenderá por vehículo de inversión cualquier forma jurídica a través de la cual se detenta, directa o indirectamente, la propiedad y/o control de las acciones de una entidad que haga parte del conglomerado financiero (L. 1870/2017, art. 3º, par. 2º).

¿Qué se entiende por influencia significativa?

[§ 099] La influencia significativa se entenderá en los términos de la presunción del numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, para lo cual no se computarán las acciones ordinarias con derecho a voto de aquellos accionistas que no pueden tener el control de acuerdo con las normas que los rigen.

Las entidades sobre las que se ejerza influencia significativa harán parte del conglomerado financiero, y por tanto, les serán aplicables todas las disposiciones normativas incluidas en este título (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 3º).

¿Cuándo está una sociedad en situación de subordinación o control?

[§ 100] Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras sociedades que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, en cuyo caso se llamará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz evento en el cual se denominará subsidiaria (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 2º, C. Co., art. 260).

¿Cuándo se entiende que existe control y subordinación?

[§ 101] Se entenderá que existe control y subordinación en los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la subordinada pertenezca a la matriz, directa o indirectamente o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de esta (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 2º, num 1º, C. Co., art. 261 num. 1º).

2. Cuando exista mayoría decisoria en la junta directiva de la sociedad (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 2º, num 2º, C. Co., art. 261, num. 3º).

3. Cuando se ejerza influencia dominante en las decisiones de la sociedad por un acuerdo entre accionistas (L. 1870/2017, art. 3º, inc. 2º, num 3º, C. Co., art. 261, num. 3º).

¿Quiénes se entienden cómo vinculados?

[§ 102] De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.39.3.1.2. del Decreto 2555 de 2010 tendrán la calidad de vinculados al conglomerado financiero quienes cumplan alguno de los siguientes criterios al menos frente a una de las entidades que haga parte del mismo:

a) **Control, subordinación y/o grupo empresarial**

1. La persona natural, persona jurídica o vehículo de inversión presenta situación de control o subordinación respecto de una entidad del conglomerado financiero de manera directa o indirecta, cuando existe control y subordinación (C. Co., arts. 260 y 261, nums. 1º, 2º y 3º).

2. Pertenece al mismo grupo empresarial (L. 222/1995, art. 28).

b) **Participación significativa**

Tiene una participación significativa quien o quienes cumplan alguna de las siguientes condiciones:

1. El o los participantes de capital o beneficiarios reales del diez por ciento

(10%) o más de la participación en alguna entidad del conglomerado financiero. Para tal efecto, no se computarán las acciones sin derecho a voto.

2. Las personas jurídicas en las cuales alguna entidad del conglomerado financiero sea beneficiaria real del diez por ciento (10%) o más de la participación. Para tal efecto, no se computarán las acciones sin derecho a voto.

3. Las personas jurídicas que presenten situación de control y subordinación respecto de aquellos definidos en el numeral 1, del presente literal (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.2.).

¿Son vinculados a los conglomerados financieros los patrimonios autónomos y los fondos de inversión colectiva?

[§ 103] No se les aplica la calidad de vinculados a los conglomerados financieros a los patrimonios autónomos en los cuales las políticas de inversión no sean definidas por las entidades del conglomerado financiero, como tampoco a los fondos de inversión colectiva con excepción de los fondos de capital privado (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.2. pár. 1º).

¿Qué se entiende por beneficiario real?

[§ 104] Se entiende por beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.2. pár. 2º, D. 2555/2010, arts. 6.1.1.1.3 inc. 1º).

¿La definición de vinculado al conglomerado financiero afecta la calidad de vinculados para la supervisión individual?

[§ 105] No, La definición de vinculado al conglomerado financiero no afecta las definiciones de la calidad de vinculados para la supervisión individual (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.2. pár. 3º, D. 2555/2010).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los vinculados?

[§ 106] Es obligación del holding financiero informar permanentemente a la Superfinanciera sobre sus vinculados y las operaciones que realicen con el conglomerado financiero. "(…) Así mismo, el artículo 2.39.3.2.4 ibidem prevé como deber de los holdings financieros identificar, actualizar permanentemente y mantener a disposición de esta Superintendencia "la información acerca de sus vinculados, de las exposiciones vigentes con estos, así como la información relacionada con las operaciones que se realicen entre las entidades que conforman el conglomerado financiero", sin perjuicio

de otra información que pueda requerir esta autoridad para efectos de su labor de supervisión.

En concordancia con lo anterior, el numeral 1 del Capítulo II, Título V de la Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 29 de 2014) señala que, adicional al deber de los holdings financieros de formular las mencionadas políticas que les permitan cumplir con la referida obligación frente a este Supervisor, es deber de las entidades integrantes de los conglomerados financieros preparar y poner a disposición de los primeros "toda la información necesaria para la identificación de sus vinculados y contar con los mecanismos adecuados para reportarle las operaciones que realicen con éstos, así como las operaciones que realicen con otras entidades del conglomerado". (Superfinanciera. Conc. 2021230954-008, feb. 2/2022).

¿A qué órgano social del holding financiero le corresponde determinar las situaciones de conflicto de interés?

[§ 107] El holding financiero, a través de su Junta Directiva, deberá determinar las directrices generales para una adecuada identificación, revelación, administración y control de los conflictos de interés que surgen o pueden surgir en las operaciones que realicen las entidades que integran un conglomerado financiero y sus vinculados, incluidas aquellas que se realicen con recursos que provengan de la actividad de administración de recursos de terceros, respetando el equilibrio entre sus intereses, los de las subordinadas, los del conglomerado en su conjunto, los inversionistas y afiliados, sin perjuicio de las obligaciones legales que le asisten a los administradores de cada una de las entidades que integran el conglomerado financiero.

Se entenderán como administradores los definidos en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 2º).

¿A quiénes se les aplican las directrices de la junta directiva del holding financiero y qué deben consagrar?

[§ 108] Las directrices serán aplicables a las entidades que conforman el conglomerado financiero, y deberán consagrar como mínimo los siguientes deberes:

a) El deber de abstención o prohibición de actuación;

b) El deber de información;

c) El deber de obtener decisión;

d) El deber de revelación y;

e) El deber de transparencia.

(D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 5º).

¿En qué consiste el deber de abstención o prohibición de actuación?

[§ 109] Al momento de verificarse la existencia de un conflicto de interés o frente a la duda de la existencia del mismo, la persona incursa debe:

a) Abstenerse de adelantar el acto u operación generadora del conflicto,

b) No podrán intervenir en el debate ni influir en la decisión que se adopte, y

c) Abstenerse de dar información incompleta.

No obstante, la persona incursa en conflicto de interés podrá participar en el acto u operación cuando cuente con las autorizaciones a que haya lugar (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título

3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4, inc. 5º, lit. a)).

¿En qué consiste el deber de información?

[§ 110] Al observarse la existencia de un conflicto de interés, la persona incursa deberá ponerlo en conocimiento de la Junta Directiva u órgano que haga sus veces (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 5º literal b)).

¿En qué consiste el deber de obtener decisión?

[§ 111] En los eventos que se presente conflicto de interés deberá mediar decisión motivada de la Junta Directiva u órgano que haga sus veces de la entidad incursa (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 5º lit. c)).

¿En qué consiste el deber de revelación?

[§ 112] En el informe de rendición de cuentas de fin de ejercicio que se presente a la Asamblea General de Accionistas u órgano que haga sus veces se deberá incluir un capítulo especial relativo a las situaciones de conflictos de interés que se hubiesen presentado, informe que deberá contener el detalle, características e información relevante de dichas situaciones, junto con las decisiones y acciones tomadas al respecto (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 5º lit. d)).

¿En qué consiste el deber de transparencia?

[§ 113] En el desarrollo de las operaciones en que se observen conflictos de interés, el holding y demás entidades que conformen el conglomerado financiero deben velar y propender por la transparencia y la celebración de las mismas en condiciones y precios de mercado (D. 1486/2018, art. 1º que adicionó el Título 3 al Libro 39 de la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.39.3.1.4. inc. 5º, lit. e)).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia respecto de las sociedades matrices y subordinadas?

[§ 114] DOCTRINA.—**Interacción Permitida y Prevención de Conflictos de Interés en Contratos entre la matriz y la filial.** "(…) Tampoco es posible calificar de forma "previa y general" como generadora de conflictos de interés, la simple celebración de un contrato que…. involucre al establecimiento de crédito matriz con su fiduciaria filial, pues tal hecho también implicaría desconocer que en la estructura del Sistema Financiero está autorizada la interacción entre sujetos del mismo grupo, v.gr. en contratos de uso de red de oficinas o en aquellos casos en que el contrato se celebra en consideración a las calidades y condiciones del sujeto con quien se establece la relación.

Según lo anterior, es claro que el conflicto de interés se puede presentar en la ejecución de los contratos, aspecto que debe ser previsto y conjurado previamente por las partes y que impide en estos casos, como se dijo, la calificación previa del conflicto de interés.

Así las cosas, son las mismas sociedades que integran el grupo financiero las que, de advertir que con una operación que involucre a la matriz y a una de sus filiales pueden afectarse los intereses de los constituyentes, fideicomitentes, y/o beneficiarios del fondo que involucra determinada operación, deben "abstenerse en la realización de la misma en tanto advierta que pueda derivarse para ellos un perjuicio económico".

(…)

Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales quede debidamente comprobado que las entidades sometidas al control y vigilancia de esta Superintendencia no adoptaron los mecanismos de protección suficientes o que en desarrollo de un contrato particular se desconoció el deber de abstención de celebrar operaciones generadoras

de conflictos, resultará procedente la adopción de las medidas administrativas tendientes a garantizar la confianza en el sector financiero, toda vez que una determinación en tal sentido debe corresponder al análisis de las condiciones particulares presentadas en el desarrollo del contrato respectivo". (Superfinanciera. Conc. 2007059749-001 dic. 28/2007).

¿Qué se entiende por beneficiario real?

[§ 115] Es cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción o de cualquier participación en una sociedad, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes, o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción o de la participación.

Conforman un mismo beneficiario real los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia Financiera de Colombia con fines exclusivamente probatorios.

Una misma persona o grupo de personas se considera beneficiario real de una acción o participación si tiene derecho a hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos.

Se entiende que conforman un "grupo de personas" quienes actúen con unidad de propósito (D. 2555/2010, arts. 6.1.1.1.3; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2, subnum. 2.2.5).

Cláusula compromisoria y el compromiso

¿Qué es la cláusula compromisoria?

[§ 116] Es el pacto contenido en un contrato o en documento separado referido a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral (L. 1563/2012, art. 4º).

¿Cuáles son las características de la cláusula compromisoria?

[§ 117] Son las siguientes:

a) Las diferencias deben tener causa en un contrato expreso;

b) Las diferencias son futuras y desconocidas al momento de estipular la cláusula; y

c) Puede contemplarse en el contrato mismo o en documento separado.

¿Es autónoma la cláusula compromisoria del contrato del cual forma parte?

[§ 118] Sí. En consecuencia, pueden someterse al procedimiento arbitral las

controversias en las cuales se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido (L. 1563/2012, art. 5º).

¿Qué se requiere para que la cláusula compromisoria por documento separado produzca efectos jurídicos?

[§ 119] Deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere (L. 1563/2012, art. 4º).

¿Qué es el compromiso?

[§ 120] El compromiso, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto —que puede estarse tramitando o no judicialmente—, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un tribunal de arbitramento.

¿Dónde debe constar el compromiso y qué debe constar?

[§ 121] Puede estar contenido en cualquier documento, y debe contener:

a) Los nombres de las partes;

b) La indicación de las controversias que se someten al arbitraje;

c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes pueden ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.

(L. 1563/2012, art. 6º).

¿Cuáles son las diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso?

[§ 122] La cláusula compromisoria es una disposición en un contrato donde las partes acuerdan que cualquier conflicto futuro será resuelto por árbitros. Por otro lado, el compromiso es un acuerdo arbitral para resolver un conflicto ya existente, evitando así la justicia ordinaria y llevándolo a un tribunal de arbitramento.

¿En qué sentido se han pronunciado la jurisprudencia sobre la cláusula compromisoria y el compromiso?

[§ 123] JURISPRUDENCIA.—***La cláusula compromisoria tiene como fuente un contrato, entretanto que el compromiso tiene como fuente un litigio.*** *"La cláusula compromisoria tiene su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado.*

(...)

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto —que puede estarse tramitando o no judicialmente—, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un tribunal de arbitramento". (C.E. mar. 7/2012. Rad. 1997-04862-01(18013). C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

¿Cuál es el fin de la estipulación de la cláusula?

[§ 124] En los negocios fiduciarios las partes pueden pactar la cláusula compromisoria con la finalidad de que las controversias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de los mismos sean conocidas y dirimidas por un tribunal de arbitramento.

¿A quiénes vincula la cláusula compromisoria en un contrato de fiducia mercantil?

[§ 125] La cláusula compromisoria vincula a las partes del contrato de fiducia

mercantil que convienen resolver las controversias que puedan surgir entre ellas a través de un tribunal arbitral (L. 1563/2012, arts. 1º y 4º).

¿Qué actos o contratos vincula la cláusula compromisoria?

[§ 126] La cláusula compromisoria vincula los actos o contratos cuyas diferencias o controversias se manifestaron expresamente en la misma y que se han de someter a arbitraje (L. 1563/2012, arts. 4º y 6º).

¿Pueden vincularse terceros mediante llamamiento en garantía a la cláusula arbitral?

[§ 127] De acuerdo con el artículo 64 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso CGP, quien afirme tener un derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que se tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

¿En qué sentido se han pronunciado la jurisprudencia?

[§ 128] JURISPRUDENCIA.—***Con la vinculación del tercero llamado en garantía no se desconoce el principio constitucional de voluntariedad de la jurisdicción arbitral****. "Como el llamamiento en garantía implica la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante (garantizado) y llamado (garante) y permite traer al último a un proceso (el arbitral por ejemplo) como tercero, con el propósito de exigirle la declaración de condena que llegare a sufrir el llamante como resultado del laudo arbitral, esta relación es la que autoriza la posibilidad de vincular a este tercero garante a los efectos del pacto arbitral. Por ello, el tercero es vinculado por la decisión adoptada en el proceso al que es llamado, con fundamento en que ha suscrito un contrato de garantía con una de las partes del proceso, y no con fundamento en que ciertas características de su participación en el proceso lo asimilen a quienes tienen la calidad de parte". (C. Const. Sent. C-170, mar. 19/2014. M.P. Alberto Rojas Ríos).*

¿Cuándo se extinguen o terminan los efectos de la cláusula compromisoria?

[§ 129] El ordenamiento jurídico no establece expresamente una forma solemne o especial para la terminación del pacto arbitral, son la jurisprudencia y la doctrina quienes se han pronunciado al respecto.

¿Qué ha considerado la jurisprudencia y la doctrina sobre la terminación del pacto arbitral?

[§ 130] JURISPRUDENCIA.—***La irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria en los contratos estatales.*** *"(…) Así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solemne) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.*

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben

observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen". (C.E., Sent. Rad. 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859). abr. 18/ 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

[§ 131] JURISPRUDENCIA.—***Pérdida de vigencia de la cláusula compromisoria por el consenso de las partes.*** *"(...) Ello entraña, obviamente, que el legislador o los tribunales judiciales pueden apartarse de los apotegmas jurídicos, cuando lo consideren pertinente, sin que ello implique que por ese solo hecho sus decisiones puedan ser objeto de tacha de inconstitucionalidad. A manera de ejemplo, el proverbio que reza "en el derecho, las cosas se deshacen como se hacen" es ampliamente reconocido. Sin embargo, este apotegma ha sido inaplicado por la Corte Suprema de Justicia en lo que se refiere a la pérdida de vigencia de la cláusula compromisoria. La ley establece que la cláusula debe consagrarse siempre por escrito. Ello implicaría, de acuerdo con el mencionado aforismo, que la cláusula solamente puede derogarse por medio de un convenio escrito entre las partes. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, después de muchos años de sostener esa posición, ha determinado que la cláusula compromisoria también puede perder vigencia por el consenso tácito de los contratistas, que se evidenciaría cuando una de las partes acude a la justicia para que esta resuelva las diferencias alrededor del contrato, y la parte demandada decide incorporarse al proceso sin hacer ninguna referencia a la existencia del pacto compromiso". (C. Const., Sent. C-248, abr. 21/99. M.P. Eduardo Cifuentes).*

[§ 132] DOCTRINA.—**Excepción previa de compromiso.** "(...) El compromiso y la cláusula compromisoria determinan la renuncia a hacer valer las pretensiones consiguientes ante los jueces, por lo cual en caso de que existiendo ellos se someta la cuestión a la jurisdicción ordinaria, el demandado puede hacer valer la excepción previa de compromiso (CPC, art. 97), pero si no lo hace se entiende que las partes aceptan las operancias de los jueces ordinarios, salvo que con la demanda o durante el proceso se acredite la existencia del compromiso o de la cláusula compromisoria, pues si ello ocurre en el primer momento el juez no puede darle curso a la demanda por carencia de jurisdicción, y en el segundo debe decretar de plano la nulidad de lo actuado por igual motivo, porque dicha causal es insaneable". (Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial, Séptima edición 1973. ABC, Bogotá, pág. 423).

NOTA: El artículo 97 num. 3º del CPC, fue derogado por el art. 100 del num. 2º del CGP.

Encargo fiduciario

¿Qué es el encargo fiduciario?

[§ 133] Es el contrato en virtud del cual el encargante encomienda a la fiduciaria la realización de inversiones, la administración de bienes o derechos y/o la ejecución de actividades, para beneficio o interés propio o de un tercero, las cuales pueden implicar o no la entrega de bienes (EOSF, art. 29 lit. b); Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 1º. subnum. 1.1).

¿Cuál es la característica del encargo fiduciario?

[§ 134] Su característica consiste en que es un encargo de confianza para que el fiduciario cumpla con las tareas o instrucciones encomendadas por el encargante.

¿Cuáles son las diferencias entre el encargo fiduciario y el mandato mercantil?

[§ 135] Las diferencias son:

Mandato mercantil	Encargo fiduciario
El mandatario puede ser cualquier persona natural o jurídica.	El administrador solo puede ser una sociedad fiduciaria.
En el mandato se encomienda al mandatario la ejecución de uno o más actos de comercio por cuenta del mandante, sin que haya entrega de bienes.	Cuando el encargo fiduciario, implique administrar bienes, el encargante entregará los bienes a la sociedad fiduciaria con el fin que cumpla con la finalidad determinada en el contrato.
El mandatario puede renunciar al mandato en cualquier momento por causas justificadas.	El fiduciario puede renunciar a su gestión por las causales contempladas expresamente en el contrato o en la ley, previa autorización de la Superintendencia Financiera.
El mandatario está facultado por la ley para renunciar cuando el mandante no coloque los recursos necesarios para ejecutar el mandato.	El fiduciario puede renunciar cuando el encargante no coloque los recursos necesarios para ejecutar el encargo con previa autorización de la Superintendencia Financiera.
El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa.	El constituyente o encargante podrá revocar el encargo cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo.
El mandato terminará por la muerte o la inhabilitación del mandante.	El encargo fiduciario termina por la muerte del encargante si así se hubiere contemplado expresamente en el contrato.
El mandatario está facultado por ley para comprometerse a anticipar fondos para el desempeño del mandato, y en este evento estará obligado a	La fiduciaria por expreso mandato legal no puede colocar recursos propios para la ejecución del encargo.

Mandato mercantil	Encargo fiduciario
suplirlos, excepto en el caso de suspensión de pagos o quiebra del mandante.	
El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación.	La fiduciaria deberá pedir instrucciones al Superintendente Financiero cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias.
La insolvencia o quiebra del mandatario no extingue el mandato.	El encargo fiduciario se extingue por disolución de la entidad fiduciaria.
El mandato puede ser conferido también en interés del mandatario.	El encargo fiduciario no puede ser constituido en interés de la fiduciaria.

(C. Co., arts. 1226 y 1262, ss.; EOSF, art. 29, lit. b); Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 1. subnum. 1.1).

¿Cuáles son las diferencias entre el encargo fiduciario y la fiducia mercantil?

[§ 136] Las diferencias son:

Encargo fiduciario	Fiducia mercantil
No hay transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario.	Hay transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario.
Los bienes entregados al fiduciario no salen del patrimonio del constituyente o encargante.	Los bienes transferidos a la fiduciaria salen del patrimonio del fideicomitente.
Con los bienes entregados no se constituye un patrimonio autónomo, porque no hay transferencia de la propiedad.	Con los bienes transferidos se constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el contrato.
Los bienes objeto del encargo fiduciario pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores del constituyente o encargante.	Los bienes transferidos y que conforman el patrimonio autónomo no pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores del fideicomitente, excepcionalmente y cuando se den las condiciones para ejercer la acción del artículo 1238 del Código de Comercio.

(C. Co., arts. 1226, 1262 y ss.; EOSF, art. 29, lit. b), Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superinfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 1º, subnum. 1.1).

¿Cuál es la normatividad aplicable al encargo fiduciario?

[§ 137] A los encargos fiduciarios les aplican las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF, art. 146; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 1.1, inc. 2º).

Fiducia mercantil

¿Qué es la fiducia mercantil?

[§ 138] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, trasfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quién se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

¿Por qué se caracteriza la fiducia mercantil?

[§ 139] Se caracteriza principalmente por:

1) La transferencia de la propiedad de los bienes a la fiduciaria, y

2) La constitución de un patrimonio autónomo con los bienes transferidos afectos a la finalidad del contrato (C. Co., arts. 1226, 1227 y 1233).

¿Quién es el tenedor de los bienes fideicomitidos?

[§ 140] En el contrato de fiducia se definirá quién se reserva la tenencia de los bienes fideicomitidos.

Por lo general el fideicomitente se reserva la tenencia de los bienes, en los contratos de fiducia en garantía porque los bienes hacen parte de sus dependencias de operación o su habitación, y en los contratos de fiducia inmobiliaria cuando se trata de lotes para el desarrollo de proyectos de construcción.

Se ha acostumbrado instrumentalizar la tenencia de los bienes con contratos de comodato precario.

Patrimonio autónomo

¿Qué es el patrimonio autónomo y cuál es su naturaleza jurídica?

[§ 141] El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, de creación legal expresa, afecto a una finalidad determinada, cuyos bienes o activos responden por las obligaciones de carácter patrimonial que se adquieran en el cumplimiento de la finalidad.

Su tipificación en el Código de Comercio obedece a la teoría objetiva o económica de origen alemán que le reconoce al patrimonio autónomo una individualidad jurídica propia afecta a una finalidad determinada, de conformidad con las características señaladas en los artículos 1227 y 1233 de dicho código, es decir, que los bienes que lo conforman no forman parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria y que solo garantizan las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad de la fiducia.

No obstante que los patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones por la doctrina, tales como de afectación, de destino, separados y patrimonios autónomos, entre otros, esta última denominación es la que ha acogido y definido la ley colombiana.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, debe celebrar y ejecutar diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario debe informar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo (C. Co., arts. 1226, 1227, 1233; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo?

[§ 142] DOCTRINA.—**Teorías subjetiva y objetiva o económica sobre el patrimonio.** "Sobre el patrimonio existen dos teorías principales que parece conveniente reseñar (...). De una parte, la teoría subjetiva clásica que ve en el patrimonio un reflejo directo de la personalidad y que, estimándolo como noción abstracta, permite comprender en él tanto derechos y las obligaciones de un sujeto existente en un momento dado, como la aptitud para adquirir los primeros o contraer las segundas. Se tiene, entonces, como una universalidad jurídica directamente emanada de la personalidad cuyo contenido, más que real, es potencial. Como consecuencia de esta teoría toda persona tiene un patrimonio y solamente las personas pueden tenerlo. Nadie tiene más que un patrimonio y el mismo es inseparable e inalienable. Pueden contraer nuevas obligaciones, adquirirse nuevos derechos o cederse unas y otros, pero el patrimonio como atributo de la persona continuará vinculado indefinidamente al individuo mientras subsista como tal.

Pero al lado de dicha teoría o contra la misma, por ciertos aspectos, existe la llamada teoría objetiva o económica, que le reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida. Se explican así los llamados patrimonios especiales en cabeza de una persona y que coexisten con su patrimonio general, por lo que constituirían excepción indudable a la afirmación según la cual la persona no puede tener más de un patrimonio y los denominados autónomos o separados que tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto el sustento personal propio de la doctrina clásica. Esta noción de los patrimonios autónomos tiene importancia indudable en el derecho moderno para explicar ciertas situaciones jurídicas en las cuales la teoría tradicional tropezaba con algunas dificultades.

(...).

El Código de Comercio, inspirado, sin duda, en la teoría de la afectación, considera los bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario ni con los de los otros patrimonios autónomos que administre el fiduciario (...)". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera edición 2005. Legis, Bogotá, pág. 198).

¿Qué bienes pueden conformar el patrimonio autónomo?

[§ 143] El patrimonio autónomo puede estar conformado por toda clase de bienes y derechos, es decir, tanto bienes corporales, muebles o inmuebles, como incorporales.

[§ 144] DOCTRINA.—**El patrimonio autónomo puede estar constituido con bienes singulares de carácter corporal e incorporal.** "En términos generales, toda clase de bienes y derechos pueden constituirse en fideicomiso, salvo aquellos personalísimos del fideicomitente que, en general, no son nunca susceptibles de enajenación. Esto significa, que en la práctica pueden transferirse bienes tanto corporales como incorporales y entre los primeros tantos muebles como inmuebles. Pero, en nuestro país, solo cabe enajenar bienes singulares, es decir, no cabe la transferencia de universalidades, lo que se admite

en algunas legislaciones". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios, su significación en América Latina. Edición 2005, Legis, Bogotá, pág. 196).

¿Cuáles son los efectos jurídicos de la constitución del patrimonio autónomo?

[§ 145] Los siguientes son los efectos jurídicos de la constitución del patrimonio autónomo:

1. Limitación de la responsabilidad patrimonial de las obligaciones que adquiere la fiduciaria en cumplimiento de la finalidad de la fiducia, a los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

2. Exclusión de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria.

3. Exclusión de la garantía general de los acreedores del fiduciante o fideicomitente.

4. Exclusión de la garantía general de los acreedores del beneficiario.

¿En qué consiste la limitación de la responsabilidad patrimonial?

[§ 146] Los bienes que conforman el patrimonio autónomo garantizan las obligaciones contraídas por la fiduciaria como vocera del fideicomiso para la consecución de la finalidad del contrato (C. Co., arts. 1227 y 1233).

¿Cuál ha sido la posición de la doctrina y la jurisprudencia acerca de la limitación de la responsabilidad patrimonial?

[§ 147] DOCTRINA.—**El fenómeno del patrimonio autónomo tiene como único efecto jurídico la limitación de la responsabilidad patrimonial.** "Los patrimonios autónomos no son entes con personería ni entidad jurídica, y por tanto, no requieren personería o vocería. La fiduciaria es propietaria plena de los activos afectos al patrimonio autónomo. Por otra parte, ella es quien se obliga con los terceros que contrata, en cumplimiento de la finalidad del contrato. El efecto jurídico del patrimonio autónomo radica en que la garantía, la coerción ante el incumplimiento de la fiduciaria, la prestación sustitutiva condicional de pagar el daño del incumplimiento, se hace efectiva únicamente contra los bienes del patrimonio autónomo (C. Co., arts. 1227 y 1233) y no contra todos los bienes que posea con ocasión de otros negocios fiduciarios y de su propio objeto social (C.C., art. 2488).

En materia del régimen que escogió la legislación comercial colombiana, dado que la fiducia es un contrato de medio de gestión y/o de administración, instituyó al fiduciario como gestor intermediario para crear vínculos jurídicos con los demás sujetos de derecho, sujetando los efectos patrimoniales de esas relaciones a los activos del patrimonio autónomo. (...)". (Manrique Nieto, Carlos. Jurisconsulta. Estudio de la Fiducia en Colombia. Cámara de Comercio de Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas Nº 2, mar./99, págs. 44 y 45).

[§ 148] JURISPRUDENCIA.—***Los bienes transferidos en fiducia forman un patrimonio afecto a la finalidad del contrato y no forman parte de los bienes del fiduciario ni de los bienes de otros fideicomisos.*** *(...) "En efecto, la propiedad transferida por el fiduciante y adquirida por el fiduciario está fuertemente limitada por su destinación única y exclusiva a las finalidades fiduciarias, circunscrita a éstas y, con ella se integra un patrimonio de afectación o destinación; los bienes objeto de fiducia "no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida", están "separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios" (artículo 1227 Código de Comercio) y "forman un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo" (artículo 1233, Código de Comercio), o sea, constituyen un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio del fiduciante y del fiduciario destinado a la realización de un determinado fin en beneficio de aquél o del beneficiario (...)". (CSJ. Sent. jul. 30/2008. 1999-01458-01 M.P. William Namén Vargas. Extracto publicado por la Superintendencia Financiera).*

¿Tiene personería jurídica el patrimonio autónomo?

[§ 149] El patrimonio autónomo no es un ente con personería ni identidad jurídica, pero puede adquirir derechos y contraer obligaciones, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, por lo que puede, entre otros, contratar, endeudarse, demandar y ser demandado.

En consecuencia, los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia, y pueden ser sujetos procesales (D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1 y L. 1564/2012, num. 2º, art. 53).

¿Qué ha dicho la doctrina?

[§ 150] DOCTRINA.—**Los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin.** "(...) El inciso 1º del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, preceptúa lo siguiente: artículo 1º. **Derechos y deberes del fiduciario.** Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

De la norma transcrita resulta claro que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas como tampoco naturales, como ya se expuso son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin". (Superfinanciera, Conc. 2013010362-001, mar. 18/2013).

[§ 151] DOCTRINA.—**Los patrimonios autónomos por no gozar de personería jurídica no tienen capacidad para ser accionistas en una sociedad anónima**. "(...) sólo quienes gozan de personalidad jurídica tienen capacidad para celebrar contratos de sociedad en las diversas modalidades societarias contenidas en el Código de Comercio, de lo cual se colige que entes tales como los patrimonios autónomos, que no gozan de tal atributo, carecen de capacidad para tal fin, posición que ha sido plasmada en varios de sus pronunciamientos...

(...)

Entonces es fácil concluir, (...) que, si el patrimonio autónomo carece de personalidad jurídica, mal puede concurrir a la celebración de un contrato de sociedad...". (Superfinanciera. Conc. 220-115276 sep. 15/2009*).*

¿Quién es el vocero del patrimonio autónomo?

[§ 152] El fiduciario es el vocero del patrimonio autónomo en el ámbito jurídico, por razón de la titularidad que ostenta sobre los bienes que lo conforman y que fueron transferidos a título de fiducia por el fideicomitente.

En virtud de lo anterior, y en desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia (D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1. inc. 3º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la representación del patrimonio autónomo?

[§ 153] DOCTRINA.—**La sociedad fiduciaria actúa en representación del patrimonio autónomo.** "Quien actúa en representación del patrimonio

autónomo respecto del ejercicio de los derechos y obligaciones que conceden las acciones de una sociedad por acciones simplificada es la sociedad fiduciaria con quien se celebró el contrato de fiducia, la cual deberá estar identificada en el libro de registro de accionistas de la compañía en los términos de la norma en comento. (...).

Sin embargo, la vocería de dicha sociedad fiduciaria está circunscrita a las instrucciones impartidas en el acto constitutivo por el fideicomitente o por el beneficiario del contrato de fiducia mercantil, según el caso". (Superfinanciera, Conc. 20100528113-001, sep. 24/2010).

[§ 154] DOCTRINA.—**La vocería del patrimonio autónomo, por parte del fiduciario, no constituye un mandato con representación porque en la fiducia mercantil hay transferencia de bienes.** "En la fiducia mercantil, pues, no hay un mandato con representación. Y no se da porque mediante este negocio fiduciario se constituye un patrimonio autónomo o de afectación al cumplimiento de obligaciones del fideicomiso; dicho patrimonio tiene que estar separado de los otros patrimonios de los cuales también sea titular el fiduciario. Cuando actúa el fiduciario no lo hace en nombre propio y por cuenta del patrimonio autónomo o en nombre propio y por cuenta y riesgo del fideicomitente; sino en nombre y por cuenta del patrimonio autónomo.

Tampoco hay mandato con representación porque en esta gestión el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante sin necesidad de que el mandatario se haga dueño de los bienes que va a invertir, administrar, enajenar o constituir en garantía, según el caso. En la fiducia se requiere el acto de transferencia del bien objeto del encargo que garantizará las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida. De otra parte, si bien en principio, el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial cuando celebra negocios relacionados con el cumplimiento de la finalidad de la fiducia, de todos modos sobre él pesa la carga de hacer notar que no obra para sí y por cuenta propia sino que obra en nombre y por cuenta del patrimonio autónomo por cuanto de no hacerlo la comprometería". (Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Segunda edición 2006. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 80).

[§ 155] DOCTRINA.—**El fiduciario debe accionar como administrador del patrimonio.** "(...) Un segundo debate se ubica en el derecho procesal frente a la expedición de las reglas sobre insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006) y el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), este debate parte de la idea de que los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia no son personas naturales ni jurídicas, por lo tanto, la labor del fiduciario es su administración. El fiduciario en su gestión puede encontrarse frente a situaciones en las que, por razón de la finalidad convenida y deberes indelegables, deba reclamar derechos en favor del fideicomiso o pagarlos, por lo que surge la pregunta de a quién se demanda o quién demanda, según el caso que se presente. La respuesta consistió en indicar que el fiduciario debía accionar como administrador del patrimonio, pues si bien no era propietario, administraba la universalidad jurídica, es decir, se trataba de un deber indelegable.

Este sencillo y correcto argumento no soluciona el problema de la capacidad para ser parte, que en principio tiene como sujetos a las personas y no a las cosas. La primera respuesta se encuentra en la ley de insolvencia al autorizar que los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales como cometidos fiduciarios, pueden ser sujetos del procedimiento y solicitar la aplicación del régimen.

Sin embargo, un curioso decreto fue expedido con el fin de aclarar que la sociedad fiduciaria no era llamada a responder personalmente al proceso, sino tan solo como "vocera" del patrimonio autónomo. Este decreto de un solo artículo, incorpora el término "vocero" para designar en materia procesal lo que supone la labor de administración y ejecución del fideicomiso y sus responsabilidades, frente a la protección, defensa y ejercicio de derechos en función de los objetivos de administración definidos en el acto constitutivo del contrato. El segundo paso firme, unos años después, fue la incorporación de los patrimonios autónomos en el listado de los sujetos procesales en el Código General del Proceso, estableciendo que la sociedad fiduciaria está llamada a comparecer procesalmente como administrador de los mismos". (Publicación Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, El patrimonio autónomo y la fiducia: entre las discusiones teóricas y la práctica judicial para la construcción de una dogmática fina en Colombia, Carlos Andrés González León, Antonio Bohorquez Orduz Universidad libre, sede Cartagena).

[§ 156] DOCTRINA.—**El fiduciario deberá llevar la personería para la protección y**

defensa de los bienes fideicomitidos. "(...) En efecto, dentro de los deberes indelegables que enumera el legislador se dispone que el fiduciario deberá llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra los actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente; o sea, la fiduciaria como representante del patrimonio autónomo podrá ser tanto demandante como demandada cuando estén en discusión asuntos relacionados con los bienes objeto del encargo". (Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Segunda Edición 2006. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 81).

¿Cuál es el alcance de la vocería del patrimonio autónomo?

[§ 157] Todos los actos jurídicos y contratos que ejecute o celebre el fiduciario para la consecución de la finalidad contemplada en el acto constitutivo, serán en nombre y por cuenta del patrimonio autónomo, limitando los efectos jurídicos y responsabilidad sobre los mismos con los activos o bienes que lo conforman. Por ello, en su parte final el inciso 2º del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 prescribe que "...el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo".

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina?

[§ 158] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario, en la suscripción del contrato de fiducia y los contratos coaligados con este, debe manifestar que obra en nombre del patrimonio autónomo para no obligarse a título personal.*** *"en opinión del tribunal, la carga de la que da cuenta la cláusula segunda del "contrato de encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso XX", esto es, administrar, de manera armónica con las disposiciones de la fiducia, los dineros sufragados por XX, habría surgido para la fiduciaria previa expresión de su voluntad en el referido convenio escrito, en el que esta última estampó su firma sin dejar constancia de obrar como vocera de patrimonio autónomo alguno. Ello significa que, bien vistas las cosas, en el fallo de segundo grado se entendió que Fiduciaria XX, actuando en propio nombre, sí fue parte del referido "contrato de encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso XX", porque había exteriorizado su voluntad de obligarse, en los términos ya explicados. De ahí que en esa providencia se refrendara la decisión de condenar a las accionadas, como secuela necesaria de la resolución, por incumplimiento, de la aludida convención". (CSJ. SC. Sent. SC5175-2020 dic. 18/2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).*

[§ 159] JURISPRUDENCIA.—***Al fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa.*** *"Entonces y tal como lo hemos sostenido desde el punto de vista sustancial el fiduciario debe obrar por el patrimonio autónomo con el fin de que no se entienda que es un acto propio y que eventualmente pueda comprometer su patrimonio personal, debe informarles de su condición a los terceros con quienes contrata: "Es a él entonces, a quien la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del Código de Comercio". (CSJ, Cas. Civil. Sent. ago. 3/2005. Exp. 1909. M.P. Silvio Fernando Trejos).*

¿Es sujeto procesal el patrimonio autónomo?

[§ 160] El patrimonio autónomo tiene capacidad para concurrir procesalmente, ya sea como demandante, demandado o tercero, por cuanto la ley lo faculta para ser parte en estos procesos.

La capacidad procesal del patrimonio autónomo se entiende en cuanto estén comprometidos los intereses del patrimonio autónomo y comparecerá al proceso por medio de representante legal o apoderado de la fiduciaria.

Cuando los intereses comprometidos en el debate judicial correspondan a la fiduciaria como gestora del patrimonio autónomo, será esta la que deberá concurrir al debate judicial en nombre propio.

El inciso 3º, del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 sobre el particular establece: "En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia" (L. 1564/2012, art. 53, num. 2º; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1, inc. 3º; C. Co., arts. 1233 y 1234, num. 4º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre la capacidad procesal del patrimonio autónomo?

[§ 161] JURISPRUDENCIA.—***Cuando se requiere la comparecencia del patrimonio autónomo en un proceso, ya sea, como demandante o como demandado es el fiduciario quién lo representa como titular de los bienes fideicomitidos.*** *"Y ya no desde el punto de vista negocial que se acaba de examinar, sino de los efectos que debe reflejar para cuando con ocasión de la realización de un acto jurídico, como es la celebración de un contrato, se ve precisado el fiduciario a demandar al otro contratante o por el contrario a recibir el reclamo judicial que hace este en torno al mismo, importa igualmente determinar cómo debe darse su comparecencia al respectivo proceso, lo que se traduce en establecer su condición procesal en asuntos que atañen con el susodicho patrimonio autónomo, punto en el cual cabe hacer las siguientes reflexiones:*

a) Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia..., en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad". (CSJ, Cas. Civil, Sent. ago. 3/2005. Exp. 1909. M.P. Silvio Fernando Trejos. Publicada por RedJurista).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia sobre la legitimidad por pasiva de la fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo?

[§ 162] DOCTRINA.—**Capacidad procesal de los fideicomisos mercantiles.** "Los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados, o terceros, porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente —oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo—, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos "derechos reconocidos por la ley sustancial". (Peña Castrillón, Gilberto. Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edición 1989. Kelly, Bogotá, pág. 118).

[§ 163] JURISPRUDENCIA.—***Legitimación en la causa por pasiva cuando la demanda se dirige contra la fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo.*** *"4.1. En el caso que se examina,* ***se incurrió en un defecto fáctico por omisión*** *porque el Juzgado Quince Civil del circuito* ***paso por alto y no advirtió*** *que la actora al presentar la demanda no la dirigió contra LA FIDUCIARIA como persona jurídica*

independiente, sino que efectivamente ***dirigió la demanda contra LA FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL PATRIMONIO FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN XX****. Nos encontramos, como acaba de expresarlos la Corte (C-590/2005 —3.2.4) ante "****una irregularidad procesal****, con* ***incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria****, porque la parte pasiva, en contra de lo erróneamente apreciado por el Juzgado, sí fue correctamente identificada por la actora y de ninguna manera procedía admitir la excepción por falta de legitimación en la causa por pasiva, error en el cual incurrió el Juzgado Quince, por una omisión, por no haber advertido que tal identificación, en la forma como quedó expresada sí aparecía en el libelo demandatorio.*

(...).

4.2. Igualmente Juzgado Quince Civil del Circuito ***incurrió en un defecto fáctico al no considerar como prueba de la existencia de la legitimación por pasiva la escritura pública XX,*** *donde consta que el Banco XX sí transfirió el predio sirviente inmueble (...), y que efectivamente lo transfirió a título de fiducia mercantil, acrecentando el patrimonio autónomo (...). En consecuencia, con esta omisión el Juzgado no apreció que la* ***parte pasiva estuvo correcta y legalmente identificada****, de modo que, como bien lo consideró la Sala Civil del Tribunal, y ahora lo ratifica esta Sala Séptima de Revisión la excepción propuesta por la apelante no tenía razón de ser* ***porque nunca se configuró en este proceso la falta de legitimación en la causa por pasiva*** *alegada por el excepcionante". (C. Const., Sent. T-505, jun. 17/2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[§ 164] JURISPRUDENCIA.—***Cuando se aclaren en juicio derechos u obligaciones que afectan a un patrimonio autónomo, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario****. "(...) c) En términos semejantes se han expresado doctrinantes nacionales, entre otros autores, cuando han dicho de manera general respecto de los patrimonios autónomos, lo siguiente: "existen ciertas entidades que sin ser personas jurídicas se ven vinculadas con el proceso; sus integrantes o gestores obran en éste por la calidad de que están revestidos y no en nombre propio aun cuando tampoco en nombre ajeno, precisamente porque la carencia de personería jurídica impide el concepto de representación, el cual implica necesariamente que se actúe en nombre de una persona natural o jurídica"; y de manera específica en torno a la fiducia mercantil que "prevista en el artículo 1226 del Código de Comercio se expresa procesalmente, bien como demandante o como demandado, por intermedio del fiduciario por disponerlo así la ley sustancial, para la protección y consecución de los fines del contrato". (CSJ. SC. Sent. 1909, ago. 3/2005. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Publicación RedJurista).*

[§ 165] LAUDO ARBITRAL.—**Actuación procesal del patrimonio autónomo.** "(...) Ciertamente, cuando el patrimonio autónomo decide formular demanda contra el tercero que ha causado daño a los bienes fideicomitidos, es claro que ese líbelo se presenta por el fiduciario no en nombre propio sino como vocero del patrimonio autónomo, y es también apreciable, que las resultas de ese proceso beneficiarán o perjudicarán al patrimonio autónomo y no al fiduciario. Lo mismo puede advertirse en el evento de suponer que un tercero proponga un litigio en contra del patrimonio autónomo, hipótesis en la cual quien comparece al proceso es (sic) y no el fiduciario, en una u otra hipótesis ha de observarse cómo las querellas propuestas a título de ejemplo no están encaminadas a la gestión de la fiduciaria ni a deducir responsabilidad suya". (Laudo arbitral feb. 20/2004. Cámara de Comercio de Santiago de Cali).

NOTA: Esta misma posición fue adoptada en el Laudo del 14 de octubre de 1993.

[§ 166] JURISPRUDENCIA.—***Al proceso se debe llamar al patrimonio autónomo a través de su representante.*** *"(...) La Fiduciaria XX, fue llamada al proceso en su propia condición; en su lugar la demanda debió ser dirigida contra el patrimonio autónomo constituido mediante el contrato de fiducia mercantil..., a través de su representante legal de conformidad con las normas comerciales, en especial el artículo 1234 numeral 4º, esto es, la Fiduciaria XX.*

(...)

El patrimonio autónomo XX estaba constituido por los inmuebles sobre los cuales se iría a construir el edificio, más los recursos financieros y de otro orden transferidos por el fideicomitente beneficiario y los demás beneficiarios por virtud de los contratos de promesa de compra venta previstos en el contrato de fiducia mercantil aludido.

Es el patrimonio autónomo, el responsable directo de las obligaciones que se contrajeran en desarrollo de la realización del objeto de la fiducia mercantil; y en especial en materia laboral, por cuanto él prescindió de contratistas independientes para la ejecución de la obra y optó por asumirla directamente a través de un administrador delegado; a este correspondía la vinculación del personal a cargo y por cuenta del patrimonio autónomo". (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Exp. 22371, mayo 10/2004. M.P. Eduardo López Villegas).

Efectos de la separación patrimonial

¿En qué consiste la exclusión de la garantía de los acreedores de la fiduciaria?

[§ 167] No obstante que el fiduciario es el titular de la propiedad de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil, estos no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario como consecuencia de la separación patrimonial absoluta entre los bienes transferidos y los propios de la fiduciaria, así como de la responsabilidad patrimonial separada, entre las obligaciones de la fiduciaria en desarrollo de su objeto social y las que adquiere en desarrollo de los negocios fiduciarios encomendados (C. Co., art. 1227).

¿En qué consiste la exclusión de la garantía general de los acreedores del fideicomitente?

[§ 168] Por regla general los bienes que conforman el patrimonio autónomo no pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores del fideicomitente, pues al efectuar el fideicomitente la transferencia de los mismos al fiduciario, los separa de su patrimonio propio. Excepcionalmente y cuando se den las condiciones, podrán ejercerse las acciones del artículo 1238 del Código de Comercio.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina en la separación patrimonial de la fiduciaria?

[§ 169] DOCTRINA.—**La separación legal de los bienes fideicomitidos tiene como objetivo limitar la responsabilidad patrimonial de la fiduciaria cuando actúa en cumplimiento de la finalidad**. "(…) 1. El artículo 1227 antes enunciado trae dos consecuencias de gran importancia para la figura. Los bienes objeto de la fiducia, no obstante ser propiedad de la fiduciaria (art. 1226, C. Co.) No forman parte de la garantía general de sus acreedores…. Este elemento, sin lugar a dudas, es fundamental para determinar la existencia de una responsabilidad patrimonial separada, entre las obligaciones que la fiduciaria adquiere en cumplimiento de su objeto social, y las que adquiere en cumplimiento de la finalidad de los negocios de fiducia mercantil que le han sido encomendados.

2. Los bienes fideicomitidos sólo garantizan las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad de la fiducia.

(…)

3. El artículo 1233 refuerza de manera clara lo dicho en los párrafos inmediatamente anteriores y adiciona el elemento de separación para todos los efectos legales de los bienes fideicomitidos, del activo del fiduciario y de los otros patrimonios autónomos.

(…)

4. El artículo 1238 del Código de Comercio ratifica la separación legal para efecto de la responsabilidad patrimonial y es argumento para afirmar la plena propiedad del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos. En efecto, como se plantó antes si el fideicomitente o el beneficiario conservan algún derecho real sobre los bienes

fideicomitidos, no se vería como no podrían ser perseguidos por sus respectivos acreedores.

(...) puede concluirse que el fenómeno del patrimonio autónomo tiene como único efecto jurídico la limitación de la responsabilidad patrimonial de las obligaciones que adquiere la fiduciaria en cumplimiento de la finalidad de la fiducia mercantil". (Juris Consulta Nº 2. enero-marzo 1999. Estudio de la fiducia en Colombia. Colegio Abogados Comercialistas – Cámara de Comercio de Bogotá. El Patrimonio Autónomo de la Fiducia Mercantil en el Derecho Colombiano. Carlos E. Manrique Nieto).

¿Pueden perseguir los acreedores anteriores al contrato de fiducia mercantil los bienes que conforman el patrimonio autónomo?

[§ 170] Sí, conforme con lo dispuesto en el inc. 1º del artículo 1238 del Código de Comercio, los acreedores del fideicomitente pueden, a través de un proceso ordinario, ejecutar las acreencias que contrajo el fideicomitente a su favor con anterioridad a la constitución del contrato de fiducia mercantil.

De igual manera, los acreedores del fideicomitente pueden iniciar la acción pauliana cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en perjuicio de los mismos y medie la mala fe de las partes, de acuerdo con lo establecido en el inc. 2º del artículo 1238 del Código de Comercio (C. Co., art. 1238. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 4º, subnum. 4.1.).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia respecto a la posibilidad de que los acreedores anteriores al contrato de fiducia mercantil persigan los bienes que conforman el patrimonio autónomo?

[§ 171] JURISPRUDENCIA.—***La calidad de acreedor debe ser cierta e indiscutible para que prospere la acción auxiliar contenida en el inc. 1º artículo 1238 del Código de Comercio.*** *"(...) Esa intromisión de quien no es parte en la fiducia está permitida. En el caso del acreedor del fiduciante, cuando dispone de un crédito insoluto y anterior a la constitución de la fiducia, evento en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1238 de ese estatuto mercantil, puede perseguir el bien fideicomitido e impugnar el negocio fiduciario, del que no es parte y por ende es un tercero.*

(...).

1. En la primera situación, esto es, si opta por perseguir el bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha exigido que este acreedor demuestre un interés actual y serio, traducido en el perjuicio que le acarrea la constitución del patrimonio autónomo, y que en esta causa litigiosa se patentiza en el hecho de que para poder darle cumplimiento al contrato de compraventa prometido, en el patrimonio del constituyente y promitente vendedor debe aparecer el bien antes fideicomitido por él a efectos de que pueda efectuar su tradición.

2. Y en la segunda circunstancia, concerniente a la impugnación de la fiducia, ese tercero —el acreedor también lo es— deberá demostrar que el negocio fiduciario se hizo en fraude de sus intereses.

Por consiguiente, deteniéndose la Sala en el primer segmento del canon mencionado, debe recalcar, con la jurisprudencia actual, que, a la condición de acreedor del fiduciante con un crédito insoluto y anterior a la fiducia, debe además demostrar el demandante ese interés serio y actual a que se aludió.

De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inamisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo". (CSJ. SC. Sent. 20450-2017, dic. 7/2017. M.P. Margarita Cabello Blanco).

[§ 172] JURISPRUDENCIA.—***Acción auxiliar de acreedores en contratos de fiducia.*** *"(...) 5.3. Ahora, relativamente a las acciones auxiliares memoradas, la pauliana concretamente, la Sala*

encuentra que de su establecimiento en el inciso 2º del artículo 1238 del Código de Comercio, no hay ninguna duda…

Para la Sala es claro que la inteligencia del inciso primero del artículo 1238 del Código de Comercio, involucra, de manera general, una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente, mas no en particular la pauliana, ni aquellas que objetivamente han sido enlistadas a propósito de los procesos concursales, como las que tratan ciertas normas (leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006), pero sí de jerarquía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitidos e, inclusive, eventualmente, según las circunstancias del caso, a obtener su terminación. Por ejemplo, cuando se persigue el único bien que constituye el fideicomiso o, aunque no lo sea, resulta crucial para el logro del cometido del citado contrato". (CSJ. Sent. 1999-01041. ene. 25/2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

¿En qué consiste la exclusión de la garantía de los acreedores del beneficiario?

[§ 173] Por regla general los acreedores del beneficiario no pueden perseguir los bienes que conforman el patrimonio autónomo, por cuanto el beneficiario no es propietario de los mismos y tan solo tiene una mera expectativa sobre su trasmisión hasta tanto se cumpla la condición estipulada en el acto constitutivo para ello.

Sin embargo, los acreedores pueden perseguir los frutos o rentas derivados de la administración de los bienes fideicomitidos, tan solo cuando estos sean transferidos al beneficiario si así se ha establecido en el contrato (C. Co., art. 1238, inc. 1º).

Patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales

¿Cuál su objeto?

[§ 174] El objeto principal de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales consiste en adelantar en forma organizada, la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios (DUR. 1074/2014, art. 2.2.2.12.1).

¿Está sometido el patrimonio autónomo al régimen de insolvencia empresarial?

[§ 175] Sí, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1116 de 2006.

¿Cuáles son los supuestos de admisión al proceso de reorganización?

[§ 176] El inicio del proceso de reorganización de los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente y a no estar en ninguna de las causales de extinción de que trata el artículo 1240 del Código de Comercio.

1. Cesación de pagos.

El deudor está en cesación de pagos cuando: incumple el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos

(2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión debe representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la Ley 1116 de 2006.

2. Incapacidad de pago inminente.

El deudor está en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredita la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afectan o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año (L. 1116/2006, art. 9º).

¿En qué consiste el supuesto de cesación de pagos?

[§ 177] El deudor está en cesación de pagos cuando:

1. Incumple el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o

2. Tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones.

En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión debe representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la Ley 1116 de 2006 (L. 1116/2006, art. 9º, num. 1º, en concordancia con el art. 2.2.2.12.2. del DUR. 1074/2015).

¿En qué consiste el supuesto de incapacidad de pago inminente?

[§ 178] El deudor está en incapacidad de pago inminente, cuando acredita la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afectan o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año (L. 1116/2006, art. 9º, num. 2º, en concordancia con el art. 2.2.2.12.2 del DUR. 1074/2015).

¿Cómo debe presentarse la solicitud de inicio del proceso de reorganización?

[§ 179] La solicitud de inicio del proceso de reorganización debe presentarse, acompañada de los documentos que acreditan, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas

b) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme las prescripciones legales.

c) Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.

d) No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al sistema de seguridad social integral (L. 1116/2006, art. 10).

¿Qué documentos deben acompañar la solicitud de inicio del proceso de reorganización?

[§ 180] La solicitud debe estar acompañada de los siguientes documentos:

1. Copia notarial de la escritura pública o copia del documento privado que demuestre la constitución del patrimonio autónomo y sus modificaciones.

2. Certificado expedido por la cámara de comercio del domicilio del fiduciante en que conste el registro del contrato de fiducia mercantil.

3. Cualquier prueba siquiera sumaria que demuestre tanto la existencia del crédito vencido, exigible y a cargo del patrimonio autónomo, como la legitimación activa o titularidad del solicitante cuando corresponda.

4. Certificado de existencia y representación legal de la fiduciaria.

5. Prueba siquiera sumaria sobre el desarrollo de actividades empresariales del patrimonio autónomo.

6. Certificado expedido por el vocero o fiduciario en el que se indique quién es el administrador del patrimonio autónomo en los términos establecidos en el artículo 2.2.2.12.3 del DUR. 1074/2015.

PAR.—Cuando la solicitud de admisión al proceso de reorganización la presenten el vocero del patrimonio autónomo o éste y los acreedores de dicho fideicomiso, deberá venir acompañada de los documentos a los que se refiere el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006 y para el proceso de liquidación judicial, los documentos de que trata el parágrafo 2º del artículo 49 de la Ley 1116 de 2006, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57 de la Resolución 4980 de 1987 de la Superintendencia Financiera, o la norma que la modifique o sustituya, de conformidad con las obligaciones propias de las sociedades fiduciarias (D. 1038/2009, art. 9º compilado por el art. 2.2.2.12.9, DUR. 1074/2015).

¿Ante qué autoridad se solicita el inicio del proceso de reorganización?

[§ 181] El inicio del proceso de reorganización debe solicitarse ante la Superintendencia de Sociedades de existir deudores sujetos a su competencia, que tengan un vínculo de subordinación o control sobre el patrimonio autónomo objeto de la insolvencia, quien es la competente para conocer de los procesos de todos los deudores vinculados (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.7).

¿Cuál debe ser el plazo de cumplimiento del acuerdo de reorganización?

[§ 182] El acuerdo de reorganización no podrá establecer un plazo de cumplimiento mayor al término del contrato, salvo que se acuerde su prórroga, pero en ningún caso por un término superior al máximo señalado en la ley (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.2, par.).

¿Quiénes son competentes para conocer del proceso de insolvencia?

[§ 183] Conocerán del proceso de insolvencia de los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, los jueces civiles del circuito del Domicilio principal de la fiduciaria (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.7.).

¿Cuándo se considera que existe vinculación con los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales?

[§ 184] Se considera que existe vinculación con un patrimonio autónomo afecto a

la realización de actividades empresariales, de quien ejerza influencia dominante en sus decisiones o control sobre el mismo (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.7).

¿Quién está legitimado para solicitar la apertura del proceso de insolvencia?

[§ 185] La apertura del proceso de insolvencia de un patrimonio autónomo afecto a la realización de actividades empresariales, podrá ser solicitada por el vocero o fiduciario, a iniciativa propia o porque así se lo haya requerido el fideicomitente o quien ejerza influencia dominante en las decisiones del fideicomiso según el correspondiente contrato de fiducia, por el titular de un crédito posterior a la constitución del patrimonio autónomo, vencido, exigible y a cargo del patrimonio autónomo en la fecha de la solicitud o por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre la actividad principal que desarrolla el patrimonio autónomo (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.8).

¿Qué se requiere como requisito de procedibilidad para la admisión a un proceso de insolvencia de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales?

[§ 186] Para efectos de la admisión de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales a un proceso de insolvencia, será un requisito de procedibilidad, la inscripción del contrato que le dio origen junto con sus modificaciones en cuanto la clase de contrato, las partes y los bienes fideicomitidos, en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente, 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.

Las cámaras de comercio expedirán la certificación respectiva, firmada por el secretario o quien haga sus veces, en el formato adoptado para el efecto, el cual deberá contener como mínimo la fecha de inscripción del contrato en el registro mercantil y las partes que lo suscriben (DUR. 1074/2015, arts. 2.2.2.12.4 y 2.2.2.12.5).

¿Cómo se demuestra el haber cumplido con el requisito de procedibilidad?

[§ 187] Las cámaras de comercio expedirán la certificación respectiva, firmada por el secretario o quien haga sus veces, en el formato adoptado para el efecto, el cual deberá contener como mínimo la fecha de inscripción del contrato en el registro mercantil y las partes que lo suscriben (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.5).

¿Quiénes son los administradores y el vocero del patrimonio autónomo en los procesos de insolvencia?

[§ 188] Para los efectos de la aplicación de la Ley 1116 de 2006, en los procesos de insolvencia de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, cuando la ley habla de administradores, se entenderá que se refiere al fideicomitente o a quien ejerce influencia dominante en sus decisiones, o control sobre el mismo, salvo cuando se haga referencia a las obligaciones formales del fiduciario, en los términos de los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio y de aquellas normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan, en cuyo caso se entenderá que se refiere al vocero del patrimonio autónomo o fiduciario (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.3).

¿Quiénes son el deudor y el acreedor interno del patrimonio autónomo en un proceso de insolvencia?

[§ 189] Para los efectos de la aplicación de la Ley 1116 de 2006, en los procesos de insolvencia de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales, cuando la ley habla del deudor se entenderá que se refiere al patrimonio autónomo; cuando habla de acreedor interno, se entenderá que se refiere al fideicomitente (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.3).

Solemnidades y registro de los contratos de fiducia mercantil

¿Qué formalismos y solemnidades se requieren para la celebración de los contratos de fiducia mercantil?

[§ 190] Se requieren los siguientes:

1. Los contratos de fiducia mercantil que versen sobre bienes inmuebles deben constar por escritura pública e inscribirse en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar de ubicación de los bienes (L. 1579/2012, art. 4º, lit. a); C.Co., art. 1228; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2 subnum. 2.4 inc. 2º)

2. Cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles los contratos pueden constar en documentos privados, y si la propiedad del bien se halla sujeta a registro, dicho documento debe registrarse en los términos y condiciones previstos en la ley (D. 1745/2020, art. 11; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2, subnum. 2.4, inc. 3º).

3. En los contratos de fiducia en garantía se requiere su inscripción en el registro de garantías mobiliarias que lleva la Confederación de Cámaras de Comercio, además del registro especial al cual esté sujeta la transferencia de la propiedad de los bienes o derechos dados en garantía, según el caso (L. 1676/2013, art. 3º, par.).

4. Para efectos de la admisión de un patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales a un proceso de insolvencia, será un requisito de procedibilidad, la inscripción del contrato que le dio origen junto con sus modificaciones en cuanto la clase de contrato, las partes y los bienes fideicomitidos, en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente, 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 (DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.14).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el registro de la transferencia de inmuebles a un fideicomiso?

[§ 191] DOCTRINA.—**Las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos deben hacer la inscripción de transferencia de los inmuebles indicando el nombre de la fiduciaria seguido**

de la expresión "actuando como vocera del patrimonio autónomo respectivo" y del NIT. asignado a los patrimonios autónomos. "(…) Es sabido que los negocios fiduciarios son consensuales, no obstante, cuando se trate de transferencia de bienes inmuebles, la enajenación de los mismos al patrimonio autónomo debe constar en Escritura Pública que se perfecciona con la entrega del bien y la inscripción del título en el competente registro de instrumentos públicos.

En concordancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que el registro de la propiedad inmobiliaria es un servicio público que consiste, previa la ejecución de las etapas legalmente establecidas para su efectiva realización, en anotar en un folio de matrícula inmobiliaria los datos más importantes de los actos, contratos o providencias sujetos a registro y de los que dispongan su cancelación con el fin de que cualquier persona interesada conozca en todo momento el estado jurídico de los bienes inmuebles matriculados, se considera:

Para efectos de la calificación de los actos escriturados contentivos de la constitución de la fiducia mercantil, en el correspondiente folio de matrícula, se estima pertinente tener en cuenta:

a) cuando la Sociedad Fiduciaria actúe por cuenta propia, se identificará como titular del derecho a la misma, con indicación de su NIT.

b) cuando las sociedades fiduciarias actúen como voceras y administradoras del patrimonio autónomo o fideicomisos, se identificará con el NIT global asignados para estos.

En este último caso en la CASILLA DE INTERVINIENTES, del respectivo folio de matrícula, se consignará el nombre de la SOCIEDAD FIDUCIARIA, seguido de la expresión: *"como vocera* del patrimonio autónomo…", con indicación inmediata del NIT de este último.

Así, cuando se disponga la inscripción de un documento contentivo de la constitución de una fiducia mercantil en las condiciones anotadas, se debe precisar e individualizar correctamente a las personas jurídicas que intervienen en el negocio, de la siguiente manera:

ACTO A REGISTRAR:	INTERVINIENTES:
0128. Constitución de Fiducia Mercantil	De: (persona natural o jurídica)
	A: Sociedad … como vocera del patrimonio autónomo … (nombre del patrimonio autónomo o fideicomiso con el que los otorgantes lo identifiquen en el acto) seguido del NIT del patrimonio autónomo colocándole la X de propietario.
Lo anterior se inscribirá por secuencial, de manera transitoria, sin perjuicio de los contemplado en las instrucciones Administrativas Nº 5 del 2 de septiembre de 2013 y 8 del 30 de mayo de 2014 y la Circular 1207 del 29 de julio de 2014, ya que resulta necesario realizar los ajustes pertinentes en los aplicativos de SIR y Folio Magnético con la finalidad de que se inscriban los negocios de constitución de fiducia mercantil con el NIT respectivo asignado a los patrimonios autónomos por parte de la sociedad fiduciaria que lo administra". (I.A. 12/2014, Supernotariado).	

Intervinientes en el contrato de fiducia

¿Quiénes intervienen en el contrato de fiducia?

[§ 192] 1. El fiduciante o fideicomitente.

2. El fiduciario.

3. El fideicomisario o beneficiario.

(C. Co., art. 1226 y ss.).

El fideicomitente

¿Quién es el fideicomitente?

[§ 193] Es aquella persona, natural o jurídica, con capacidad para disponer de sus bienes y que en virtud de la celebración del contrato de fiducia es quién transfiere los bienes al fiduciario (C. Co., art. 1226).

¿Cuáles son los derechos del fideicomitente?

[§ 194] Son los siguientes:

1. Los reservados en el acto constitutivo para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitidos (C. Co., art. 1236, num. 1º).

El fideicomitente puede reservarse derechos en el acto constitutivo además de los consagrados en la ley, tal es el caso, muy común en nuestra legislación, de conservar la tenencia de los bienes transferidos, así como, aquellos relacionados con la vigilancia del desarrollo del fideicomiso para verificar que las instrucciones impartidas y la finalidad estipulada en el mismo se cumplan. También, la constitución de órganos asesores, tales como, comités y juntas del fideicomiso, en los cuales participa con el fin de asesorar a la fiducia y tomar decisiones frente a uno o varios aspectos del fideicomiso, así como, la celebración de contratos, forma de invertir los recursos del patrimonio autónomo, etc.

2. Revocar la fiducia.

El fideicomitente puede revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo.

Facultad que resulta por demás lógica, en tratándose de fideicomisos traslaticios de bienes en los cuales existen terceros de buena fe. Verbigracia, en los fideicomisos de garantía, y fuente de pago e inmobiliarios, entre otros.

3. Pedir la remoción del fiduciario y designar un sustituto.

El fideicomitente puede reservarse, en el acto constitutivo, el derecho de remover al fiduciario y nombrar el sustituto, conforme con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 1236 del Código de Comercio.

De igual manera, el fideicomitente podrá solicitar la remoción del fiduciario por incapacidad o inhabilidad o, si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario que hagan dudar de su diligencia para la obtención de la finalidad encomendada o,

cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de fiducia o a tomar las medidas de carácter conservativo que imponga el Juez, conforme con lo dispuesto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 1239 del Código de Comercio.

4. Obtener la devolución de los bienes.

El fideicomitente tiene derecho a que se le restituyan los bienes transferidos en fiducia a la terminación o extinción del negocio de fiducia mercantil, si este no hubiere dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, es decir, hubiere designado a otros beneficiarios.

En consecuencia, la fiduciaria le transferirá al fideicomitente los bienes transferidos, así como los frutos resultado de la administración y explotación de los mismos.

En el evento de fallecimiento del fideicomitente y si este hecho se contempló en el acto constitutivo como causal de terminación o extinción del negocio de fiducia mercantil, los bienes y sus frutos deben ser entregados a sus herederos (C. Co., arts. 1236, num. 3º y 1240, num. 6º).

5. Exigir rendición de cuentas.

El fideicomitente tiene derecho a solicitar al fiduciario la presentación de rendición de cuentas comprobadas de su gestión con la periodicidad señalada contractual y legalmente (C. Co., art. 1236, num. 4º).

6. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.

Es la posibilidad que tiene el fideicomitente de exigir, bien sea, ante la jurisdicción civil o arbitral, según lo estipulado en el acto constitutivo, que se declare el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de la fiduciaria y se le condene a pagar los perjuicios respectivos, si dicho incumplimiento ocasionó un daño cierto para el reclamante (C. Co., art. 1236, num. 5º).

7. 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 (C. Co., art. 1236, num. 6º).

¿Cuáles son las obligaciones del fideicomitente?

[§ 195] Las siguientes son sus obligaciones:

1. Remunerar al fiduciario (C. Co., art. 1237).

El fideicomitente debe remunerar al fiduciario por su gestión, habida cuenta que el negocio fiduciario es oneroso.

Esta obligación se extiende cuando en el fideicomiso no existen recursos suficientes para que el fiduciario se pague su remuneración, si se ha estipulado que la misma se deduzca de los recursos administrados (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2 subnum. 2.3.5.).

2. Reembolsar los gastos.

El fideicomitente está obligado a reembolsar los gastos en que haya tenido que incurrir el fiduciario en la constitución, ejecución del negocio y el cumplimiento de la finalidad, por cuanto es aquel a quien le corresponde soportar la carga económica de su encargo (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2 subnum. 2.3.8).

3. Salir al saneamiento por evicción.

Siendo el fideicomiso un acto traslaticio de propiedad, el fideicomitente debe salir al saneamiento por evicción (C.C., arts. 1892 y ss.).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al reembolso de gastos?

[§ 196] DOCTRINA.—**Asumir el fiduciario con recursos propios los gastos de la ejecución**

de la fiducia, constituye una práctica insegura y no autorizada. "(...). Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que el fiduciario asuma con su propio peculio los gastos necesarios para la ejecución de la fiducia ha sido criterio de esta superintendencia que el interés público que encarna la actividad fiduciaria le imponga a la entidad la obligación de salvaguardar su patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no podrá comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado. La Superintendencia por su parte deberá velar por que ello suceda así.

(...). Asumir con sus propios recursos los gastos de la ejecución de la fiducia, sin que por lo demás tal posibilidad haya sido prevista en el contrato configura a nuestro modo de ver no solo una práctica insegura sino también una operación no autorizada en la medida en que se da una operación de mutuo comercial que como tal desborda la capacidad legal de la fiduciaria (...)". (Superbancaria, Conc. 97040816-0, nov. 13/98).

[§ 197] DOCTRINA.—**Una cosa es que el fiduciario no esté obligado a proveer los fondos y otra que, de hacerlo, tenga derecho a solicitar su desembolso. "**Al respecto y con relación al Concepto 97040816-0 de noviembre 13 de 1998, emitido por la Superintendencia Financiera, el autor Sergio Rodríguez Azuero, afirma:

"Así resulta de la lógica del contrato e, incluso, de las circunstancias apremiantes o de crisis en que el fiduciario se vería obligado a reaccionar sin poder consultar con los interesados o solicitarles los recursos, de no haberlos en el patrimonio. Y no podía serlo de otra manera. De suerte que, una cosa es que no esté obligado a proveer los fondos y que su inexistencia pueda, incluso, conducir a la terminación del contrato, en nuestro sentir, y otra que, de hacerlo tenga derecho a solicitar su desembolso. Por ello hemos censurado la instrucción de la Superintendencia Bancaria (se refiere el autor al Concepto 97040816-0 de noviembre 13 de 1998) que le prohíbe al fiduciario suministrar fondos al patrimonio calificando tal práctica como insegura, porque entendida en forma absoluta sería un verdadero contrasentido". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primera edición 2005. Legis, Bogotá, pág. 321).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al saneamiento por evicción?

[§ 198] DOCTRINA.—**Saneamiento por evicción.** "Sostienen algunos autores con razón, siendo el fideicomiso un acto traslaticio, el fideicomitente debe salir al saneamiento por evicción, pero distinguiendo entre el fideicomiso gratuito, en que tal cosa no se presume de ordinario, sino debe resultar de un pacto expreso en donde tal obligación se instituye siempre para el fiduciante". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primera edición 2005. Legis, Bogotá, pág. 322).

El fiduciario

¿Quién es el fiduciario?

[§ 199] Es la persona jurídica a quien, el fideicomitente transfiere los bienes que han de conformar el patrimonio autónomo, con el fin de que los administre y cumpla la finalidad contemplada en el acto constitutivo (C. Co., art. 1226).

¿Quién puede ser fiduciario?

[§ 200] Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la ley.

La calidad de fiduciario surge con el ánimo del legislador de profesionalizar la función fiduciaria, con ocasión de la expedición de la Ley 45 de 1990 (C. Co., art. 1226, inc. 3º. EOSF, art. 29).

¿Cuáles son los derechos del fiduciario?

[§ 201] Los siguientes son los derechos del fiduciario:

1. Recibir una remuneración.

Teniendo en cuenta que todo negocio fiduciario es remunerado, le asiste a la fiduciaria el derecho a recibir una remuneración por la gestión o gestiones que deba realizar en la ejecución del negocio (C. Co., art. 1237).

Es así como una de las causales de renuncia del fiduciario la constituye el no recibir la remuneración pactada (C. Co., art. 1232, nums. 2º y 3º).

2. Obtener el reembolso de los gastos realizados en interés del fideicomiso.

La fiduciaria tiene derecho a que el fideicomitente le reembolse los gastos en que tuvo que incurrir para la consecución de la finalidad contemplada en el acto constitutivo en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, cuando los recursos del fideicomiso no sean suficientes para sufragarlos, v.gr, en los eventos de la defensa de los bienes fideicomitidos, ejecución de la garantía, entre otros.

Ello porque nace un derecho de crédito a favor de la fiduciaria contra el fideicomitente, el fidecomiso y contra quienes se benefician de la labor encomendada.

¿Cuáles son los deberes indelegables del fiduciario?

[§ 202] Además de los deberes previstos en el acto constitutivo son deberes indelegables del fiduciario los siguientes:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (C. Co., art. 1234, num. 1º; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1, inc. 2º).

2. Mantener separados los bienes fideicomitidos (C. Co., art. 1234 num. 2º).

3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo (C. Co., art. 1234, num. 3º) concordancia (EOSF, art. 29, num. 2º).

4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo fideicomitente (C. Co., art. 1234, num. 4º; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1, inc. 3º).

5. Pedir instrucciones al superintendente financiero (C. Co., art. 1234, num 5º).

6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario (C. Co., art. 1234, num. 6º).

7. Transferir los bienes, junto con sus frutos y rendimientos a la persona designada en el acto constitutivo o la ley (C. Co., art. 1234, num. 7º), y

8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión (C. Co., art. 1234, num. 8º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre los deberes indelegables del fiduciario?

[§ 203] JURISPRUDENCIA.—***El propósito de los deberes indelegables es el cumplimiento de la buena gestión del fiduciario bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia.*** *"(…) 3.2. Deberes de la sociedad fiduciaria…. "3.2.1. Por fuerza del régimen normativo que nutre al encargo fiduciario, se tiene que la sociedad fiduciaria se obliga a observar los compromisos adquiridos en el respectivo contrato, los deberes contenidos en la ley, los que resultan connaturales a su profesionalidad y los que emanan de la buena fe. Entendimiento que encuentra fundamento, no sólo en la pirámide normativa aplicable a este negocio, sino también en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".*

…Así lo reconoció este órgano de cierre en reciente pronunciamiento: En cuanto a la fiduciaria, memórese que debe tratarse de una

entidad profesional dedicada exclusivamente a dicha operación, con miras a cumplir tres tipos de obligaciones: (i) legales, (ii) contractuales y (iii) profesionales… Los deberes de carácter legal se encuentran consagrados en el artículo 1234 del estatuto mercantil …

(…)

3.2.3. El canon 1234 del estatuto mercantil enumera los deberes indelegables del fiduciario, esto es, obligaciones de origen legal que no admiten pacto en contrario, ni es posible delegar la responsabilidad por su desatención. Su propósito, conforme tiene dicho esta Sala, es el "cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia"… (CSJ. Sent. SC 107-2023, mayo 18/2023 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

¿En qué consiste la indelegabilidad de los deberes fiduciarios?

[§ 204] La sociedad fiduciaria no puede delegar en un tercero la ejecución del objeto mismo del contrato y la administración de los bienes trasferidos, pues con ello estaría haciendo una delegación de profesionalidad, salvo disposición legal expresa que lo permita.

Permitiéndole, subcontratar a un tercero sólo para cumplir con sus obligaciones de manera adecuada y profesional conforme a la especialidad, características y condiciones del tema a subcontratar por no corresponder al quehacer habitual de la sociedad fiduciaria o por no estar permitido acceder.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina frente a la protección de los bienes fideicomitidos?

[§ 205] LAUDO ARBITRAL.—**Es deber indelegable del fiduciario proteger y preservar el activo fideicomitido contra actos del fideicomitente.** "(…) Como es reconocido, otro de los deberes indelegables del fiduciario es proteger y defender los bienes fideicomitidos, inclusive contra actos del constituyente (C. Co., art. 1234, num. 4º), previsión que por tener sustento legal no necesita consagrarse de manera expresa en los contratos fiduciarios. Por su lado y dado que de la fiducia se desprende la obligación profesional de actuar en forma leal y prudente, el deber de gestión del fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos se extiende durante toda la vida de los contratos, vale decir desde su preparación, celebración, desarrollo, ejecución y aun para la época de la restitución de los bienes del fideicomiso, lo que resulta indispensable para garantizar que se cumpla con la finalidad establecida en el correspondiente contrato". (Laudo. Arbitral, abr. 20/2004. Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 206] DOCTRINA.—**No se pueden delegar a un tercero las obligaciones que estén directamente relacionadas con la obtención de la finalidad del contrato.** "(…) Ahora bien, el problema central tiene que plantearse en torno a lo que es el encargo fundamental, porque es inconcebible (…), que ciertas tareas se deleguen, tal posibilidad tiene que entenderse en el sentido de que, a través de ella, se realicen finalidades complementarias o de soporte pero no permitiría sostener que cabe delegar en un tercero, bajo ninguna circunstancia, el ejercicio de la totalidad de las facultades del fiduciario, pero, sobre todo, de aquellas obligaciones que dicen directa y esencialmente con la obtención de la finalidad para la cual se celebró el negocio". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación e América Latina. Segunda Edición 2017. Legis, Bogotá, pág. 293).

¿En qué consiste el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?

[§ 207] El fiduciario tiene la obligación, como gestor profesional de ejecutar la finalidad encomendada por el fideicomitente con la prudencia y cuidado que un hombre emplea ordinariamente en los negocios propios; es decir, de manera informada, con la dedicación adecuada atendiendo a las distintas circunstancias y actuando con buen juicio (L. 1328/2009, art. 3º, lit. a), C. Co., art. 1234, num. 1º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II. Tít. II. Cap. I, num. 2.2.1.2, subnum. 2.2.1.2.5. L. 1328/2009, art. 3º, lit. e)).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el deber de diligencia del fiduciario?

[§ 208] JURISPRUDENCIA.—***Al fiduciario se le exige una especial diligencia en virtud de su carácter profesional.*** *"(…) Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia... En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios…, bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida. En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitidos, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría". (CSJ. Sent. SC-2879-2022, sep. 27/2022. Rad. 2018-72845-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).*

¿En qué consiste el deber de separación patrimonial?

[§ 209] La fiduciaria debe mantener separados los bienes transferidos a título de fiducia mercantil del resto de los activos de su propio patrimonio y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios.

Por esta razón, la fiduciaria debe llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios fiduciarios y también de su propio patrimonio, lo cual se refleja en los registros contables y en los estados financieros de la fiduciaria y de los fideicomisos (C. Co., art. 1234, num. 2º).

¿Cuál ha sido la posición de la doctrina respecto de los bienes transferidos a título de fiducia?

[§ 210] DOCTRINA.—"(…) Su manutención en forma separada del resto de los activos de la institución, más que una obligación de contenido físico, como es natural, se refleja en la existencia de registros contables que con nitidez permitan identificar dentro de la contabilidad del fiduciario la existencia de bienes vinculados a un determinado fideicomiso, en relación con el cual un sistema de cuenta corriente mostrará la permanente evolución del encargo. Tal separación contable se debe reflejar, a su vez, en la presentación del balance de la fiduciaria". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis Editores, pág. 309).

¿En qué consiste el deber de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos?

[§ 211] El fiduciario debe Llevar la personería de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo fideicomitente, con el fin de protegerlos, conservarlos y custodiarlos, para lo cual deberá ejercer todas las acciones extrajudiciales y judiciales y proponer las defensas que se requieren para el efecto (C. Co., art. 1234, num. 4º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente al deber de llevar la personería?

[§ 212] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario es quién tiene el deber de llevar la personería jurídica del patrimonio autónomo cuando la dinámica de la fiducia mercantil así lo exija.*** *"(…). En cuanto concierne a definir quién lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, resulta muy importante señalar que a los patrimonios autónomos no se les ha conferido personalidad jurídica y, sin perjuicio de ello, su presencia da lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho*

que si bien pueden transcurrir pacíficamente, también pueden ser objeto de controversias o inclusive litigios que conllevan a que estos sean llamados, aun en ausencia de personería jurídica, a defender sus intereses.

En ese sentido, se ha dejado claro por la Jurisprudencia que es el fiduciario la persona a cargo del patrimonio autónomo y sin perjuicio del principio de separación patrimonial, ya que no puede deducirse algo diferente de otras normas mercantiles y en particular de la que señala los deberes indelegables del fiduciario enlistados en el artículo 1234 del C. de Co., entre los cuales se hallan aquellos que le imponen "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia" y la de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente", normas que indican claramente que en el plano sustancial el fiduciario es quien debe obrar por el patrimonio autónomo cuando la dinámica que le es inherente lo exija". (C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Secc. Quinta – descongestión. mar. 1/2018. Rad. 25000232400020050019501. C.P. Rocío Araújo Oñate).

¿En qué consiste el deber de pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera?

[§ 213] Conforme con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 1234 del Código de Comercio el fiduciario deberá pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera cuando tenga fundadas dudas del alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente al deber de pedir instrucciones a la Superintendencia Financiera?

[§ 214] El fiduciario, antes de proceder a solicitar instrucciones a la Superintendencia Financiera, debe examinar los criterios legales de interpretación de los contratos, así como de accionar los diferentes mecanismos para dirimir sus diferencias o para precisar el real sentido y alcance de sus derechos y obligaciones. (…) Cabe puntualizar que el deber del fiduciario de pedir instrucciones a este organismo no puede entenderse como un procedimiento extrajudicial para la declaración de derechos subjetivos, ni como mecanismo alterno para dirimir controversias de carácter contractual, ni mucho menos para suplir los vacíos de la autonomía de la voluntad privada, ni para corregir conflictos y situaciones anómalas derivadas de la falta de diligencia del fiduciario o del incumplimiento de sus obligaciones. De ahí que el legislador haya previsto los hechos que deben motivar tal requerimiento y las circunstancias especiales que habrán de presentarse en relación con los mismos". (Superfinanciera. Conc. 2001053789-2, oct. 4/ 2001).

¿En qué consiste el deber de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario?

[§ 215] Este deber hace referencia a que todo acto de disposición que realice el fiduciario en la ejecución del negocio fiduciario debe ser oneroso y con fines lucrativos, consultando las mejores alternativas del mercado, el proponente que mejor se ajuste a las condiciones de negociación y con las seguridades de ley salvo determinación contraria del acto constitutivo (C. Co., art. 1234, num. 6º).

¿Qué obligación tiene el fiduciario con los bienes fideicomitidos una vez concluido el negocio fiduciario?

[§ 216] El fiduciario a la terminación del negocio fiduciario está obligado a transferir los bienes del fideicomiso a

quién haya indicado el fideicomitente en el acto constitutivo o a quién indique la ley (C. Co., art. 1234, num. 7º).

¿En qué consiste el deber de rendir cuentas?

[§ 217] El fiduciario tiene como deber indelegable presentar al beneficiario y/o acreedor garantizado así como al fideicomitente (sin perjuicio de que contractualmente puedan ampliarse los destinatarios) un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud del negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la misma y de la ley.

La rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo y contable actual del negocio, así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se alleguen los soportes que documenten la información presentada.

La rendición de cuentas es una obligación legal radicada en cabeza de la fiduciaria como administradora de los bienes, por lo cual, es indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, ya que es a dicha entidad a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el acto constitutivo y en la ley.

Se debe rendir cuentas con una periodicidad mínima de seis (6) meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor (C. Co., art. 1234, num. 8º; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, núm. 6º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto a la rendición de cuentas de la gestión del fiduciario al fideicomitente y beneficiario?

[§ 218] DOCTRINA.—**La finalidad de la rendición de cuentas es presentar, al fideicomitente y beneficiario, un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en fiducia el cual tiene como parámetros lo convenido en el contrato.** "(...) Al referirse a la rendición de cuentas la doctrina ha sostenido lo siguiente: "(...) analizando por este aspecto el fideicomiso como un patrimonio autónomo o especial, la rendición de cuentas supone la presentación de un balance del fideicomiso acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos y muestren la existencia o no de un superávit obtenido por la gestión (...)". Así dada su importancia y la información que revela se considera que la misma debe forzosamente ser conocida por el fideicomitente o beneficiario o los dos según sea el caso, para que puedan aprobarla o rechazarla.

Los parámetros en que se rinde dicha información por parte de la entidad fiduciaria, son materia de regulación especial en el contrato que instrumenta el negocio, en donde por lo general entre las partes acuerdan, entre otros aspectos, la forma en que se hace, el sitio o domicilio a donde se remitirá la rendición de cuentas y se prevén los casos sobre la manera en que se podrá cumplir con tal deber cuando por cualquier motivo se cambie de domicilio o se desconozca el mismo para efectos de hacer llegar el documento en cuestión; razón por la cual se estima que el mecanismo de remisión de la rendición de cuentas debe ser un asunto que debe quedar claro en el acto constitutivo". (Superfinanciera. Conc. 2004042965-1, ago. 12/2004).

¿Qué otros deberes profesionales tiene el fiduciario?

[§ 219] Como gestor profesional tiene los siguientes deberes:

1. Deber de información.

2. Asesoría.

3. Deber de protección de los bienes fideicomitidos.

4. Deber de lealtad y buena fe.

5. Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.

6. Deber de previsión.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnums. 2.2.1.2.1 a 2.2.1.2.6, D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1, inc. 3º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en relación con la profesionalidad y deberes de las fiduciarias?

[§ 220] JURISPRUDENCIA.—***Obligaciones connaturales al profesionalismo del fiduciario.*** *"(...) Así lo reconoció este órgano de cierre en reciente pronunciamiento: "En cuanto a la fiduciaria, memórese que debe tratarse de una entidad profesional dedicada exclusivamente a dicha operación, con miras a cumplir tres tipos de obligaciones: (i) legales, (ii) contractuales y (iii) profesionales.*

(...)

Respecto a los deberes profesionales, conforme lo reglado en el artículo 1234 del Código de Comercio y en la Circular Externa 29 de 2014 (Circular Básica Jurídica) se deducen como obligaciones a cargo de la fiducia los siguientes: el de información, el de protección de los bienes fideicomitidos, la lealtad y buena fe, la diligencia, profesionalidad y especialidad...

(...)

3.2.4. Las obligaciones ingénitas al profesionalismo de la fiduciaria están sistematizadas en el numeral 2.2.1.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ...

(...)

3.2.4. Se agrega, por fuerza del artículo 872 del Código de Comercio, que las fiduciarias deben actuar conforme al estándar de la buena fe, por cuya fuerza surgen deberes secundarios de conducta, atendiendo a las particularidades del negocio jurídico y de los sujetos contratantes.

(...)

3.3.4. Fruto de esta confianza se impuso a las fiduciarias el deber de "realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación".

(...)

3.3.5. Sin duda, y conforme al marco normativo de esta actividad, la confianza que genera la fiduciaria le impone cargas especiales, tanto de información como de seguimiento, de suerte que la tranquilidad generada a los inversionistas por su intervención se corresponda con la realidad de la operación.

(...)

Empero, este concepto debe compatibilizarse con las condiciones subjetivas de las fiduciarias, pues el cuidado ordinario que se les exige debe analizarse a la luz del profesionalismo de la actividad; por ende, el estándar de comportamiento que se espera corresponde al mediano de un profesional fiduciario, experto en la gestión de negocios ajenos. Así lo ha relievado este órgano de cierre: El grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63, C.C.), sino el de un "buen hombre de negocios", comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante (SC5430, 7 dic. 2021, Rad. 2014-01068-01)". (CSJ. Sent. SC 107-2023, mayo 18/2023. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Mosalvo).

¿En qué consiste el deber de información?

[§ 221] Las sociedades fiduciarias, en la etapa precontractual, deben informar a sus clientes los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del

objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, así como de las dificultades, situaciones relevantes, o imprevistas que se presenten durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato que puedan afectarlo, de manera tal, que el cliente sea advertido de las implicaciones del contrato durante su duración. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes (Circ. Básica Jurídica, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1.2.1).

¿Qué considera la jurisprudencia frente al deber de información?

[§ 222] JURISPRUDENCIA.—***Obligación de información de la fiduciaria a sus clientes.*** *"(…) El deber de información se exige en mayor grado al contratante que por sus calidades tiene el conocimiento de las circunstancias relevantes del acto jurídico, relacionadas con el alcance de las obligaciones, efectos y riesgos asumidos, información de la que la otra parte carece; por lo mismo, el primero, se constituye en el "deudor informado" y tiene el deber de transmitírsela al otro, que, a su vez, como profano, se torna "acreedor" de recibirla de forma completa, veraz y oportuna. De ahí que el obligado a la información, "debe suministrarla objetivamente" y solo el "anoticiamiento completo, adecuado y veraz, constituye el contenido de la obligación al que aspira ver cumplido el acreedor y que debe ser proporcionado desde el periodo precontractual hasta la etapa de ejecución". En la fase contractual, el deber de información se mantiene en firme y su finalidad es garantizar al acreedor, la ejecución satisfactoria del pacto, pues, Superada provechosamente la etapa formativa sin vicisitudes que graviten sobre el consentimiento y aun cuando la materia sobre la que se contrate satisfaga las expectativas del crédito de las partes, subsiste el deber informativo sustentado en la cooperación debida en miras a una correcta ejecución. Ejemplos de lo expuesto constituyen la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones (…), o la carga de denuncia de la agravación del riesgo con que se halla gravado el asegurado". (CSJ. Sent. 5430-2021, dic. 7/2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).*

[§ 223] JURISPRUDENCIA.—***Deber calificado de información del fiduciario a sus clientes durante todas las etapas del contrato.*** *"(…) Además de las estipulaciones especiales que los contratantes a bien tengan incluir en ejercicio de su autonomía dispositiva y las indelegables obligaciones que la ley le impone a manera de reglas mínimas de contratación (art. 1234, C.Co.), el fiduciario debe honrar rigurosamente un deber —calificado— de información: "con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato". (CSJ. Sent. SC2879-2022, sep. 27/2022 Rad. 2018-72845-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta (Aprobado en sesión de cuatro de agosto de dos mil veintidós) (2022).*

[§ 224] LAUDO ARBITRAL.—**El deber de información de la fiduciaria se entiende incorporado en todos los contratos y deriva del deber de colaboración que tienen las partes.** "(…) El deber de colaboración que adquieren las partes al entablar una relación comercial impone a cada una de ellas, de manera particular, el deber de suministrar a la otra parte la información necesaria para facilitar el debido cumplimiento de las obligaciones que esta ha adquirido y la obtención de los beneficios que la misma previó al momento de la contratación".

"Toda vez que el deber de información debe ser acatado por las partes durante las etapas precontractual, contractual y poscontractual, este se refiere no solo a información contenida en el texto de las cláusulas del contrato, sino también a la información suministrada en los demás documentos producidos con motivo de la relación contractual".

"Ahora bien, aun cuando, tal y como se ha venido anotando, el deber de información se entiende incorporado a todos los contratos en general, siendo por este motivo exigible a cualquier persona como parte de un contrato, el mismo se exige de manera más estricta a los contratantes

que por sus conocimientos, habilidades técnicas y experiencia son considerados como profesionales en el oficio al cual se refiere el objeto contractual". (Laudo Arbitral, abr. 20/2004. Cámara de Comercio de Bogotá).

¿En qué consiste el deber de asesoría?

[§ 225] En virtud de este deber, el fiduciario da consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

El deber de asesoría es obligatorio para la fiduciaria en el negocio fiduciario de inversión.

Igualmente, la fiduciaria debe prestar asesoría en los negocios fiduciarios en los cuales se haya expresamente pactado esta obligación a su cargo.

Este deber en ningún caso puede ser interpretado conforme a las normas relativas a la actividad de asesoría establecido en el Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010. Sin embargo, para la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan dentro de sus finalidades invertir en valores, se debe dar aplicación a lo establecido en el mencionado Libro 40.

En aquellos negocios fiduciarios que no tengan dentro de sus finalidades invertir en valores, pero que administren temporalmente los recursos en fondos de inversión colectiva clasificados como productos universales, no se requiere llevar a cabo el perfilamiento de sus clientes, el análisis de conveniencia, ni el suministro de una recomendación profesional a los mismos.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, núm. 2º, subnum. 2.2.1.2.2. Adicionado. Circ. Externa 19/2021, Superfinanciera).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y doctrina frente al deber de asesoría?

[§ 226] JURISPRUDENCIA.—***El deber de consejo: responsabilidad de informar y aconsejar al cliente sin limitar su autonomía decisoria.*** *"El deber de consejo (...), "deriva de la obligación de información, de donde aconsejar presupone hallarse informado", y comporta un plus frente a aquella, "adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva (...) en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente (...) y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo". Sin embargo, es claro que este deber se agota en su exposición razonada por parte del contratante informado y en modo alguno supedita la voluntad del aconsejado, quien como titular de un derecho subjetivo es el único que puede tomar determinaciones sobre él, siendo una característica esencial, la "independencia y libertad de que goza el informado-aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final". (CSJ. Sent. 5430-2021. dic. 7/2021. M.P. Octavio Augusto Tejeriro Duque).*

[§ 227] DOCTRINA.—**La asesoría y el consejo requieren que el profesional brinde opiniones fundamentadas para ilustrar al cliente sobre las alternativas disponibles y orientarlo en sus decisiones.** "Como lo señala la doctrina, la actividad de asesorar o aconsejar "tiene un mayor contenido obligacional que la mera información y demanda del profesional suministrar opiniones fundamentadas sobre las materias objeto de su labor, con el fin de ilustrar al cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta y de orientarlo en sus decisiones y escogencias (...)" con el objeto de "incitarlo o a tratar de persuadirlo para que adopte la solución que parezca más conveniente para él'...

Bajo este entendido, es viable concluir que la actividad de asesorar supone orientar al cliente frente a una serie de alternativas de inversión, a

partir de las cuales él, por su propia cuenta y sin que exista ningún tipo de presión por parte de la entidad que lo aconseja, escoja una o varias de ellas. Para cumplir esta finalidad, la fiduciaria debe suministrarle la información requerida conociendo previamente sus necesidades e intereses de negociación, de modo tal que sea inteligible para el cliente, así como exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trata.

(...)

Lo anterior sin perjuicio de que "(...) pueda presentarse el caso de que la sociedad fiduciaria preste servicios de asesoría financiera dentro del contexto de las obligaciones originadas en la celebración de un contrato de fiducia de inversión, en el que la sociedad fiduciaria tiene la obligación, entre otras, de asesorar al fideicomitente para "la fijación de políticas, criterios y procedimientos que se deben seguir en la selección de los activos que deben adquirirse, mantenerse o liquidarse en relación con el portafolio de inversiones del contrato; la realización periódica de evaluaciones de riesgo de los emisores de los títulos en los cuales han de invertirse o se encuentran ya invertidos los recursos fideicomitidos; el análisis y el seguimiento permanente de la situación y perspectivas del mercado —incluyendo, en su caso, la elaboración de las respectivas proyecciones económicas y financieras— o la realización en fechas ciertas, de determinados pagos al fideicomiso o a otros terceros"... (Conc. 2008052712-001, sep. 25/2008).

¿Cuál es la diferencia entre el deber de asesoría y el deber de información?

[§ 228] El fiduciario conforme al deber de asesoría da consejos u opiniones sobre las características, fortalezas y debilidades de una determinada operación para que el fideicomitente, los órganos asesores, inversionistas o beneficiarios del negocio fiduciario, según se trate, tengan conocimiento de los factores a favor y en contra de la misma; con el fin de formar un juicio imparcial para la toma de decisión.

Entre tanto y, de acuerdo al deber de información, el fiduciario, está obligado a informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato fiduciario y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnums. 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2. Adicionado. Circ. Externa 19/2021, Superfinanciera).

¿En qué consiste el deber de protección de los bienes fideicomitidos?

[§ 229] De conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente, para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes hayan sido sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, esta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación (C. Co., art. 1234, num. 4º; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1.2.3; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1 inc. 3º).

¿En qué consiste el deber de lealtad y buena fe?

[§ 230] La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto

de interés (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1.2.4).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia frente al deber de lealtad y buena fe?

[§ 231] JURISPRUDENCIA.—***Del principio de buena fe contractual emergen reglas accesorias o agregadas que tienen fuerza vinculante, conocidas como normas o "deberes secundarios de conducta.*** *"Así, teniendo en cuenta que en las distintas fases de formación, celebración, desarrollo, y terminación de esta clase de negocios, la fiduciaria funge como una verdadera depositaria de la confianza otorgada por el constituyente y por los beneficiarios, respecto a que cumplirá correctamente el objeto del contrato atendiendo su capacidad administrativa y técnica en la gestión de intereses ajenos, la defraudación de esa confianza derivada de no honrar sus obligaciones o de acatarlas de manera defectuosa, va en contra también del principio de buena fe contractual por alejarse de la norma de conducta que de ella se esperaba.*

A tono con la doctrina nacional, "la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable", y se manifiesta de manera activa, en tanto cada persona debe usar con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera y ajustada a las exigencias del decoro social, y pasiva, en la medida que tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad.

Del principio de buena fe emergen otras reglas accesorias o agregadas que igualmente tienen fuerza vinculante, conocidas como normas o "deberes secundarios de conducta" que hacen parte del contenido de la obligación así no hayan sido pactadas expresamente en la convención. Para Stiglitz, éstas se explican en la distinción existente entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan como manifestaciones de ese principio y son "el carácter más saliente de la buena fe contractual que se traduce en categorías genéricas, como ser la cooperación y lealtad, y en directivas específicas que operan como desprendimientos de las anteriores por ejemplo, la información, la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, el auxilio a la otra parte, etcétera."

Las anteriores cavilaciones permiten establecer que, en acatamiento de las directrices emanadas del principio de la buena fe, la fiduciaria en cada una de las fases del pacto debe obrar con rectitud, lealtad y sin intención de causar daño a los demás vinculados de una u otra forma al fideicomiso, tanto en cumplimiento de las obligaciones convenidas expresamente, como de todo aquello que por su naturaleza le corresponda al negocio fiduciario y, muy especialmente, observar los deberes accesorios de conducta que cobran especial relevancia en un negocio basado en la confianza". (CSJ. Sent. 5430-2021, dic. 7/2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

[§ 232] LAUDO ARBITRAL.—**La buena fe contractual implica el deber de información y el deber de colaboración en procura de la finalidad del contrato de fiducia.** "(…) El respeto al contrato y a sus finalidades tiene por objetivo asegurar que el contrato se lleve a cabo para que se cumplan sus objetivos.

Pero el cumplimiento contractual no es una cuestión estática, sino dinámica, que impone el deber de colaboración mutua, en la cual es imperioso tener en cuenta que la buena fe contractual concierne a todos, como lo prescribe el artículo 83 de la Constitución Política; consecuencia de ello es el deber de actuar en función de la finalidad y no de futuras controversias judiciales. En ese sentido es claro y expreso el artículo 1603 del Código Civil que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella".

(…)

Una vez formalizado el contrato se convierte en ley para las partes en el marco del artículo 1602 del Código Civil, es decir que, perfeccionado el acuerdo de voluntades, las partes quedan sometidas a las reglas que ellos mismos se fijaron lo que permite seguridad en las relaciones interpartes, e inclusive para terceros interesados.

(…)

Resalta el tribunal que el deber de información que se le exige al fiduciario mediante estas disposiciones, también deriva del principio de la buena fe que como regla de conducta orienta la actuación de los profesionales, que les impone los deberes que gobiernan una actividad que por

esencia y como su nombre lo indica se encuentra fundada en la confianza…

(…)

De allí que el denominado deber de lealtad, también asegurado por la doctrina para todo tipo de profesionales, aplica en la medida en que se exige también que los contratos sean ejecutados de buena fe…, de tal manera que los contratos obligan no solo en lo pactado, sino en todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural". (Laudo arbitral, ago. 26/2005. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 233] DOCTRINA.—**El deber de lealtad implica para el fiduciario actuar en beneficio del beneficiario y del fideicomiso para evitar incurrir en conflicto de interés.** "(…) Sin duda alguna este denominado deber de lealtad, constituye, junto con el de prudencia, la carga que mejor define la posición esperada del fiduciario. Podría sintetizarse diciendo que, en virtud de este deber que asume como cosa natural el *trust,* su actuación debe consagrarse, exclusivamente, en favor del beneficiario. Naturalmente y por esa vía, supone que en la administración de los bienes no pueden obtenerse ventajas para el propio fiduciario y en el remoto caso de que ello ocurriese, los resultados deben transferirse al trust.

(…)

Bajo el deber de lealtad se ha estudiado particularmente el tema de los denominados conflictos de interés que pueden surgir para un gestor cuando, de alguna manera, se encuentre en una situación en la cual la decisión que tome puede favorecer a su cliente o a otro de sus clientes y, sobre todo, a él mismo o las personas vinculadas a él. Si se aplicase el tradicional principio según el cual el gestor debe actuar invariablemente en interés de su cliente —diríamos mejor todavía en interés del fideicomiso— el problema podría solucionarse con facilidad". (Rodríguez Azuero, Sergio. La Responsabilidad del Fiduciario. Primera Edición 1997. Ediciones Rosaristas págs. 70, 74 y 75).

¿En qué consiste el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?

[§ 234] Las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y para prever circunstancias que puedan afectar su ejecución (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.1.2.5).

¿Qué considera la jurisprudencia sobre el deber de diligencia, profesionalidad y especialidad?

[§ 235] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario en virtud de su profesionalismo debe actuar como un buen hombre de negocios.*** *"(…) Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios…, bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio.*

Ese calificado baremo se especifica, entre otras obligaciones, en "tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión", "emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución", "abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo", "precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo" y "prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos

a sus clientes desde la etapa precontractual"". (CSJ. Sent. SC2879-2022, sep. 27/2022 Rad. 2018-72845-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

¿En qué consiste el deber de eficacia y prudencia?

[§ 236] En el deber de eficacia y prudencia, el fiduciario debe realizar eficaz y diligentemente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones.

Lo anterior significa, que la actuación del fiduciario en desarrollo de su gestión, debe ser ágil pero prudente, es decir, con el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios (C. Co., art. 1234, num. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la Jurisprudencia respecto al deber de eficacia y prudencia?

[§ 237] DOCTRINA.—**El deber de eficacia se relaciona con la competencia del profesional y el deber de prudencia el de actuar cauta y diligentemente.** "La comunidad espera que la actuación del profesional sea eficaz, que en virtud de la competencia particular que posee, el cliente tenga fundadas razones para sentirse en las mejores manos. Y ello no sólo por la preparación y el conocimiento particulares de la materia, en general sino por el de los distintos productos, bienes o servicios que ofrece, y el de los mercados en los cuales opera. Bajo esa obligación profesional debe conocer las regulaciones y requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer, los riesgos que su negocio ordinariamente genera o los extraordinarios que su experiencia sugiera como posibles y la forma más razonable para evitarlos o minimizar la posible ocurrencia y, por, sobre todo, contar con la organización interna y los soportes o ayudas externas que ha menester para tomar una correcta decisión en caso dudoso.

Por eso cabe sostener que a la par de eficaz ha de ser prudente, es decir, realizar en forma cauta y diligente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones.

Hemos dicho que el delicado equilibrio que esta obligación dupla supone y pone a prueba, en el mejor de los sentidos, el buen juicio del fiduciario. En efecto, debe ser diligente, esto es con "prontitud, agilidad, prisa", pero debe hacerlo de manera cauta, a fin de "discernir y distinguir lo que es bueno o malo"..." (Rodríguez Azuero, Sergio Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina. Primera Edición 2005. Legis Editores, págs. 271 y 272).

[§ 238] LAUDO ARBITRAL.—**El deber de eficacia implica la capacidad profesional para lograr la finalidad encomendada, entre tanto el deber de prudencia guarda relación el obrar con cuidado y discernimiento.** "(…) Quien recurre a los servicios de un profesional, lo hace porque persigue un determinado objetivo, o espera la realización de un resultado (incluso si se trata de obligaciones de medio), lo que significa que se basa en la eficacia del "hombre del arte" o del "hombre del oficio", quien tiene la obligación jurídica de ser eficaz, lo cual no quiere decir que deba siempre lograr el resultado perseguido.

(…)

La eficacia implica la competencia del profesional, lo que significa que debe conocer todas "las reglas de su oficio" —en especial cuando un organismo técnico o gremial las recomienda— así como los usos y prácticas particulares imperantes en el sector de la economía en que desarrolle sus actividades. Adicionalmente, como especialista que es, el profesional no puede ignorar las modificaciones que sufran esas reglas y usos, ni los adelantos e innovaciones técnicas que se produzcan en su profesión. Por tanto, el profesional debe dominar la técnica y tener la capacidad de llevar a cabo verificaciones y controles... De otra parte, como persona experta, el profesional debe conocer sus limitaciones y rechazar los encargos que excedan sus capacidades... o debe acudir al respaldo de un especialista en los aspectos en que él no lo sea.

Como ya se indicó, el deber de eficacia requiere del profesional una formación permanente, lo que le exige estar al tanto de las evoluciones jurídicas y técnicas, no solamente para ponerlas en práctica, sino también para advertir a sus clientes de la necesidad o conveniencia de tenerlos en cuenta o de emplearlas.

(…)

Otra característica de la eficacia es reaccionar con prontitud, de manera que el profesional debe cumplir las gestiones y actividades que le corresponden oportunamente, esto es, en tiempo útil. Así mismo, debe estar preparado a actuar con celeridad cuando las circunstancias lo requieren… Con todo, los comentaristas señalan que las cosas no pueden llevarse a un extremo, pues la precipitación puede también ser culposa.

Ahora bien, dentro de las expresiones de la eficacia se encuentra el espíritu de iniciativa que se apoya en la imaginación, lo que impide que el profesional se limite a actuar en forma mecánica e irreflexiva.

(…)

El profesional debe proceder de manera reservada y discreta y hacer gala de discernimiento y prudencia. Estas virtudes refuerzan la necesidad de que se abstenga de inmiscuirse en el campo que se ha reservado su cliente.

La prudencia, por lo demás, ha de inspirar todas las acciones del profesional, pues se trata de una condición de buen juicio, indispensable para la eficacia de su gestión. La prudencia debe entenderse como la capacidad de decidirse a actuar, tomando y midiendo los riesgos". **(**Laudo arbitral, jun. 8/99. Cámara de Comercio de Bogotá).

¿En qué consiste el deber de previsión?

[§ 239] En cuanto al deber de previsión, la sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Tít. V, Cap. Primero, num. 2º, subnum. 2.2.1.2.6).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la Jurisprudencia sobre el deber de previsión?

[§ 240] JURISPRUDENCIA.—***El deber de previsión involucra la capacidad del fiduciario de advertir los riesgos del negocio fiduciario en la etapa precontractual.*** *"(…) Y el deber de previsión, en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia.*

Ahora bien, dentro de los deberes de las sociedades fiduciarias, la Circular Básica Jurídica en su correspondiente acápite, refiere los de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos; lealtad y buena fe; diligencia, profesionalidad y especialidad, así como el de previsión (…)". (CSJ. Sent. SC5430-2021, dic. 7/2021. Rad. 05001 31 03 010 - 2014 01068 01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

¿Cuáles son las causales de renuncia del fiduciario a su gestión?

[§ 241] El fiduciario puede justificadamente renunciar a su gestión conforme a lo estipulado en el contrato de fiducia y, a falta de estipulación, cuando:

1. El beneficiario se niegue o no pueda recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo.

2. Los bienes fideicomitidos no rindan los frutos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario, y

3. Cuando el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario, según el caso, se nieguen a pagar dichas compensaciones.

La fiduciaria debe presentar su renuncia por las causales anotadas anteriormente al superintendente financiero para su autorización (C. Co., art. 1232).

¿Quién puede solicitar la remoción del fiduciario?

[§ 242] El fiduciario puede ser removido de su cargo por solicitud, al juez competente de:

1. El fideicomitente, en cuyo caso, puede solicitar el nombramiento de un sustituto (C. Co., art. 1236, num. 2º).

2. El beneficiario, para lo cual podrá solicitar, como medida preventiva, un administrador interino (C. Co., art. 1235, num. 4º).

¿Cuáles son las causales de remoción?

[§ 243] Son causales de remoción del fiduciario las siguientes:

1. Si tiene intereses incompatibles con los intereses del beneficiario (C. Co., art. 1239, num. 1º).

2. Por incapacidad o inhabilidad (C. Co., art. 1239, num. 2º).

3. Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualesquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundamentalmente del buen resultado de la gestión encomendada (C. Co., art. 1239, num. 3º).

4. Cuando no acceda a verificar el inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución o a tomar las medidas de carácter conservativo que le imponga el juez (C. Co., art. 1239, num. 4º).

¿Cuándo tiene el fiduciario intereses incompatibles con el beneficiario?

[§ 244] En el evento de la inadecuada administración del fideicomiso que pueda llegar a lesionar los intereses del beneficiario o, por el inadecuado manejo de los intereses de la fiduciaria frente a los intereses del beneficiario que pueden generar un conflicto de interés (C. Co., art. 1239, num. 1º).

¿En qué momento se puede presentar la inhabilidad o incapacidad del fiduciario?

[§ 245] La incapacidad o inhabilidad del fiduciario puede ser preexistente al negocio fiduciario, cuando al haber tenido conocimiento de la misma, ésta no haya sido subsanada o, cuando sobrevenga al negocio fiduciario.

¿Cuándo se entiende que hay grave negligencia o dolo en las funciones del fiduciario?

[§ 246] Cuando el fiduciario es incompetente para administrar los bienes fideicomitidos, lo cual puede ocasionar resultados negativos para el buen resultado de la gestión del fiduciario y para el fideicomiso.

Los eventos de dolo o grave negligencia, deben ser comprobados, y se predican no sólo del negocio fiduciario respectivo, sino de cualquier otro u otros negocios que administra el fiduciario, es decir, que en desarrollo de su actividad no actúa, con diligencia, prudencia y buena fe.

¿Cuándo se considera que el fiduciario no accede a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución o a tomar las medidas de carácter conservativo que le imponga el juez?

[§ 247] La verificación del inventario es una obligación excepcional del fiduciario que se debe ejecutar en la medida que así se haya dispuesto en el acto constitutivo.

Prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales es una obligación también excepcional del fiduciario, que debe ser

solicitada a petición de parte interesada y decretada por el juez competente como medida conservatoria.

¿Qué prohibiciones legales tiene el fiduciario?

[§ 248] Las siguientes prohibiciones generales:

1. Adquirir el dominio de los bienes fideicomitidos por causa del negocio fiduciario.

El fiduciario no puede, bajo ninguna circunstancia, convertirse en beneficiario del fidecomiso, como tampoco, adquirir la propiedad de los bienes fideicomitidos (C. Co., art. 1244).

2. Celebrar negocios fiduciarios que puedan servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Tít. V, Cap. I, num. 2º, subnum. 2.2.3; D. 2555/2010, art. 2.5.2.1.1, par.).

3. Los encargos y contratos fiduciarios no pueden tener por objeto la asunción de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley (EOSF, art. 29, num. 3º).

¿Cuál es el origen de la prohibición al fiduciario de asumir obligaciones de resultado?

[§ 249] Esta prohibición tuvo su origen en el temor de las autoridades, con ocasión de las primeras operaciones realizadas por las fiduciarias independientes, al captar recursos para colocarlos en créditos a través de fideicomisos de inversión, práctica que desnaturalizaba el negocio fiduciario y colocaba a las sociedades fiduciarias como intermediarios entrando a operar dentro del ámbito de los establecimientos de crédito.

De otra parte, siendo de la naturaleza de la fiducia de inversión el reportar un riesgo para el constituyente, el mayor o menor rendimiento de las inversiones debe ser asumido por éste, razón por la cual el fiduciario no puede garantizarle al cliente una tasa fija, como ocurre en las operaciones de captación y colocación que operan los establecimientos de crédito en desarrollo de su función de intermediación.

Como consecuencia de lo anterior, se buscó a través de la prohibición en comento, que las fiduciarias no garantizaran en los negocios de inversión rendimiento alguno. Es así como, el numeral 5º del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, derogado por el artículo 111 del Decreto 2175 de 2007 —derogado este último por el Decreto 2555 de 2010, artículo 12.2.1.1.4, sustituido por el artículo 3.1.1.9.3 del Decreto 1242 de 2013— sobre fondos de inversión colectiva, obliga a las fiduciarias para que dentro de los mecanismos de información advierta de forma visible, clara y destacada que las obligaciones que asume el fiduciario son de medio y no de resultado, y que los dineros entregados no son depósitos, por lo cual deberá abstenerse de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija de los recursos recibidos y rendimientos por valorización de los activos que integraban los fondos.

Obligaciones de medio y resultado del fiduciario

¿Cuáles son las obligaciones de medio?

[§ 250] Son aquellas en que la prestación o compromiso adquirido por el deudor para con el acreedor, se fundamenta en poner todos los medios que sean necesarios para conseguir un resultado que no se garantiza.

El resultado en sí mismo no hace parte de la prestación debida, de manera que, si no se obtiene dicho resultado, pero el deudor puso todos los medios necesarios para su logro, no puede decirse que hay incumplimiento de la obligación.

¿Cuáles son las obligaciones de resultado?

[§ 251] Son aquellas en las cuales la obtención del resultado forma parte de la prestación debida por el deudor al acreedor, de manera que de no conseguir el resultado implica el incumplimiento de la obligación.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las obligaciones de medio y no de resultado del fiduciario?

[§ 252] DOCTRINA.—**Las obligaciones de medio del fiduciario tienen su origen en la fiducia de inversión, no obstante, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las extendió a los demás negocios fiduciarios.** "Pero el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ha establecido que los "encargos fiduciarios y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley", por lo que ha sido lugar común, frecuentemente mal interpretado y resentido por la comunidad, repetir como un estribillo que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado. Y como la principal conclusión que se le sigue deduciendo a tal calificación es la de que ella invierte la carga de la prueba, la no obtención de la finalidad prevista en el contrato, debida a posible incumplimiento del fiduciario, obliga al demandante a probar su falta de prudencia o diligencia en el desempeño de su gestión.

Hemos sostenido, desde siempre, que la prohibición general del Estatuto resultó de la previsión defensiva adoptada por la Superintendencia Bancaria cuando temió que las nacientes sociedades fiduciarias garantizaran un rendimiento a los fideicomitentes de inversión. Pero en vez de haberlo expresado directa y categóricamente, optó por formular un principio que viene bien para un gestor de un portafolio cuya valoración se muta diariamente y cuya rentabilidad, por consiguiente, no puede asegurarse, pero que resulta excesivo, inconveniente y antitécnico cuando se consagra como disposición general, aplicable, por ende, a todos los negocios fiduciarios". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina. Primera Edición. 2005 Legis Editores págs. 365 y 366).

[§ 253] DOCTRINA.—**El gestor fiduciario en la administración de los fideicomisos de inversión debe acatar las prohibiciones previstas en el Estatuto Financiero.** "(...) Dentro de los contratos mediante los cuales se vincule a los constituyentes o adherentes con los fondos o proyectos específicos de inversión deberá destacarse la circunstancia de que las obligaciones que asume el fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio y no de resultado.

En consecuencia, las sociedades fiduciarias se abstendrán de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para los recursos recibidos, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos". (Superfinanciera, Conc. 2002056587-1, nov. 18/2002).

[§ 254] DOCTRINA.—**En el fideicomiso de inversión el fiduciario asume obligaciones**

de medio, no obstante, existen obligaciones independientes y principales derivadas de los negocios fiduciarios que son típicamente de resultado. "(...) De hecho en los negocios fiduciarios, en general, hay obligaciones instrumentales y accesorias que son claramente de resultado como las derivadas del artículo 1234 del Código de Comercio que señalan a cargo del fiduciario, tareas puntuales tan concretas como la de informar, rendir cuentas o hacer inventario, para poner tres ejemplos. Nadie concebiría allí que la obligación fuera de medio".

(…)

"Lo que ocurre, y hay que decirlo claramente en primer término, es que, en muchos casos, el fiduciario asume obligaciones de medio como naturalmente puede y debe seguir ocurriendo en el caso de los fideicomisos de inversión, respecto de los cuales, el riesgo, por definición aleatorio, es el constituyente. Pero son muy numerosas las hipótesis en las cuales, obligaciones independientes y principales derivadas de los negocios fiduciarios, son típicamente de resultado.

Tal ocurre en numerosos ejemplos de la que hemos denominado fiducia de administración en la cual una entidad pública o privada transfiere unos fondos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición, proceda a hacer un pago.

(...).

Esto, naturalmente, es un despropósito y resulta de haberse adoptado con criterio simplista un principio que podía ser orientador de buena parte de los negocios fiduciarios pero no de todos y que, por lo tanto no puede formularse como regla absoluta". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera edición 2005. Legis, Bogotá, págs. 277, 278, 279 y 28).

[§ 255] DOCTRINA.—**De acuerdo con la finalidad del negocio, el fiduciario puede asumir de manera principal obligaciones de resultado y no simplemente de medio.** "(...) De una parte, establece como principio general aplicable a todas las modalidades de fiducia que las obligaciones que asume el fiduciario tienen el carácter de medio y no de resultado, y de otra parte, ese principio lo refiere ya de manera específica a la fiducia de inversión y en particular al hecho de que las sociedades fiduciarias no podrán garantizar réditos fijos para los recursos que invierten los constituyentes ni asegurar valorizaciones de los activos que integran los fondos comunes o especiales.

(…).

Desde el punto de vista histórico la prohibición se pensó y se consagró para ser aplicada solo a la fiducia de inversión con el fin de evitar que mediante este negocio las sociedades fiduciarias se convirtieran en intermediarios financieros garantizando una tasa de rendimiento para el inversionista o constituyente.

Pero el *punctum dolens* o punto de fricción es el haber atendido esta prohibición particular y específica a todas las demás modalidades del fideicomiso porque, como se ha afirmado, en muchas oportunidades, de acuerdo con la finalidad del negocio, el fiduciario puede asumir de manera principal obligaciones de resultado y no simplemente de medio". (Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Segunda edición, 2006. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 161).

[§ 256] DOCTRINA.—**El incumplimiento en las obligaciones de resultado en la carga de la prueba es el deudor y en las obligaciones de medio es el acreedor.** "Esta clasificación ha sido útil para la apreciación de las cargas probatorias. En efecto, se enseña que ante el incumplimiento en las obligaciones de resultado la carga de la prueba (del cumplimiento o del motivo exonerador) es el deudor, en tanto que en las obligaciones de medio es el acreedor.

(...).

Para trasladar lo dicho al negocio fiduciario y en razón de la prohibición que se viene comentando, ante el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad fiduciaria la carga será siempre del deudor, esto es del constituyente o beneficiario según el caso, por cuanto la regla general es que aquella no puede asumir obligaciones de resultado.

(...).

Así las cosas, se podría afirmar que independientemente de que las obligaciones del fiduciario sean calificadas como obligaciones de medios; él deberá probar su diligencia en la realización de encargo encomendado. "La prueba de la diligencia o cuidado corresponde al que ha debido emplearlo", por el contrario, si la obligación es de resultado, porque ha quedado claro que en ciertas especies de fiducia surgen

para el fiduciario obligaciones de resultado, el intermediario se exime demostrando el elemento extraño puesto que en ese tipo de obligaciones el elemento subjetivo no cuenta para nada". (Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Segunda edición 2006. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 163).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre las obligaciones de medio y resultado del fiduciario?

[§ 257] JURISPRUDENCIA.—***Las fiduciarias pueden asumir deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato o cuando estos sean necesarios según la tipología del negocio fiduciario (...).*** *"Significa que, como regla de principio, las cargas nucleares de las fiduciarias no pueden consistir en alcanzar un resultado determinado, pues sólo puede obligarse a realizar su mejor esfuerzo para lograr la finalidad señalada en el acto constitutivo, obviamente, de acuerdo con el profesionalismo exigido a una experta del mercado.*

(...)

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia"...Sin embargo, la anterior directriz no se aplica para aquellos deberes que, por autorización legal, son de resultado, o tratándose de obligaciones instrumentales, complementarias o accesorias. Expresado de otra forma, las fiduciarias pueden asumir —y asumen— deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato, o cuando esto devenga necesario según la tipología del negocio fiduciario. Así se infiere de la redacción del transcrito artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra claras cargas de resultado, tales como mantener la separación patrimonial, llevar la personería jurídica del fideicomiso, transferir los bienes fideicomitidos al beneficiario a la finalización del encargo o rendir informes con cierta periodicidad, los cuales suponen un deber concreto que no puede soslayarse.

Sería impensable, por ejemplo, en el contexto de los deberes indelegables de la fiduciaria, que ésta pueda exonerarse de suministrar información al fideicomitente y fideicomisario, o permitir la confusión patrimonial entre los diferentes encargos o con sus activos propios, bajo le excusa de que puso su mejor empeño para lograrlo. Tales posibilidades deben tenerse por clausuradas, so pena de vaciar su contenido.

De allí que esta Sala haya reconocido expresamente que "tales obligaciones", refiriéndose a los "deberes contractuales o legales asumidos por el experto fiduciario", puedan ser "de medios o de resultado". (CSJ. Sent. 107-2023, mayo 18/2023. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Mosalvo).

[§ 258] JURISPRUDENCIA.—***Las obligaciones del fiduciario son de medio salvo disposición legal en contrario.*** *"(...) En cuanto a su naturaleza, las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medios, salvo disposición legal en contrario, pues a manera de prohibición general, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero —Decreto 663 de 1993— dispone que "los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley". Que tales obligaciones sean de medios significa, en principio, que la fiduciaria solo se compromete a proporcionar aquellos adecuados para la consecución del fin del contrato, en esas condiciones, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el resultado deseado y que ese fracaso se atribuya a su incumplimiento total, parcial o defectuoso, ésta podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado. No obstante, como más adelante se explicará, en estos eventos la acreditación de la diligencia, supone que ésta haya sido de un grado máximo, que no es el que se espera de un hombre común, sino de un experto en negocios fiduciarios que como actividad de interés público está vigilada y controlada por el Estado, al punto que solo pueden ejercerla los profesionales acreditados y autorizados por la Superintendencia Financiera". (...). (CSJ. Sent. 5430-2021, dic. 7/2021 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).*

[§ 259] LAUDO ARBITRAL.—**La obligación de un profesional es una obligación de medio o es una obligación de resultado, dependiendo**

del carácter cierto o aleatorio de la prestación prometida. "...La jurisprudencia destaca cómo, en materia de fiducia, la ley colombiana ha puntualizado, de una parte, que las obligaciones principales a cargo del fiduciario son obligaciones de medios, no de resultado, (EOSF, arts. 29, num. 3º y 151, num. 5º) y, de otra, que este solo responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión (C. Co., art. 1243).

(...).

Es cierto, como lo puso de presente el alegato de conclusión del apoderado de la parte convocante, que un importante sector de la doctrina nacional ha expuesto una serie de argumentos enderezados a discutir que todas las obligaciones del fiduciario sean solo de medios. Evidentemente, existen algunas que son, a las claras, típicas obligaciones determinadas o de resultado, como acontece, por ejemplo, con la consistente en mantener los bienes fideicomitidos separados del resto de sus activos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (C. Co., art. 1233); o con la de rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses (C. Co., art. 1234-8) o con la de transferir los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda una vez concluido el negocio fiduciario (Ibid, num. 7º). Mas no puede decirse lo propio en cuanto obligaciones tales como las consistentes en realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad del contrato; o la de invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente; o la de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos o la de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio, todas las cuales evidencian que para poder satisfacerlas los fiduciarios solo se comprometen a actuar en forma prudente y diligente en procura de obtener el resultado apetecido por el fiduciante, pero sin garantizar que tal resultado habrá de lograrse.

Así, el criterio más seguro para distinguir cuándo la obligación de un profesional es una obligación de medios o es una obligación de resultado, consiste en determinar el carácter aleatorio o no vinculado al resultado de la obligación, de modo que cuando el resultado buscado por las partes con la celebración del contrato puede, razonablemente, alcanzarse mediante la utilización normal de los medios de que dispone o debe disponer el profesional, este adquirirá una obligación de resultado.

(...)". (Laudo arbitral, ago. 9/2001. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 260] LAUDO ARBITRAL.—**La carga de la prueba en caso de incumplimiento de las obligaciones de medio.** "lo usual es que incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.

Así las cosas, "Si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento —pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria— con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor".

Esto ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia nacional, como se observa en la siguiente cita: "...en materia probatoria se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que puedan conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular (...). Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño; mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil...". Y agrega que de lo dispuesto en este artículo "... se deduce que cuando la obligación es de medio sigue gravitando sobre el demandante la carga de probar la culpa del demandado".

Sobra señalar que en caso de incumplimiento de las obligaciones de resultado que eventualmente puede asumir el fiduciario, dicho incumplimiento hace presumir su culpa, de manera que el acreedor que persiga la correspondiente indemnización de perjuicios, estaría relevado de la tarea demostrativa de ese elemento". (Laudo arbitral feb. 20/2003. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

Alcance de la responsabilidad del fiduciario

¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del fiduciario?

[§ 261] De conformidad con lo estipulado en el artículo 1243 del Código de Comercio, el fiduciario responde hasta de la culpa leve en cumplimiento de su gestión.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la responsabilidad del fiduciario?

[§ 262] Esta forma de responsabilidad del fiduciario tiene su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, el cual predica, que en los contratos celebrados en beneficio recíproco de las partes el deudor es responsable de la culpa leve.

No obstante, teniendo en cuenta que los servicios fiduciarios ofrecidos en el mercado requieren de conocimientos especiales sobre la materia y en el reciente desarrollo de la reglamentación de protección al consumidor las sociedades fiduciarias han sido calificadas como profesionales en la normatividad vigente, imponiéndoseles unos deberes especiales en el ejercicio de su profesión, se entiende que aun cuando el tipo de la responsabilidad no se haya modificado ni adoptado una nueva forma o categoría, sí se imponen unas cargas especiales para el fiduciario en virtud de la calidad de profesional, que inciden directamente en su responsabilidad como gestor de interés de terceros.

Ahora bien, para que la conducta de la fiduciaria genere una responsabilidad, es necesario que tal conducta produzca un daño cierto. En otras palabras, debe existir un nexo o vínculo de causalidad entre la conducta cuestionada y el daño producido, de tal forma que resulte claro que el daño es el resultado efectivo de aquella.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la responsabilidad del fiduciario?

[§ 263] DOCTRINA.—**Culpa, daño y vínculo de causalidad elementos de la responsabilidad civil contractual.** "(...) **Culpa**... la "falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente". En este elemento radica, entonces, la voluntariedad que ha de estar presente en el análisis de la responsabilidad, pues se supone que las personas deben adecuar su conducta de manera que sea posible obtener el resultado implícito en las obligaciones que asumen. Y cuando estas se incumplen, la primera pregunta toca con el comportamiento. Por eso se ha sostenido por regla general que la responsabilidad es subjetiva, pues parte de esa evaluación de la conducta y de la posibilidad de imputarla al deudor, supuestamente incumplido, o a quién simplemente ha causado un daño, por una falla de comportamiento.

(...).

Daño. Para estructurar y deducir responsabilidad de un deudor es menester, además que la conducta del actor genere un daño. Y si por dañar se entiende "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", no es difícil rescatar el contenido económico que en la acepción atribuida a la noción jurídica permite definir el daño como el valor de pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados". En otras palabras, un incumplimiento, por grave que sea no es suficiente para soportar una acción de responsabilidad con vocación a prosperar, a menos que exista un perjuicio que, como tal, deba ser resarcido.

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, se ha dicho que el daño debe ser cierto, determinado y previsible. En caso de dolo, en materia de responsabilidad contractual, se extiende a los daños imprevisibles.

(…)

Vínculo de causalidad. El otro requisito exigido para poder deducir responsabilidad a cargo de un sujeto es establecer un vínculo o relación de causalidad entre la conducta censurada y el daño producido, de manera que no quede duda sobre el hecho de que el último es el resultado efectivo de aquella". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios Su significación en América Latina. Primera Edición. 2005. Editorial Legis, págs. 352, 354 y 355).

[§ 264] JURISPRUDENCIA.—***El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria podrá generarle el deber de reparar los daños irrogados a los afectados.*** *"(…) Frente al consumidor, la participación de la fiduciaria es un sello de confianza, con independencia del rol que cumpla dentro de las múltiples posibilidades enunciadas, pues su condición de "especialista en la gestión de negocios de esa índole y además autorizada, controlada y vigilada por el Estado, genera en todas aquellas personas que entran a formar parte del mismo, bien sea en calidad de propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, etc., al punto de convertirse, en gran medida, en el factor determinante al momento de definir la efectiva participación de éstos en el plan ofertado".*

(…)

Responsabilidad de las sociedades fiduciarias. *El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria podrá generarle el deber de reparar los daños irrogados a los afectados, siempre que en el respectivo proceso se demuestren los presupuestos para su reconocimiento, como son: culpa, daño y nexo causal. (I) Conforme al artículo 1243 del Código de Comercio, "el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión", esto es, por "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios…*

(…).

Claro está, salvo estipulación expresa en contrario, el incumplido "sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento" (CC., art. 1616). (…)". (CSJ. Sent. SC 107, dic. 18 /2023. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

[§ 265] JURISPRUDENCIA.—***Responsabilidad profesional del fiduciario por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por él como experto.*** *"(…) Así mismo, la Corte ha reconocido que las sociedades fiduciarias son susceptibles de incurrir en responsabilidad profesional…*

(…)

Ahora bien, la responsabilidad profesional no se inscribe en ninguna categoría especial, sino que se rige por los postulados generales, de ahí que pueda sostenerse que se estructura por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por el experto. Sin embargo, cuando está de por medio una relación jurídica convencional, la nota característica atañe al grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que se exige a quien ostenta esa connotación en un determinado campo del saber o de la técnica, de quien se espera prudencia, pericia y diligencia en la ejecución. Ello impone un tratamiento más riguroso frente a su eventual desatención, con independencia de que tales obligaciones se cataloguen como de medios o de resultado, por cuanto en esas circunstancias es dable aplicar un patrón de reproche más estricto, de modo que al efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño…". (CSJ. Sent. 5430-2021. dic. 7/2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

[§ 266] JURISPRUDENCIA.—***La responsabilidad civil en contra de la fiduciaria en el marco de la acción de protección de consumidor financiero.*** *"(…) Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, "el fiduciario compromete su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los*

afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario.

Frente a tales eventualidades cobra especial relevancia la profesionalidad del fiduciante; no porque de ella se origine un régimen de responsabilidad civil particular, sino porque la especial diligencia y los precisos conocimientos que ese agente tenía —o debía tener— sobre el contexto en el que se habría ocasionado el daño, especifican los matices del factor de imputación (subjetivo) que regirá el estudio —retrospectivo— de su comportamiento y, por contera, caracterizan los linderos del patrón de conducta que deberá probar haber cumplido, para liberarse del reproche de culpabilidad.

(…)

La actividad fiduciaria hace parte de aquellas fundadas en la autonomía privada que otrora se entendían reservadas para el ámbito exclusivo de interacción negocial entre los particulares, y que hoy en día cuentan con una especial regulación e incluso vigilancia, en aras del interés público que recae sobre ellas y de las especiales garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a los consumidores. El derecho del consumidor incorpora prerrogativas sustanciales, como la calidad de los servicios o la correcta y suficiente información; procesales, como las acciones consagradas para lograr la exigibilidad judicial de sus garantías o la indemnización de perjuicios; así mismo, incluye facetas de participación….

(…)

Como colofón, los artículos 57 y 58 del Estatuto del Consumidor establecen la acción de protección del consumidor como garantía de justiciabilidad de sus derechos, cuando aquellos han sido vulnerados o desconocidos en el marco de una relación de consumo.

Es así como la constatación por parte de los juzgadores (i) del grave incumplimiento de los deberes de la fiduciaria derivados tanto de la normativa que rige su actividad como del clausulado de los contratos de encargo fiduciario, (ii) del detrimento patrimonial sufrido por la demandante y (iii) de la relación causa-efecto entre esos dos sucesos, los llevó a la declaratoria de la responsabilidad civil en contra de la fiduciaria en el marco de la acción de protección de consumidor financiero; en virtud de la cual se resolvió una controversia suscitada entre XX como consumidor y la fiduciaria vigilada por el Estado, relacionada exclusivamente "con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones.

(…)". (CSJ. SC2879-2022. sep. 27/2022. Rad. 2018-72845-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

[§ 267] LAUDO ARBITRAL.—**Debe existir un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor.** "(…) A este respecto la Corte ha puntualizado que el vínculo de causalidad "se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (C.C., art. 1616, inc. 1º).

La doctrina también señala que la relación de causalidad exigida es aquella que muestra que "el perjuicio cuya reparación se impetra obedece a la conducta del demandado", pues "sólo es resarcible el perjuicio causado por la persona a quien se solicita indemnización; no el proveniente de otras razones".

(...).

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Corte (...) ha precisado lo siguiente: "Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio, es decir, una relación tal, que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido... se requiere el elemento de necesidad de la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que ésta

sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. (...) puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño (...)".

(...).

Según la doctrina, para que haya responsabilidad no es necesario que se haya debido prever el daño preciso, basta que se haya podido prever que iba a producirse un perjuicio por el acto u omisión.

(...) En efecto, se dice que dentro de todas las circunstancias que concurren a la realización de un perjuicio —circunstancias que son las condiciones— no todas son "causa" de ese perjuicio desde el punto de vista de la responsabilidad, de suerte que no todas obligan a su autor a indemnizar. Solamente pueden ser consideradas como "causa" de un daño los eventos que deben normalmente producirlo. Se requiere, en consecuencia, que el vínculo entre el evento y el daño resultante sea "adecuado" y no simplemente "fortuito".

Así las cosas, existe vínculo causal cuando la condición de que se trate tiene normalmente la virtualidad de producir el daño que se pretende reparar, o considerando como causa únicamente las circunstancias cuyas consecuencias dañosas eran previsibles para el demandado (...).

Esta teoría permite discriminar entre las distintas condiciones que participan en la producción de un daño para solo otorgarles el carácter de "causa" a algunas de entre ellas, pero no a todas. El criterio para llevar a cabo tal discriminación consiste en precisar que únicamente son causa del daño aquellos eventos que debían normalmente producir ese perjuicio, es decir, únicamente los eventos cuya similar consecuencia dañosa era normalmente previsible (...).

3. La causa eficiente

(...) A este respecto la doctrina explica que solo es causa eficiente aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado (...).

En síntesis, sólo deben ser calificados como "causas" del daño, en el sentido jurídico del término, los hechos que han desempeñado un papel "preponderante", "decisivo", no aquellos que han sido simplemente la ocasión, sino los que han cumplido la función de "causa creadora". (Laudo arbitral feb. 20/2003. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 268] LAUDO ARBITRAL.—**Deber del actor de acreditar que se trata de un perjuicio cierto, directo y en principio previsible.** "(...) "Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria" (G.J. Tomo CXXIV, M.P. Fernando Hinestrosa).

(...).

Esta precedencia del daño en el orden jurídico y cognoscitivo sobre los demás elementos de la responsabilidad se cimenta en una razón inconmovible: en últimas, de lo que se trata en ésta es de asignar la carga de soportar el perjuicio sufrido por el patrimonio que ha recibido una lesión sin estar jurídica o moralmente obligado a ello, a aquel sujeto de derecho que lo causó sin título legítimo (...).

La carga de la prueba de todos los elementos de la responsabilidad, asignada al actor, comprende la demostración de la ocurrencia de un demérito patrimonial cuya reparación se persigue, así como la índole del mismo, lo que significa que debe acreditar que se trata de un perjuicio cierto, directo y en principio previsible a menos que el incumplimiento de las obligaciones obedezca a dolo o culpa grave, evento en el cual las voces del artículo 1616 del Código Civil ordenan alcanzar con el resarcimiento también los daños imprevisibles.

Finalmente, corresponde también al demandante establecer la cuantía de daño, aún si se trata de uno llamado a concertarse en el futuro, pues también éste debe ser reparado a condición de que su existencia no sea meramente hipotética, sino que ostente la certeza de su producción en los términos que se aludirán más adelante". (Laudo Arbitral, feb. 20/2003. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

El beneficiario o fideicomisario

¿Quién es el beneficiario o fideicomisario?

[§ 269] Es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado.

¿El beneficiario o fideicomisario debe existir al momento de la constitución del fideicomiso?

[§ 270] No es necesario que el beneficiario exista al momento de la constitución del contrato; no obstante, su existencia debe ser posible y real durante la duración del contrato, de modo que sus fines puedan tener plenos efectos (C. Co., art. 1229).

¿Cuáles son los derechos del beneficiario o fideicomisario?

[§ 271] Tiene los siguientes derechos:

1. Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones y ejercer las acciones de responsabilidad (C. Co., art. 1235, num. 1º).

2. Impugnar los actos anulables (C. Co., art. 1235, num. 2º).

3. Oponerse a medidas preventivas contra los bienes (C. Co., art. 1235, num. 3º).

4. Pedir al superintendente financiero la remoción del fiduciario por causas justificadas y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino (C. Co., art. 1235, num. 4º).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia en relación con el beneficiario o fideicomisario?

[§ 272] JURISPRUDENCIA.—***El beneficiario adquiere esta condición a partir de la aceptación de la estipulación que se ha hecho a su favor.*** *"(...) Para este Despacho (...) Resulta pues, que es partir de esa aceptación, donde esta Delegatura considera que el beneficiario adquiere la condición de parte relativa en el contrato de fiducia en tanto adquiere todos los derechos para hacer efectiva, dentro de los términos negociales, la prestación específica prometida por el fideicomitente y el fiduciario. Para el caso, es claro que la vinculación del actor al contrato se encuentra fundamentada a partir de la suscripción del llamado "Contrato de Vinculación Fideicomiso(...)", por lo cual es una incongruencia de la sociedad fiduciaria demandada aludir que el beneficiario de tales estipulaciones no es parte del contrato de fiducia suscrito y que no tenga derecho a acudir a las normas del contrato para hacer valer sus derechos.*

La anterior posición decanta, por vía de consecuencia argumental, la condición reconocida del beneficiario como consumidor financiero, a la luz de lo dispuesto en la Ley 1328 de 2009. Al respecto, es oportuno señalar que el concepto de consumidor en general está contenido en el Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011, artículo 5º, numeral 3, así: "3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario". De allí que la adquisición del producto constituya un elemento fundamental en la relación de consumo, elemento esencial para determinar quién puede ser considerado un consumidor financiero. A partir de lo anterior, es claro que la sociedad fiduciaria no puede desconocer como consumidor financiero

a la persona que utilizando sus servicios, se vincula con un proyecto inmobiliario desarrollado a partir de una gestión dispuesta utilizando un patrimonio autónomo bajo las reglas de un contrato fiduciario. Tampoco es consistente con la realidad económica del negocio propuesto, que en la vinculación de las personas que serán participes, se disponga la divulgación de la participación y/o los servicios de la fiduciaria para que al momento de que el consumidor haga exigible sus derechos, la entidad vigilada decline de reconocer siquiera al participe bajo la condición de consumidor financiero." (Superintendencia Financiera. Sentencia anticipada, oct. 16/2019. Exp. 2018-1797).

[§ 273] JURISPRUDENCIA.—***El beneficiario no es parte de la estipulación a su favor, tampoco del contrato que la contenga, su posición es la de tercero en esa relación jurídica.*** *"(...) Por definición las partes del negocio jurídico de fiducia mercantil, son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario; el beneficiario o fideicomisario,* expressis verbis *es "un tercero", cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte, aunque su existencia condiciona la eficacia final del acto dispositivo, sus efectos definitivos, los fines perseguidos por las partes y su función práctica o económica social.*

(...).

El beneficiario o fideicomisario, cuando por disposición autónoma del constituyente se determina la finalidad fiduciaria en su provecho, por la definición iuris de la categoría legis de la fiducia mercantil, su función práctica o económica social y expresa disposición legal (C. Co., art. 1226), es un tercero, 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 tal caso, se estructura una hipótesis típica de "estipulación para otro" o "estipulación en favor de otro", regulada en el artículo 1506 del Código Civil, a cuyo tenor "cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

El beneficiario no es parte de la estipulación a su favor, tampoco del contrato que la contenga, su posición es la de tercero en esa relación jurídica, y sus derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada ante por los contratantes, estipulante y promitente".

En orden a lo expuesto, inserta la estipulación a favor del tercero en un contrato, su derecho se restringe a la prestación prometida, sin convertirse en parte ni comprender los derechos u obligaciones de la relación entre el estipulante y el promitente o la del contrato entre éstas, desde luego que la titularidad, contenido y efectos de una u otra son diferentes". (CSJ, Cas. Civil, Sent., jul. 1/2009. M.P. William Namén Vargas).

[§ 274] LAUDO ARBITRAL.—**Los beneficiarios suscriptores de contratos de oferta comercial que se adhieren al contrato de fiducia se constituyen en partes del mismo.** "(...) Resulta que, en los contratos de oferta, debidamente suscritos y aceptados por XX S.A., hoy XX, documentos que fueron elaborados por la propia fiduciaria, se encuentra que en el punto VI de las manifestaciones del fideicomitente de inversión, se expresa lo siguiente:

Que es conocedor del documento de fiducia inmobiliaria que se elevará a escritura pública entre XX, y el fideicomitente inicial, manifiesto desde ya mi aceptación al clausulado, términos y condiciones, adhiriéndome a lo allí expuesto a partir del vencimiento de la etapa A...

Lo anterior implica, por si quedara alguna duda razonable sobre la conclusión de la unidad del negocio, que aún en el supuesto de que se pudieran estimar totalmente independientes los contratos tantas veces mencionados, la manifestación expresa del inversionista de haberse adherido al contrato de fiducia conlleva unas implicaciones que, como se ampliará más adelante, hacen que este inversionista también por este camino, se hubiera convertido en parte principal del contrato de fiducia". (Laudo Arbitral, ago. 3/2000. Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 275] LAUDO ARBITRAL.—**El beneficiario de la fiducia es parte del contrato.** "Al examinar el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, (...) vemos como

en su cláusula primera define a los beneficiarios como "[...] las personas jurídicas y naturales con las que la sociedad XX y/o el fideicomiso hayan adquirido o adquieran obligaciones [...]".

Luego, el mismo contrato, en su cláusula sexta precisa como beneficiarios a "[...] las personas naturales o jurídicas, que otorguen créditos o vendan materia prima al fideicomitente y/o al fideicomiso [...]".

Si la sociedad convocante como en efecto quedó establecido, por cuenta de un contrato de mutuo garantizado en un pagaré, otorgó un crédito al fideicomiso, es innegable que tiene la calidad de beneficiario.

Que ostente o no tal calidad, partiendo de la base de que haya presentado o no al proceso arbitral un "certificado de beneficio" es absurdo, toda vez que debe primar entre los contratantes su intención real, y si la fiduciaria no expidió por cualquier razón tal certificado a la convocante, no es una carga que se le deba imponer a esta sociedad convocante y con base en ella, desconocerle así la calidad de beneficiario que realmente le asiste.

Establecida la calidad de beneficiario que dentro del contrato de fiducia le asiste a la sociedad convocante, XX..." impera establecer si el beneficiario dentro de un contrato de fiducia deberá entenderse como parte del contrato o no, y por lo tanto considerar que podrá usar la cláusula compromisoria o no, y en qué condiciones.

(...).

De la revisión de las normas contenidas en el Código de Comercio entre los artículos 1226 y 1244, se puede establecer fácilmente que la propia ley al regular la existencia y funcionamiento de dicho contrato considera que las partes principales del mismo son el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

En efecto; en el artículo 1226 del Código de Comercio, que define el contrato de fiducia se establece que:

"[...] negocio en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario".

La definición antes transcrita demuestra que en este contrato existen tres partes, pudiendo en algunos casos reunirse en una sola persona, dos de las calidades como son la del fideicomitente y el beneficiario.

Por su parte el artículo 1229 del Código de Comercio se refiere al beneficiario como parte del contrato al establecer:

"[...] la existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto constitutivo del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto".

Se ratifica la calidad de parte principal del beneficiario o fideicomisario al establecer como requisito esencial del contrato la existencia de dicha parte para que pueda cumplirse con el objeto del mismo.

El artículo 1231 ibidem consagra un derecho expreso al beneficiario, entre otros para demandar judicialmente la obligación del fiduciario para efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia. Siendo que los derechos y obligaciones derivados de un contrato solo son relativos o exigibles por aquellas personas que son parte del mismo, no podría entenderse que el legislador hubiere previsto la existencia de una facultad en cabeza del beneficiario como si se considerara que éste simplemente era un tercero respecto del contrato de fiducia.

Pero adicionalmente para reafirmar la propia ley que el beneficiario "es parte del contrato de fiducia" el artículo 1235 del Código de Comercio establece la existencia de unos derechos en cabeza del beneficiario, además de los establecidos en el acto constitutivo o que le conceda la ley entre los cuales se encuentran (...).

Entendemos que el anterior razonamiento, puede también llevar, en principio, a concluir que esos mismos derechos que se enuncian para sostener que el beneficiario es parte del contrato, también los puede tener si fuera un tercero en cuyo favor se ha hecho una estipulación, lo que podría llevar a que se siga manteniendo la doctrina predominante.

No obstante, también es claro que no todos los derechos que establece la ley a favor del beneficiario son iguales a los del acreedor de una estipulación a su favor, pues este no puede ejercer una acción de responsabilidad contractual frente al fiduciario, ni puede impugnar por nulidad los actos que realice el fiduciario, ni le puede exigir de manera general el cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo en el contrato. Esta circunstancia debería llevar a la conclusión,

de que existiendo las mismas condiciones con las que la ley trata al uno y al otro, no pueden asemejarse o calificarse de la misma forma, y habida cuenta de que la posición respecto de un contrato o es la de tercero o es la de parte, y si se reúnen otras condiciones adicionales a las que tiene el simple tercero, pero que por naturaleza corresponden a las que tiene una parte, debería imponerse la premisa de que el beneficiario es parte del contrato de fiducia.

Así, hoy está perfectamente claro y aceptado que una persona pueda ser parte en un acto jurídico en el que no intervino de forma directa, sino representada por otra; como también puede serlo en la calidad de causahabiente o acreedor de esta otra; como, en fin, igualmente puede serlo quien no interviene en el instante inicial del acto, sino que se vinculó a él más adelante. Las características y los ejemplos de unas y otras de estas formas especiales de ser, o hacerse parte, son suficientemente conocidas". (Laudo arbitral nov. 28/2006. Cámara de Comercio de Santiago de Cali).

[§ 276] DOCTRINA.—**El beneficiario es un tercero.** "(...) Hemos sostenido que el beneficiario deriva su derecho de una estipulación a su favor hecha por el fideicomitente en el acuerdo fiduciario. Que, desde este punto de vista, el beneficiario es un tercero por regla general, aunque ocasionalmente pueda concurrir a la suscripción del acuerdo inicial de fiducia. Es inconcebible, desde luego, que la estipulación se haga a título gratuito u oneroso, frente al beneficiario y que tal circunstancia determine, desde un comienzo, la posibilidad o no de que el fideicomitente se reserve la facultad de revocar, que sería impensable cuando la causa sea onerosa.

Es exacto que, ni la definición descriptiva de la fiducia mercantil del artículo 126 del Código de Comercio, ni en la contenida en la Circular Básica Jurídica, se dice quiénes son parte del contrato, y también lo es que, en algunos casos específicos, la ley establece de manera terminante quiénes tienen esa calidad y quienes no.

Es cierto que en la fiducia el beneficiario no es necesariamente un tercero, pues esa condición puede tenerla tanto el fiduciante como una persona ajena al contrato. En el primer caso, el beneficiario es parte, pero no por la circunstancia de derivar derechos a su favor de ese acto jurídico, sino por ser fiduciante: es parte en cuanto fideicomitente, y no en cuanto a fideicomisario. En el segundo caso, el beneficiario no es parte". (Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis Editores, pág. 255).

CAPÍTULO TERCERO

Negocios fiduciarios con entidades estatales

Generalidades

¿Qué entidades están sometidas al régimen de contratación estatal?

[§ 277] Están sometidas al régimen de contratación estatal las siguientes entidades estatales:

a) Las referidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

b) Las referidas en los artículos 10, 14 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 y 24 de la Ley 1150 de 2007, y

c) Aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

(DUR. 1082/2015, art. 2.2.1.1.1.3.1. inc. 16º, que compiló el D. 1510/2013, art. modificado parcialmente por el art. 1º del D. 680/2021, adicionado por el D. 442/2022, art. 2º).

(Art. 2º, núm. 1º, de la L. 80/1993).

¿Qué entidades son consideradas estatales, según la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993?

[§ 278] **1.** Las siguientes entidades se consideran estatales según la Ley 1150 de 2007:

a) Las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público (L. 1150/2007, art. 10).

b) Las filiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y

de las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados (L. 1150/2007, art. 14 modificado por el art. 93, L. 1474/2011).

c) Las Corporaciones Autónomas Regionales incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (L. 1150/2007, art. 24).

2. Las siguientes entidades se consideran estatales según la Ley 80 de 1993:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, la Procuraduría de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

NOTA: Las entidades relacionadas en el numeral primero están reguladas por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Las relacionadas en el numeral segundo están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme al artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

¿Qué clase de negocios fiduciarios pueden celebrar las entidades definidas como estatales?

[§ 279] Las entidades definidas como estatales pueden celebrar los siguientes negocios fiduciarios:

a) Encargos fiduciarios públicos (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 2º);

b) Fiducia pública (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º).

c) Fiducia mercantil (L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre el encargo fiduciario y la fiducia pública?

[§ 280] DOCTRINA.—**El encargo fiduciario y la fiduciaria pública son modalidades de negocio fiduciario celebrados por una entidad estatal para la administración de dinero o valores u otro tipo de bienes públicos.** "(...) El encargo fiduciario público y la fiducia pública son modalidades de negocios fiduciarios, cuyo fideicomitente o constituyente es una entidad estatal, y no una persona de derecho privado. Por lo tanto, se trata de contratos estatales, que están regulados, en primer lugar, por los principios y las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y las demás que la han modificado y adicionado, y en lo no previsto en dicha normativa, por las disposiciones del derecho privado.

Sobre los rasgos comunes de la fiducia mercantil, el encargo fiduciario, la fiducia pública y el encargo fiduciario público, el Consejo de Estado se ha pronunciado, (C.E., Sec. Tercera, Sent. ago. 26/2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-

00027-00(38637) así: Igualmente se tiene presente que el encargo fiduciario, la fiducia mercantil y la fiducia pública prevista en la Ley 80 de 1993 son modalidades del contrato fiduciario que revisten particularidades diferentes, pero gozan de unas características comunes, especialmente aquella que se refiere a la nota esencial exigida por la ley en relación con la identificación de la finalidad o destinación específica para la cual se celebra el negocio fiduciario. Por esta característica, aunada a la de la entrega de bienes para ejecutar el referido fin, se puede observar que la fiducia es un contrato instrumental, un medio de apoyo para tratar de lograr un fin, el cual está categorizado en la legislación como un servicio financiero, aunque —como bien puede observarse— el objeto del contrato no se restringe necesariamente al manejo de dinero o valores y se puede extender a otro tipo de actividades en relación con los bienes materia de la gestión, dentro de la limitante que supone la propia capacidad legal del encargante o fideicomitente" (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, Conc. 2482, Rad. 11001030600020220012900, feb. 15/2023. C.P. Ana María Charry Gaitán).

[§ 281] LAUDO ARBITRAL.—**La diferencia del objeto de la fiducia pública con el objeto del encargo fiduciario no conlleva la aplicación de un régimen obligacional distinto para uno y otro contrato**. "(...) No sobra destacar que aun cuando del contenido del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se puede extractar una diferencia entre fiducia pública y encargo fiduciario estatal (el objeto del encargo fiduciario se encuentra limitado a la administración o el manejo de los recursos "vinculados a los contratos que tales entidades celebren", en tanto que para la fiducia pública no se establece esta restricción en cuanto a su objeto), ello no conlleva, en concepto del tribunal, la aplicación de un régimen obligacional distinto para uno y otro contrato (Laudo Arbitral, Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio. mar. 1/2000).

¿Cómo se instrumentaliza el negocio fiduciario con entidades definidas como estatales?

[§ 282] El vehículo utilizado para instrumentalizar el negocio fiduciario con las entidades definidas como estatales, es el contrato, al cual se le aplican las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de fiducia mercantil en cuanto no sean incompatibles con lo previsto en el Estatuto General de Contratación Pública.

(L. 80/1993, arts. 13, inc. 1º y 32, num. 5º, inc.; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.5).

¿Cuál ha sido la posición de la doctrina sobre la aplicación de la legislación mercantil al encargo fiduciario público y fiducia pública?

[§ 283] DOCTRINA.—**Al encargo fiduciario y fiducia pública se le aplican las disposiciones del Código de Comercio de fiducia mercantil y subsidiariamente las que regulan el contrato de mandato, que no sean incompatibles con las disposiciones del estatuto de contratación pública.** "(…) Desde el mismo Estatuto Orgánico del Sector Financiero, el legislador ha previsto que "se les aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en este estatuto, reconociendo, de esta forma, que se trata de dos especies de negocios fiduciarios.

La referencia legal es reiterada por la Circular Básica Jurídica que, incluso, indica los artículos del Código de Comercio que, en interpretación de la superintendencia se aplican inequívocamente a la fiducia pública, en cuanto no sean incompatibles, desde luego, con las disposiciones particulares prevalentes de la Ley 80". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis, Bogotá, págs. 568 y 569).

¿Pueden las fiduciarias participar en procesos de contratación administrativa a través de consorcios y uniones temporales?

[§ 284] Sí. En materia de capacidad para contratar, los artículos 6º de la Ley

80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 2160 de 2021, y 7º de la Ley 80 de 1993, disponen que pueden celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y las uniones temporales.

¿Qué indicaciones deben efectuar los consorcios y las uniones temporales?

[§ 285] Los proponentes deberán indicar en su propuesta si su participación es como consorcio o como unión temporal, los términos, extensión de la participación y la responsabilidad que tienen cada uno de sus miembros en la ejecución del contrato y la designación de la persona que los representará (L. 80/1993, art. 7º, par. 1º modificado por L. 2160/2021, art. 3º).

¿Cuál es la responsabilidad de los miembros del Consorcio y de la Unión temporal?

[§ 286] Los miembros del Consorcio y de la Unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato adjudicado.

Por aquellas las sanciones impuestas por el incumplimiento de las obligaciones, los miembros del Consorcio responden solidariamente y los miembros de la unión temporal responden de acuerdo con su participación.

¿Cuándo no pueden contratar con entidades estatales los miembros de consorcios y uniones temporales?

[§ 287] Cuando hayan sido sancionados disciplinaria, fiscal o penalmente. (L. 80/1993, art. 7º, par. 3º modificado por L. 2160/2021, art. 3º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina sobre los consorcios y uniones temporales?

[§ 288] JURISPRUDENCIA.—***Los consorcios y las uniones temporales son contratos de colaboración que se celebran para la presentación de la propuesta y ejecución del contrato adjudicado.*** *"(…) Las uniones temporales, al igual que los consorcios, son formas de compartir riesgos entre personas naturales o jurídicas, que tienen capacidad para contratar con las entidades públicas (L. 80/1993, art. 6º).*

(…).

Además, el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas sino la unión de personas para presentar una propuesta y celebrar y ejecutar un contrato con una entidad pública. Por ello, los acuerdos consorciales y de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación. Y, tienen una duración limitada en el tiempo, pues, se repite, se crean solo para la presentación de una propuesta y, si resultan favorecidos, para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato correspondiente. (C.E., Sec. 4º. Sent. 2003-02200-01. abr. 29/2010. M.P. Martha Teresa Briceño Valencia).

[§ 288-1] JURISPRUDENCIA.—***Los miembros del consorcio y la unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento de sus obligaciones.*** *(…) Los miembros del consorcio como los de la unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. No obstante, en la unión temporal, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en mención deben imponerse según el grado de participación de cada miembro en la ejecución de estas, mientras que los integrantes de los consorcios responden solidariamente frente a las sanciones. (C.E., Sent. 2003-02200-01 Sec. 4º. abr. 29/2010. M.P. Martha Teresa Briceño Valencia).*

[§ 289] DOCTRINA.—**Los Consorcios y las Uniones Temporales no son personas jurídicas se constituyen por el acuerdo de voluntades reconocido como contrato consorcial o de '*joint venture*, respondiendo sus miembros solidariamente por las obligaciones contractuales.** "(…) Los consorcios o uniones temporales

son convenios de asociación provenientes de la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y organizan mancomunadamente para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial y lucrativo, como lo es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos, de toda índole, para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos. La diferencia radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones que lleguen a generarse por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que, tratándose de una unión temporal, éstas se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente frente a las sanciones que correspondan.

(…)

Al no ser los consorcios y uniones temporales personas jurídicas, su creación convencional se logra mediante un acuerdo privado en el que concurre la voluntad de sus integrantes para regular su objeto, la participación de los miembros, las obligaciones frente al proyecto que los une, la responsabilidad de los miembros y la forma en que regirán sus relaciones internas y el relacionamiento con la entidad contratante, mediante la designación de un representante... cabe mencionar que el contrato de constitución del consorcio o unión temporal debe designar las facultades del "representante" del ente asociado, designación que tendrá los efectos de la representación previstos en el artículo 1505 del Código Civil, del siguiente tenor: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

El acuerdo de voluntades que constituye el consorcio o unión temporal se reconoce doctrinalmente como contrato consorcial o de '*joint venture*', que se reconoce como un contrato principal, oneroso, conmutativo, bilateral o plurilateral. El ente debidamente constituido, entonces, será un sujeto contractual con capacidad para contratar, para ejecutar las obligaciones y recibir los derechos que emanan del contrato y para interrelacionarse con la entidad estatal contratante en todo lo relacionado con el objeto del contrato y su desarrollo. Inclusive, los consorcios y uniones temporales, por conducto de su representante, tienen capacidad y están legitimados para comparecer al proceso, en orden a hacer valer sus derechos o a responder por el incumplimiento de sus obligaciones". (Colombia Compra Eficiente. Conc. Rad. 2201913000009611, dic. 26/2019. Fabián Gonzalo Marín Cortés Subdirector Técnico de Agencia, Nacional de Contratación Pública).

[§ 290] DOCTRINA.—**Los consorcios y las uniones temporales son formas de compartir riesgos entre personas naturales o jurídicas con capacidad legal para contratar con las entidades públicas.** "(…) Los consorcios y las uniones temporales son formas de compartir riesgos entre personas naturales o jurídicas, a las cuales el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, les confirió capacidad para contratar con las entidades públicas.

(…).

La regulación de las dos figuras para la presentación de propuestas en las convocatorias públicas de contratación y la celebración de contratos con las entidades estatales, quedó consignada en el artículo 7º de la Ley 80 en los siguientes términos:

"(…).

1.2.2. El consorcio y la unión temporal no son sociedades ni personas jurídicas.

Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues estos no configuran un capital social, sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia, para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidaria ante esta.

No hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, *know how*, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas

que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad.

Por eso el acuerdo consorcial y el de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación, y como son limitados en el tiempo, pues su objetivo se refiere a una sola contratación, sin perjuicio de que posteriormente surjan otras en las cuales se asocien también, se les consideró en el anteproyecto inicial de legislación comercial que finalmente desembocó en la Ley 222 de 1995, como modalidades del llamado contrato de unión transitoria, el cual no quedó consagrado en dicha ley.

(C.E., S. de Consulta. Rad.1513, oct. 9/2003. M.P. Gustavo Eduardo Aponte Santos).

¿Cuándo se perfecciona el contrato estatal?

[§ 291] Se perfecciona cuando se logra el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleva a escrito.

(L. 80/1993, art. 41, inc. 1º).

¿Qué requisito se necesita para su legalización?

[§ 292] Es requisito indispensable para la legalización de los contratos estatales su publicación en el Sistema Electrónico de la Contratación Pública —SECOP— que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

(DUR. 1082/2015, del Sector Administrativo de Planeación Nacional, arts. 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.1.3.1. inc. 30, art. adicionado por el art. 2º del D. 442/2022 y modificado por el art. 1º D. 142/2023 y por el art. 1º del D. 680/2021; que compiló el D. 1510/2013 art. 19, en concordancia con lo dispuesto en el art. 2.1.1.2.1.7. del DUR. del Sector Presidencia de la República D.1081/2015, D. 103/2015, art. 7º que reglamentó la L. 1712/2014; D.L. 19/2012; art. 223; L. 1150/2007, art. 3º, lit. c)).

¿Qué información deben enviar las entidades estatales a las Cámaras de Comercio?

[§ 293] Las entidades estatales deben enviar mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas, sanciones e inhabilidades relacionados con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y ejecutados.

(DUR. del Sector Administrativo de Planeación Nacional 1082/2015, art. 2.2.1.1.1.5.7. que compiló el D. 1510 de 2013, art. 14, L. 1150/2007, num. 6º, subnum. 6.2).

¿Cuáles son los requisitos para la ejecución del contrato?

[§ 294] Se requiere de la aprobación de la garantía, de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto y de la acreditación del proponente y el contratista que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

(L. 80/1993, art. 41, inc. 2º Modificado. L. 1150/2007, art. 23).

¿Se puede ceder el contrato estatal?

[§ 295] Celebrado el contrato estatal no se puede ceder sin la previa autorización escrita de la entidad contratante, por ser *intuitu personae*.

(L. 80/1993, art. 41, inc. 3º).

¿Qué contratos estatales son objeto de liquidación?

[§ 295-1] Son objeto de liquidación los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran.

(L. 80/1993, art. 60, inc 1º, derogado parcialmente por la L.1150/2007, art. 32 modificado por el D.L. 19/2012, art. 217).

¿Cuál es el plazo para la liquidación de los contratos estatales?

[§ 296] La liquidación de los contratos estatales se debe hacer de mutuo acuerdo dentro del término establecido en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del plazo convenido por las partes para el efecto.

(L. 1150/2007, art. 11, inc. 1º).

¿En qué plazo debe efectuarse la liquidación cuando no se ha indicado un término para hacerla?

[§ 297] Si no se ha establecido el término de liquidación, esta debe efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga.

(L. 1150/2007, art. 11, inc. 1º).

¿Cuándo se puede liquidar unilateralmente el contrato?

[§ 298] Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre su contenido, la entidad estatal está facultada para liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos (2) meses siguientes.

(L. 1150/2007, art. 11, inc. 2º).

¿Cuál es el plazo para liquidar el contrato en el evento que no se haya liquidado en el término de dos meses?

[§ 299] La liquidación del contrato se puede realizar de mutuo acuerdo o unilateralmente en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término indicado en los incisos 1 y 2 del artículo 11.

(L. 1150/2007, art. 11, inc. 3º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre el término de liquidación de los contratos?

[§ 300] JURISPRUDENCIA.—***Modalidades de la liquidación. Concepto.*** *"(...) La liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial. Así, consistirá en: a) un acuerdo de voluntades, cuando se hace de forma bilateral; o b) en un acto administrativo, cuando la entidad procede unilateralmente porque: (i) no se presenta el contratista a la liquidación bilateral, o (ii) no se logra la liquidación bilateral o (iii) se logra parcialmente; o c) en una decisión judicial, cuando el juez competente profiere la providencia correspondiente, en el caso de que se le pida a través del medio de control de controversias contractuales, bien porque (i) no se ha producido la liquidación o bien (ii) respecto de puntos no liquidados.*

(...)

De acuerdo con la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado del Consejo de Estado que cuando se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego prosperen reclamaciones en vía administrativa o pretensiones en vía judicial para el pago de prestaciones surgidas del contrato, lo cual se fundamenta, además, en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos —"venire contra factum propium non valet"—, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

(...) la liquidación unilateral es subsidiaria o supletoria frente a la bilateral, dado que el contratista tiene derecho a acordar la liquidación, debidamente reconocido por el ordenamiento jurídico. Para tal efecto, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral, puesto que en el supuesto caso de que no sea así, la liquidación unilateral posterior que llegase a practicar la administración resultaría inválida, dado que no tendría competencia material para hacerla y por cuanto su adopción con tal omisión vulneraría el derecho del contratista al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción y, además, configuraría un abuso de poder...

(...)

Por lo anterior, el acto mediante el cual se liquide unilateralmente un contrato, en tanto que es expresión de función administrativa y obedece a una actuación administrativa, deberá desarrollarse "con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad".

La liquidación unilateral se materializa, pues, en un acto administrativo y, por ende, como su nombre lo indica y se desprende de su naturaleza jurídica, no es un acuerdo sino una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista...

(...)

En el supuesto caso en el cual las partes no hayan liquidado el contrato bilateralmente o por mutuo acuerdo ni la entidad estatal lo haya hecho de forma unilateral o respecto de puntos no liquidados, el juez del contrato está investido con la competencia para liquidarlo.

(...)

En resumen, a falta de acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato, nace la competencia material de la Administración de efectuarla en forma unilateral y, sí esta no lo hace, el contratista puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre ellas por medio de providencia judicial y con efectos de cosa juzgada. (C.E., S. de Consulta. Rad. 2015-00067-00 (2253), jun. 28/2016 C.P. Álvaro Namén Vargas).

[§ 301] JURISPRUDENCIA.—***La conciliación como mecanismo idóneo para liquidar un contrato estatal.*** *"(...) En ese contexto normativo, razonable resulta concluir que la conciliación constituye un medio idóneo para adoptar la liquidación de un contrato estatal, en los eventos en los que existen diferencias que impidan que dicho acto contractual se lleve a cabo de manera directa únicamente entre las partes o en los que la entidad contratante incumpla con su deber de liquidar, por cuanto la normatividad que gobierna la contratación estatal así lo prevé y, además, porque dicha alternativa de solución de conflictos no es incompatible con la liquidación bilateral del contrato o por mutuo acuerdo.*

(...).

Adicionalmente a lo anterior, resulta necesario destacar que las materias que son objeto de la liquidación del contrato estatal son susceptibles de ser conciliadas.

(...).

Para tales efectos, viene a ser oportuno precisar que la liquidación del contrato tiene por objeto establecer: "(i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución de aquel; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y excepcionalmente (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo". Así entonces, siendo que con dicho acto contractual se pretende declarar a paz y salvo a las partes respecto de las obligaciones y derechos que se adquirieron en virtud de un contrato, razonable resulta colegir que los conflictos que para arribar a tal fin se presenten son de carácter particular, ya que provienen de lo pactado expresamente en un negocio jurídico, lo que significa que su contenido no es abstracto y, además, que los asuntos que se debaten son susceptibles de valoración económica o patrimonial. Dentro del marco de las mismas consideraciones, resulta razonable señalar que los derechos que para tal efecto se debaten, además de ser de carácter particular y contenido económico, se radican en cabeza de las partes del contrato, lo que supone, para el particular contratista, un interés individual que le permite disponer libremente de ellos y, para la entidad contratante, la misma facultad pero enmarcada dentro de los límites que ha impuesto la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia, esto es, la debida representación de las personas que concilian, la capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar, la disponibilidad

de los derechos económicos enunciados por las partes, que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad, que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación y que el acuerdo conciliatorio que se logre no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público". (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera Subsección A. Rad. 25000-23-26-000-2010-00043-01(39338). dic. 14/2011. C.P. Hernán Andrade Rincón).

[§ 302] JURISPRUDENCIA.—***Improcedencia de la liquidación bilateral y unilateral una vez vencido el plazo de caducidad de la acción***. *(...) En relación con la posibilidad de que se celebre un negocio jurídico o convención entre las partes con posterioridad a que haya caducado la oportunidad para la interposición del medio de control de controversias contractuales, con el único propósito de hacer un balance final, un finiquito o una declaración de paz y salvo, la Sala advierte de entrada que el ordenamiento jurídico no permite proceder en tal sentido. En efecto, un documento de esas características podría constituir la fuente de obligaciones y derechos para las partes como resultado de interpretaciones extensivas, razón por la cual la Sala considera que una liquidación bilateral que diere lugar a esas posibilidades en tales circunstancias estaría por fuera del ámbito de competencia temporal de la entidad y de sus funcionarios, así como de los principios que informan la actividad administrativa.*

(...)

Las entidades estatales disponen de recursos públicos, razón por la cual, de acuerdo con la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, una vez expirado el plazo para la reclamación judicial sin que haya sido impetrada la demanda correspondiente, no se podrían reconocer sumas que llegasen a generar una obligación de índole patrimonial para las entidades estatales. La negligencia de los contratistas al no interponer las acciones o medios de control respectivos para la tutela de sus eventuales derechos no puede ser saneada por parte de la entidad para que, por fuera de la legalidad, reconozca o pague sumas, supuestamente debidas.

Claramente, si la entidad procediere en tal sentido, es decir, reconociere o pagare las sumas referidas, la actuación correspondiente estaría afectada de nulidad. Lo anterior, tanto desde el punto de vista bilateral como unilateral. En efecto, la Sala considera que tampoco tiene cabida la expedición de un acto administrativo de liquidación unilateral después de fenecido el término máximo adicional prescrito por las normas, esto es, una vez expirado el plazo para que opere la caducidad de la acción, puesto que estaría viciado de falta de competencia temporal, en manifiesta vulneración del principio de legalidad....

(...)

Por consiguiente, como se concluyó atrás, vencido el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales no solo se pierde la posibilidad de demandar la liquidación ante la jurisdicción, sino que también, de una parte, sobreviene la falta de competencia de la entidad estatal contratante con el fin de liquidar el contrato unilateralmente y, de otra, torna improcedente por la misma razón que las partes puedan hacerla bilateralmente". (C.E., S de Consulta. Rad. 2015-00067-00 (2253), jun. 28/2016 C.P. Álvaro Namén Vargas).

[§ 303] DOCTRINA.—**Liquidación del contrato estatal.** "(...) Las disposiciones legales que regulan la etapa de liquidación de los contratos estatales son: el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. El primero de estos artículos se refiere al alcance sustantivo de la liquidación, mientras que el segundo contiene reglas procedimentales para su realización.

(...).

En primer lugar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de conformidad con la naturaleza, el objeto y el plazo del contrato, la entidad estatal puede definir en el pliego de condiciones o el documento equivalente el plazo para efectuar la liquidación de mutuo acuerdo...De otro lado, cuando el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 hace referencia al término que "acuerden las partes" para la liquidación de mutuo acuerdo, claramente está habilitando a las partes para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les asiste, prevean de común acuerdo un plazo para la liquidación bilateral, el cual, en principio, debe estar recogido en el contrato, al ser este el acto jurídico bilateral en el que se consigna originalmente la voluntad de las partes.

En segundo lugar, en ausencia de pacto, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 dispone un término supletivo de cuatro (4) meses contados desde: i) el vencimiento del plazo previsto para

la ejecución del contrato, ii) la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del contrato, o iii) la fecha del acuerdo que disponga la terminación del contrato.

Ahora bien, el término de cuatro (4) meses previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dado su carácter supletivo, solo resulta aplicable ante la ausencia de regulación del mismo en el pliego de condiciones —documento equivalente— y ante la falta de acuerdo entre las partes en torno al plazo de liquidación bilateral. Durante este término el contratista puede solicitar que se adelante el trámite de liquidación. Sin embargo, es responsabilidad, de la entidad estatal convocarlo para adelantar la liquidación de común acuerdo o notificarlo para que se presente a la liquidación, de manera que el contrato pueda ser liquidado bilateralmente, bien sea en el plazo previsto en el pliego de condiciones, el acordado por las partes, o en los cuatro meses señalados en la ley, según corresponda. Esta liquidación bilateral puede ser total o parcial.

Si no es posible efectuar la liquidación de manera bilateral en los términos anteriormente explicados, el ordenamiento jurídico prevé una habilitación competencial, de carácter subsidiario, para que la entidad estatal realice la liquidación unilateralmente…

(…)

Por lo tanto, si no se logra la liquidación bilateral del contrato en el término convencional o subsidiario, la entidad estatal tiene la facultad de liquidarlo unilateralmente durante el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo que acuerden las partes para liquidar bilateralmente, o ante el silencio de estas, del vencimiento de los cuatro (4) meses establecidos por la ley.

Finalmente, transcurridos estos dos (2) meses, sin que se haya efectuado, la liquidación podrá realizarse en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término referido. Durante estos dos años la liquidación podrá hacerse de mutuo acuerdo, unilateralmente por la entidad, o podrá ser solicitada judicialmente. (Conc. C-066. Colombia Compra Eficiente. Código: CCE-REC-FM-17. ago. 22/2023).

Clases de negocios fiduciarios públicos

Encargos fiduciarios públicos y fiducia pública

Generalidades

¿Qué son los encargos fiduciarios públicos?

[§ 304] Son aquellos negocios fiduciarios mediante los cuales las entidades estatales entregan, en mera tenencia, a las sociedades fiduciarias, recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales, con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

(L. 80/1993, arts. 32, num. 5º, inc. 2º y 25, num. 20; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, sub num. 5.4.1, inc. 2º).

¿Qué es la fiducia pública?

[§ 305] Es aquel negocio fiduciario mediante el cual las entidades estatales entregan, en mera tenencia, a las sociedades fiduciarias bienes o dineros cuyo origen o administración no resulte de los contratos celebrados por las entidades públicas.

(L. 80/1993, arts. 32, num. 5º, inc. 3º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.4.2. subnum 5.4.2.1.).

¿Cuáles son las características comunes de la fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos?

[§ 306] Presentan las siguientes características comunes:

a) No hay transferencia de dominio de los bienes o recursos.

b) No se constituye patrimonio autónomo.

(L. 80/1993, arts. 32, num. 5º, inc. 7º. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.4.2, subnum. 5.4.2.1.).

¿Cuáles son las diferencias entre fiducia pública y encargo fiduciario público?

[§ 307] La diferencia radica en el origen, naturaleza y destinación de los bienes entregados a la fiduciaria para su administración.

En los encargos fiduciarios públicos se entregan recursos vinculados a los contratos que las entidades estatales celebren, así como los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de contratos estatales.

Entre tanto, en la fiducia pública se entregan bienes o dineros cuyo origen o administración no resulte de los contratos celebrados por las entidades estatales.

(L. 80/1993, arts. 32, num. 5º, incs. 2º y 3º y 7º y 25, num. 20; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.4.1. inc. 2º).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre encargos fiduciarios públicos y fiducia pública?

[§ 308] Naturaleza y características de la fiducia pública. "El Estatuto de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con esta ley. Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5º del artículo 32 o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.

(…).

Así, la corporación reitera que la reglamentación de un contrato como el de fiducia pública, que, si bien se relaciona con el ejercicio de operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras, entre otras, debe hacer parte de un estatuto

de contratación administrativa, pues en últimas ese contrato supone que la entidad contratante es entidad pública y, por tanto, su régimen se debe establecer en una ley como la Ley 80 de 1993. Pretender lo contrario significaría, entonces, que cualquier ejercicio por parte de una entidad estatal de una actividad que de una forma u otra se relacione con el campo financiero o bursátil, por ejemplo, debería someterse a los parámetros de una ley general. Para la Corte es claro que ese no es el espíritu de los artículos 150-19 y 335 constitucionales.

(…). Para el caso bajo examen, debe decirse que esta Corte no encuentra discriminación alguna en la regulación de la fiducia pública, pues del texto acusado se desprende que frente a este tipo de contrato, todas las personas que quieran contratar con el Estado deben someterse a unas mismas condiciones y exigencias, es decir, deben estar previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria*, deberán concursar o participar en la licitación, no podrán transferir la propiedad de los contratos ni constituir un patrimonio autónomo con los recursos del Estado, etc. Así, no se observa que una determinada persona goce de mayores prerrogativas frente a otras o que se encuentre en una posición ventajosa —en términos de libre competencia— en caso de celebrar una fiducia pública". (C. Const., Sent. C-086/1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

***NOTA:** Superintendencia Bancaria o Superintendencia Financiera de Colombia.

[§ 309] LAUDO ARBITRAL.—**Los contratos que versan sobre dineros no relacionados con contratos suscritos por la entidad estatal fideicomitente constituyen fiducia pública.** "Con base en este criterio de diferenciación, los contratos objeto del presente debate tienen la naturaleza de fiducias públicas, pues versan sobre dineros no relacionados con contratos suscritos por XX, toda vez que, los recursos para el pago de los subsidios de vivienda provienen del presupuesto nacional y la cancelación de los subsidios a los beneficiarios no es una obligación de origen contractual a cargo del Estado, sino el cumplimiento del gasto social a que está comprometido". (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. jun. 8/1999. En: Laudos Arbitrales Colombianos, Legis, 2010).

[§ 310] DOCTRINA.—**Modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades oficiales**. "Una interpretación armónica de las normas de la Ley 80 sobre el tema, conduce a establecer dos modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades estatales, saber:

Los encargos fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. La Ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren (art. 32-5, inc. 3º), lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios (art. 24-1º letra 1) y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria (art. 25-20); b) la fiducia pública, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil. En efecto, por regla general la fiducia pública no implica transferencia sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art. 32-5, inc. 8º). De manera excepcional, la misma Ley 80, prevé en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 2 la constitución de patrimonios autónomos, con las entidades sometidas a la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales". (C.E., S. de Consulta. Conc. 1074, mar. 4/1998. M.P. César Hoyos Salazar).

[§ 311] DOCTRINA.—**Características de los negocios fiduciarios que celebran las entidades públicas y sus excepciones.** "En efecto, según la referida Ley 80 las entidades oficiales únicamente pueden celebrar dos modalidades de

negocios fiduciarios: contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios. No obstante, es categórica la prohibición legal en el sentido que en los contratos fiduciarios que celebren las entidades públicas nunca puede haber lugar a transferencia de dominio de los bienes o recursos del Estado, ni la constitución de un patrimonio autónomo; componentes estos que como ya vimos constituyen elementos esenciales de la fiducia mercantil regulada por los artículos 126 a 1244 del Código de Comercio. Por consiguiente, es claro que lo que el legislador proscribió de la contratación administrativa es la celebración de contratos de fiducia mercantil, dado que a partir de ese acto jurídico se configuran justamente los supuestos que expresamente elimina la norma citada.

En principio la restricción en comento no supedita su cumplimiento a una determinada condición, pues la misma se predica de cualquier tipo de entidad oficial sin distingo de los bienes o recursos estatales, ni del objetivo de la fiducia, ni del negocio subyacente que le puede dar origen. No obstante, más adelante el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente algunas excepciones al autorizar la constitución de patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria —es decir las sociedades fiduciarias—, para efectos del desarrollo de procesos de titularización e inversiones, o cuando los recursos estén destinados al pago de pasivos laborales.

Igualmente se consagran algunas excepciones en los artículos 150 del Decreto-Ley 1421 de 1993 (Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá), 122 de la Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social Integral), 39-2 de la Ley 142 de 1994 (Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios) y 13 de la Ley 143 de 1994 (Régimen del sector energético)". (Superfinanciera, Conc. 2001074437, feb. 14/2002).

[§ 312] JURISPRUDENCIA.—***Modalidades de negocios fiduciarios de las entidades públicas.*** *"(...) Aunque existen distintas formas de constituir un patrimonio autónomo, de acuerdo con la normativa vigente y con los análisis que hace la Contraloría General de la República al ejercer el control sobre los recursos públicos, existen tres modalidades de negocios fiduciarios empleados por las entidades públicas para administrar recursos: (i) el encargo fiduciario público, (ii) la fiducia pública, y (iii) la fiducia mercantil. A continuación, se exponen las características de estos tres negocios fiduciarios con participación pública:*

Tipo de fiducia	*Participación de la entidad pública*	*Destinación de recursos*
Encargo fiduciario público	*La entidad o fondo público entrega recursos públicos a título de mera tenencia a la entidad fiduciaria.*	*Los recursos son administrados por la entidad fiduciaria para obtener beneficios o ventajas financieras y/o el pago oportuno de lo adeudado por la entidad pública.*
Fiducia pública	*La entidad pública actúa como fideicomitente y entrega recursos públicos a título de mera tenencia a la entidad fiduciaria para su ejecución.*	*La celebración de un contrato de fiducia pública "nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial" (L. 80/1993, art. 32, núm. 5, inc. 7).*
Fiducia mercantil	*Excepcionalmente, las entidades públicas pueden constituir un patrimonio autónomo a través de la fiducia mercantil. Cabe aclarar que, bajo este esquema contractual, no está prohibido que la entidad pública sea designada voluntariamente como beneficiaria por parte de un fideicomitente.*	*En este caso excepcional, los recursos públicos son transferidos a un patrimonio autónomo. En consecuencia, la entidad fiduciaria se encargará de administrarlos para cumplir con la finalidad establecida en el contrato. Por ejemplo, para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones, y pago de pasivos laborales (L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º).*

En este caso, la norma parcialmente acusada no se refiere a un encargo fiduciario ni tampoco a una fiducia pública porque la entidad estatal no actúa como fideicomitente. Además, en el contrato de fiducia pública no se constituye un patrimonio autónomo porque no se permite la transferencia de dominio de los bienes públicos en el mandato que se otorga. Por el contrario, en la norma bajo examen el fideicomitente es el originador del proyecto de APP y, por ende, es el que aporta la totalidad del costo estimado de evaluación al patrimonio autónomo en cumplimiento de una previsión legal. Por lo tanto, el contrato aplicable en la disposición parcialmente acusada correspondería a una fiducia mercantil". (C. Const. Sent. C-269/21, ago.11/2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¿Cuáles son los controles del Estado sobre la actuación de la fiduciaria?

[§ 313] Además de la inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera y del control posterior de la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales, y municipales sobre la administración de recursos públicos, las entidades estatales deben ejercer un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios públicos o contratos de fiducia pública de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y demás normas vigentes sobre la materia.

Las sociedades fiduciarias están obligadas a facilitar las labores de control que la ley le atribuye a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, distritales y municipales, al igual que a la entidad estatal fideicomitente.

(L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 6º. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.6, inc. 2º).

¿Qué autorización especial se requiere para la administración de recursos que cubran más de una vigencia fiscal?

[§ 314] Los negocios fiduciarios que se celebren para administrar o manejar recursos que cubran más de una vigencia fiscal, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1550 de 1995 artículo 1º, modificado por el Decreto 568 de 1996 artículo 3º compilado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público 1068/2015, necesitarán en cuanto a la remuneración que se pacte con la sociedad fiduciaria, autorización previa a la apertura de la licitación, de manera general o particular, emanada del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis.

Igualmente, tal autorización será necesaria ante la adición, prórroga o reajuste de los contratos celebrados que cubran más de una vigencia fiscal.

(D. 1550/1995, art. 1º, D. 568/1996, art. 3º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.1, incs. 4 y 5).

Restricciones y limitaciones legales relacionadas con la celebración de encargos fiduciarios públicos y fiducia pública

¿Qué restricciones y limitaciones legales existen en relación con la celebración de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública?

[§ 315] Los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública se hallan sujetos a las siguientes restricciones y limitaciones:

a) No podrán conllevar la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos ni la formación de un patrimonio autónomo, excepto en los casos señalados expresamente en la Ley (L. 80/1993, arts. 32, num. 5º, inc. 7º, 41, inc. 2º, par. 2º).

b) Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario público deben tener un objeto y un plazo determinado (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º).

c) Las entidades públicas fideicomitentes no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º).

d) No se puede pactar la remuneración de la fiduciaria con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que se encuentren presupuestadas (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º).

e) No pueden celebrarse contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento del mandato contenido en el artículo 355 de la Carta Política (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 8º).

f) La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación pública (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 4º).

g) Los actos o contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas del Estatuto de Contratación Administrativa, así como las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 5º).

h) Los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal no podía celebrar a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, en adelante no podrán ser prorrogados (L. 80/1993, art. 32, num. 5º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las restricciones y limitaciones legales que existen en relación con la celebración de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública?

[§ 316] DOCTRINA.—**El fiduciario no puede adjudicar contratos a terceros porque es una función que le corresponde a la entidad estatal, pero puede suscribir contratos con terceros para el cumplimiento de la finalidad del contrato de fiducia.** "Lo primero que se establece y ello no sería novedoso, sino que estaría en un todo de acuerdo con el principio general del artículo 1234 del Código de Comercio, es que no cabe la delegación de funciones públicas. Pero aquí

el tema no se regula analógicamente por las disposiciones del mandato sino con la competencia de que gozan los funcionarios públicos y la forma restrictiva que se consagra para delegar las funciones en otros funcionarios. Entre otras cosas - podría agregarse—, porque, dado el principio de legalidad al que debe someterse el funcionario público, ninguna delegación de funciones cabría sin llenar los requisitos previstos por la ley y en cabeza de las personas que, de conformidad con ella misma, puedan recibirla válidamente. Y la mención que hace la ley se remite al ejemplo clásico del acto de adjudicación de la licitación, con la salvedad, sin embargo, de que, la misma disposición autoriza para que la fiduciaria suscriba los contratos —y lo hará entonces como en un mandato con representación— actuando en nombre y por cuenta de la entidad pública.

Ahora bien, ¿pueden las fiduciarias celebrar contratos o subcontratar con terceros para el cabal cumplimiento de su misión? En nuestra opinión la respuesta es afirmativa sin vacilación, en cuanto lo hagan para apoyarse técnicamente en temas cuya especialidad claramente de la suya propia, y resulten necesarios para la obtención de la finalidad, lo que convendría definir de manera expresa en el contrato, incluyendo la forma de asignar los recursos necesarios para hacerlo.

De hecho, la misma ley se refiere a la posibilidad de celebrar tales contratos de manera expresa y sobre su alcance la Superintendencia se ha limitado a prevenir la natural pertinencia que debe revestir frente al objeto (...). El Consejo de Estado, por su parte, también lo admite, pero previene sobre la necesidad de licitar su adjudicación, cuando no se den las circunstancias que permitirían a la entidad pública fideicomitente contratar directamente". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios su significación en América Latina. Primera Edición Legis 2011, págs. 572 y 573).

[§ 317] JURISPRUDENCIA.—***El fiduciario puede ser comisionado para celebrar los contratos que el fideicomitente autorice una vez se haya realizado la adjudicación respectiva.*** *"(...) La Sala considera que no le asiste razón al censor. Lo prohibido por la ley, como bien lo señaló la señora agente del Ministerio Público, es que la fiduciaria seleccione o adjudique contratos estatales en desarrollo de su labor administradora y no que, por delegación, los suscriba o celebre a nombre del fideicomitente.*

Como quedó indicado en acápite anterior, la ley prohíbe a la fiduciaria que, en ejercicio de su encargo fiduciario o fiducia pública, adjudique contratos, por tratarse del ejercicio de una potestad que recae únicamente en el ente público y que se concreta mediante la expedición de un acto administrativo; sin embargo, ello no obsta para que el fiduciario pueda ser comisionado para celebrar los contratos que el fideicomitente autorice una vez se haya realizado la adjudicación respectiva. En consecuencia, el cargo no prospera". (C.E., Sent. 12846-2005. Rad. 1995-00216-01, jun. 23/2005. C.P. Germán Rodríguez Villamizar).

¿Qué significa que no haya transferencia de bienes o recursos por parte de la entidad estatal a la fiduciaria?

[§ 318] Los bienes o recursos son entregados por la entidad estatal en mera tenencia a la sociedad fiduciaria; en consecuencia, no se constituye con éstos un patrimonio autónomo diferente al patrimonio de la entidad, continúa siendo propietaria de los bienes o recursos la entidad estatal que celebró el contrato de encargo fiduciario público o de fiducia pública. (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 8º).

¿Qué deben contener los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario público?

[§ 319] Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario deben contener:

a) Una finalidad u objeto precisamente determinados, que guarden relación directa con la actividad, administración y manejo de los bienes o recursos en comendados por la entidad estatal a la sociedad fiduciaria; en consecuencia, todos los actos y contratos que la fiduciaria celebre en desarrollo de los encargos fiduciarios públicos o fiducia pública deben ser los propios y connaturales con la finalidad u

objeto estipulados en el acto constitutivo del negocio fiduciario y;

b) Un plazo determinado o fijo, es decir, no se pueden celebrar negocios fiduciarios a término indefinido.

(L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.2.2, inc. 5º).

¿Qué prohibición tienen las entidades estatales en cuanto a la adjudicación de los contratos?

[§ 320] Las entidades estatales no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública celebrados.

No obstante, la ley les otorgó a las entidades estatales la posibilidad de encomendar a la sociedad fiduciaria la suscripción de los contratos que aquellas adjudiquen y la ejecución de todos los trámites inherentes al proceso de contratación.

(DUR. 1082/2015, art. 2.2.1.1.2.2.7 del sector administrativo de planeación nacional que compiló el artículo 31 del D. 1510/2013, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, inc. 5º, num. 5, subnum. 5.4.2.3).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia frente a la adjudicación de contratos a terceros en la ejecución de los encargos fiduciarios públicos y fiducia pública?

[§ 321] DOCTRINA.—**El fiduciario no puede adjudicar contratos a terceros porque es una función que le corresponde a la entidad estatal, pero puede suscribir contratos con terceros para el cumplimiento de la finalidad del contrato de fiducia.** "(...) Ahora bien, ¿pueden las fiduciarias celebrar contratos o subcontratar con terceros para el cabal cumplimiento de su misión? En nuestra opinión la respuesta es afirmativa sin vacilación, en cuanto lo hagan para apoyarse técnicamente en temas cuya especialidad excede claramente de la suya propia, y resulten necesarios para la obtención de la finalidad, lo que convendría definir de manera expresa en el contrato, incluyendo la forma de asignar los recursos necesarios para hacerlo.

De hecho, la misma ley se refiere a la posibilidad de celebrar tales contratos de manera expresa y sobre su alcance la Superintendencia se ha limitado a prevenir la natural pertinencia que debe revestir frente al objeto... El Consejo de Estado, por parte, también lo admite, pero previene sobre la necesidad de licitar su adjudicación, cuando no se den las circunstancias que permitirían a la entidad pública fideicomitente contratar directamente". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios su significación en América Latina. Segunda Edición Legis 2017, pág. 573).

[§ 322] JURISPRUDENCIA.—***La fiduciaria, en ejercicio del encargo fiduciario o fiducia pública, no puede adjudicar contratos por tratarse del ejercicio de una potestad que recae únicamente en el ente público.*** *"(...) Lo prohibido por la ley, como bien lo señaló la señora agente del Ministerio Público, es que la fiduciaria seleccione o adjudique contratos estatales en desarrollo de su labor administradora y no que, por delegación, los suscriba o celebre a nombre del fideicomitente.*

Como quedó indicado en acápite anterior, la ley prohíbe a la fiduciaria que, en ejercicio de su encargo fiduciario o fiducia pública, adjudique contratos, por tratarse del ejercicio de una potestad que recae únicamente en el ente público y que se concreta mediante la expedición de un acto administrativo; sin embargo, ello no obsta para que el fiduciario pueda ser comisionado para celebrar los contratos que el fideicomitente autorice una vez se haya realizado la adjudicación respectiva...". (C.E., Sec. Tercera, jun. 23/2005. Sent. 12846-2005. Rad. 1995-00216-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar).

¿Qué contratos de encargos fiduciarios públicos y fiducia pública no se pueden celebrar conforme a lo dispuesto en el mandato contenido en el artículo 355 de la Carta Política?

[§ 323] No se pueden celebrar contratos de fiducia pública o encargo fiduciario o subcontratos que de alguna forma impliquen la disposición de auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, o cualquier forma de concesión de auxilios con recursos de origen público mediante apropiaciones, donaciones o contratos que tengan por destino final, en todo o en parte, apoyar campañas políticas, agradecer apoyos o comprometer la independencia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

(L. 80/1993, art. 32, num. 5, inc. 8º. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.2.4, inc. 5º).

¿Cuál es el efecto jurídico de la celebración de contratos en contravención del mandato constitucional contenido en el artículo 355 de la Carta Política?

[§ 324] La nulidad de los contratos de fiducia pública o encargo fiduciario o subcontratos que se celebren.

Como consecuencia de la nulidad, la entidad estatal fideicomitente deberá repetir contra la sociedad fiduciaria, adjudicataria del respectivo contrato o subcontrato.

(L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 9º. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5, subnum. 5.4.2.4.).

¿Qué se requiere para poder pactar que la remuneración de la fiduciaria se deduzca con cargo a los rendimientos del fideicomiso?

[§ 325] Para que la sociedad fiduciaria pueda pactar que, la comisión que cobra a título de remuneración por su gestión, se cobre con cargo a los rendimientos del fideicomiso, estos deberán encontrarse presupuestados.

(L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 3º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, inc. 4, subnum. 5.4.2.3, inc. 2º).

¿Qué ha dicho la doctrina y jurisprudencia sobre la imposibilidad de pactar la remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso?

[§ 326] DOCTRINA.—**Imposibilidad de realizar negocios que afecten más de una vigencia fiscal y de pactar la remuneración de la fiduciaria con cargo a los rendimientos del encargo**. "(...) Pero la recta aplicación de las normas solo cabe, en nuestro sentir, en los registros de la entidad pública contratante, entre otras razones, porque los recursos jamás salen de su patrimonio. En otras palabras, la entrega de los mismos —y hablamos de dineros, aunque podría tratarse de otros bienes— supone, por definición que la entidad estatal haya surtido *in integrum* el trámite presupuestal y esté en condiciones de darles el recto uso previsto en la ley. Y a partir de ese momento la aplicación de los recursos, de conformidad con las instrucciones, reflejará la parte dinámica del acuerdo...

Desde luego, hay por lo menos tres aspectos distintos, particularmente resueltos, que dicen con el tema. En primer término, la imposibilidad de realizar negocios que afecten más de una vigencia fiscal, salvo decisión previa y favorable del Confis. En segundo lugar, la imposibilidad de pactar la remuneración de la fiduciaria con cargo a los rendimientos del encargo, a menos que en esta forma se haya presupuestado. Y por último la disposición según la cual la entrega de los

recursos no importará ejecución presupuestal, salvo a la remuneración presupuestada".

(...).

2.8. Además de las consideraciones presupuestales que sobre el particular hemos mencionado, restaría agregar que las fiduciarias no pueden pactar honorarios variables sobre los fondos que manejan, como cabría hacerlo en el manejo de los fondos de inversión colectiva (FIC), sino que su recomendación ha de ser predeterminada e incluido en el presupuesto..." (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda edición 2017. Legis, Bogotá, págs. 571 y 574).

[§ 327] JURISPRUDENCIA.—***Está prohibido por ley efectuar el pago de la remuneración del fiduciario con los dineros obtenidos por los rendimientos de la administración de los bienes, salvo que los rendimientos se encuentren presupuestados.*** *(...) Ahora bien, la censura como se indicó, se funda en que las partes acordaron pagar la comisión al consorcio fiduciario con dineros correspondientes a los rendimientos financieros de la fiducia. La Sala, sin embargo, encuentra que ello no es así. Del análisis de la referida cláusula del contrato se deduce que las partes acordaron el pago de una suma de dinero determinable* ***mediante un cálculo*** *que, para poder ser realizado, requiere la utilización de diferentes factores y eventos del contrato, dentro de los cuales se encuentra el de un porcentaje de los rendimientos financieros. De manera que el porcentaje referido, constituye simplemente una base o elemento de cálculo que permite determinar la suma debida al consorcio fiduciario y no implica que la remuneración se deducirá de tales rendimientos. Una cosa es que, para calcular el monto de la remuneración del fiduciario, ello se haga con fundamento en un porcentaje de los rendimientos financieros de la fiducia, y otra muy distinta, que el pago real de dicha remuneración, se haga con los dineros obtenidos por los rendimientos de la administración por parte del fiduciario, que es lo prohibido por la ley, salvo que éstos se encuentren presupuestados". (C.E., Sec. Tercera, jun. 23/2005. Sent. 12846-2005. Rad. 1995-00216-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar).*

[§ 327-1] LAUDO ARBITRAL.—**Es la entidad estatal la obligada a efectuar los registros presupuestales para cubrir las prestaciones del contrato, entre ellas, la remuneración fiduciaria.** Entiende el tribunal que las obligaciones que emanan de la Ley 80 de 1993 en materia presupuestal son fundamentalmente del ente estatal contratante y así se desprende del sentido natural y obvio de los artículos transcritos; que la fiduciaria estaba obligada a dar cumplimiento a la obligación legal antes descrita y la forma de hacerlo por parte del contratista particular consiste en exigir la inclusión de la cláusula correspondiente en el respectivo contrato; que a partir de allí y en los años consecutivos de ejecución del contrato, es la entidad estatal la obligada a realizar los registros presupuestales necesarios cada año para cubrir el valor de las prestaciones contractuales, de los ajustes de precios, de los costos imprevistos por retrasos en los pagos o por alteraciones en los contratos celebrados; que en los contratos XX, sí se cumplió con la obligación legal de registrar presupuestalmente la remuneración de la fiduciaria, por lo que sí era legalmente viable que esta fuese sobre rendimientos...

(...)

Así las cosas, concluye el tribunal que sí se dio cumplimiento a la obligación de ley al pactarse contractualmente el registro presupuestal de toda remuneración de la fiduciaria, lo cual se hizo sin distinción alguna; a partir de allí era obligación de XX realizar los pertinentes registros presupuestales anuales... (Laudo Arbitral. Cámara de Comercio. Centro de Arbitraje y Conciliación, mar. 1º/2000).

¿A través de qué procedimiento se selecciona la sociedad fiduciaria?

[§ 328] Las sociedades fiduciarias tanto, públicas como privadas, se seleccionarán por el procedimiento de licitación pública, para lo cual concurrirán en igualdad de condiciones para la celebración de los contratos de encargo fiduciario público o de fiducia pública. (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 5º, L. 1150/2007 art. 2º inc. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el proceso de selección del fiduciario?

[§ 329] JURISPRUDENCIA.—***La selección del contratista en contratos fiduciarios debe hacerse***

***siempre por licitación**. "(…) La hermenéutica de este canon legal no permite a su intérprete establecer excepciones a la regla licitatoria formulada de modo general, comprensiva de todos los procesos de selección de sociedades fiduciarias por entidades estatales, de modo que cualquier exclusión que pretenda hacerse a este precepto resulta arbitraria, puesto que no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue (ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus). Con otras palabras, la fórmula adoptada por el legislador conforme a la cual toda selección de sociedad fiduciaria debe hacerse por la vía licitatoria habrá de aplicarse a todos los casos que abarca, incluido el supuesto de bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional.*

De otro lado, como el intérprete debe primordialmente atender a la fórmula de que el legislador se ha valido (Gény) no debe perderse de vista que este inciso 5 del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 configura -–a efectos de la determinación del modo de selección del contratista— una disposición relativa a un asunto especial, que es menester preferir a la que tenga carácter general. (…).

En este caso, es evidente que la regla de selección especial es la contenida en el inciso 5 del ordinal 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1983, que sustrae de la contratación directa a todos los contratos relativos a fiducias y la somete a una regulación diversa o contraria: la selección por el camino de la licitación.

El texto del inciso 5 del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 es claro y preciso, en tanto a juicio de la Sala no acusa equívoco alguno en su interpretación. (C.E., S.C. Sec. Tercera, Rad. 2005-0003-00, mar. 27/2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

¿Cuál es el régimen fiscal, presupuestal, de interventoría y de control a la que se debe sujetar la fiduciaria seleccionada?

[§ 330] Las sociedades fiduciarias seleccionadas para la contratación de encargos fiduciarios públicos o fiducia pública, deberán sujetarse al régimen fiscal, presupuestal, de interventoría y de control de la entidad estatal fideicomitente. (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 6º).

[§ 331] LAUDO ARBITRAL.—**Modificaciones al contrato de fiducia suscrito antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, que no traten de adición al plazo o al valor, se rigen por las normas vigentes al momento de celebrar dicho contrato. "**(…) De acuerdo con lo anterior, el tribunal colige que las anteriores modificaciones al contrato celebrado con la fiduciaria, también quedan cobijadas bajo el razonamiento anterior, en el sentido que, ellas se rigen por la ley vigente al momento de la "iniciación o celebración" del contrato al que pertenecen; es decir, el Decreto 222 de 1983. Y ello es así, merced a que el Decreto 679 de 1994, que en su artículo 22 reglamentó lo referente a la norma que regiría los contratos celebrados previamente a la vigencia de la Ley 80 de 1993. Norma, que exigía que la celebración de acuerdos para adicionar el plazo o el valor del contrato de fiducia o de encargo fiduciario celebrados a la vigencia de la Ley 80 de 1993, se hicieran con sujeción a la disposición de la misma.

De lo anterior, el tribunal concluye, que el otrosí, al no tratar de adición al plazo o al valor de un contrato de fiducia, modalidad del encargo fiduciario, se rige por el Decreto 222 de 1983". (Laudo Arbitral, mar. 31/2000. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En: Laudos Arbitrales Colombianos, Legis, 2010).

¿Se pueden modificar los contratos de encargo fiduciario público y fiducia pública?

[§ 332] Sí, se pueden modificar los contratos de encargo fiduciario y fiducia pública que se hayan celebrado, si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, dentro de los límites consagrados en la constitución, en la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la adicionen, modifiquen o complementen, por acuerdo

de las dos partes contratantes o por decisión unilateral de la entidad estatal en desarrollo del poder exorbitante (*ius variandi*) de la administración. (L. 80/1993, art. 16, inc. 1º. L. 80/1993, art. 40, inc.3º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la modificación del encargo fiduciario público y la fiducia pública?

[§ 333] JURISPRUDENCIA.—***La modificación de los contratos puede ser bilateral o unilateral con el fin de preservar el interés público y los fines contractuales.*** *"(...) La modificación del contrato puede hacerse por acuerdo de las dos partes, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, reconocido expresamente en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, siempre que se respeten los límites formales y materiales que se explicarán, y que la enmienda resulte necesaria para garantizar o alcanzar, de manera más eficiente y efectiva, los fines de interés público que se persiguen con el contrato.*

(...).

Como puede apreciarse, la norma citada permite expresamente que las entidades estatales celebren, no solo contratos (en sentido estricto), sino también otros acuerdos que provengan de la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales, siempre que sus estipulaciones no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, los principios y finalidades previstos en la Ley 80 de 1993 y los de la buena administración (transparencia, moralidad, imparcialidad, economía, planeación, responsabilidad y selección objetiva, entre otros). Dichos acuerdos incluyen las convenciones modificatorias y extintivas del contrato (como los acuerdos de terminación anticipada, entre otros).

(...).

La facultad de modificación unilateral del contrato, por parte de la Administración, es un instrumento que la ley otorga al Estado para salvaguardar el interés público que subyace al negocio jurídico, y se activa cuando el acuerdo de voluntad entre las partes no ha sido posible, como atrás se explicó. En efecto, entre los medios que puede utilizar la entidad estatal para asegurar el cumplimiento de los fines buscados con el contrato estatal, se encuentra su prerrogativa de introducir unilateralmente modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato... Por esta razón, esa atribución ha sido calificada como un poder exorbitante de la Administración, que se justifica por los fines de interés público que persigue el contrato estatal. (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil. feb. 15/2023. Rad. interna: 2482. C. P. Ana María Charry Gaitán).

¿Cuáles son los requisitos y límites que se deben tener en cuenta al modificar el encargo fiduciario público y la fiducia pública?

[§ 334] Las modificaciones de los contratos de encargo fiduciario público y fiducia pública deben efectuarse:

1. Dentro de la vigencia del contrato, constar por escrito, indicando la motivación y justificación que las originó;

2. Cumpliendo con las condiciones de validez exigidas para los contratos estatales;

3. Respetando el contenido sustancial del objeto del contrato, las características propias del mismo y los criterios del pliego de condiciones que sirvieron para la elección objetiva de la fiduciaria;

4. Garantizando los principios orientadores de la contratación pública de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, no contener prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas;

5. Adicionando los contratos no por más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial expresado éste en salarios mínimos legales mensuales (L. 80 art. 40 par. inc. 2º);

6. Respetando el contrato y el objeto del mismo sin fraccionarlo en varios contratos; y

7. Prorrogar los contratos de interventoría por el mismo plazo que se prorrogue el contrato objeto de vigilancia (L. 1474/2011, art. 85).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia frente a los requisitos y limitaciones de la modificación del encargo fiduciario público y fiducia pública?

[§ 335] JURISPRUDENCIA.—***Límites a la facultad de modificación de los contratos estatales.*** *"(...) Los límites a la facultad de modificación del contrato estatal, en general, tienen como propósito la garantía de los principios orientadores de la contratación pública...*

(...).

Un primer límite a considerar para la modificación de los contratos estatales se circunscribe al plazo de ejecución y, en general, a la vigencia del contrato, en el sentido en el que solo es viable introducir cambios mientras el contrato se encuentre vigente.

(...).

Esta modificación del tiempo estipulado en el contrato para su ejecución no ha sido objeto de limitaciones en la ley. Sin embargo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han acogido un enfoque restrictivo frente a esta figura, pues, su aplicación en forma automática, o sucesiva, al punto de convertirla en indefinida, va en detrimento de los principios orientadores de la contratación pública.

(...).

Por regla general, el contrato estatal es de carácter solemne. La modificación, como acuerdo que surge de este, tiene también ese carácter, razón por la cual, elevarla a escrito es condición necesaria para su existencia. Esto, en la medida en que dicha exigencia se ha catalogado como requisito ad substantiam actus del contrato estatal, lo que quiere decir que su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y, por ende, de los efectos pretendidos por las partes.

(...).

La suscripción de un contrato estatal debe tener como antecedente un juicioso estudio, que abarca la justificación, la descripción de la necesidad, el análisis de riesgos y costos y la afectación al presupuesto, entre otros, pues todos estos elementos son los que permiten establecer el interés público subyacente a la contratación. Del mismo modo, este estudio previo debe realizarse para modificar lo inicialmente pactado.

(...).

De acuerdo con el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ningún contrato estatal podrá ser adicionado en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, este en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría (art. 85, L. 1474/2011). La regla para este último, según la misma disposición, es la de la "continuidad de la interventoría". Por tanto, dichos contratos "podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia", y su "valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 [...]", como lo establece la norma citada.

(...).

Respecto del objeto, la subregla jurisprudencial vigente es unívoca y consiste en afirmar que dicho elemento no puede dividirse o fraccionarse, para ejecutar varios contratos, como estrategia para evadir el proceso de selección, a pesar de la inexistencia de una norma expresa que consagre actualmente dicha prohibición, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, los de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia". (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil. feb. 15/2023. Rad. interna: 2482. C. P. Ana María Charry Gaitán).

Fiducia mercantil celebrada con entidades públicas

¿Cuándo las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil?

[§ 336] Por excepción, y por autorización expresa y especial de la ley, las entidades públicas pueden celebrar contratos de fiducia mercantil con la constitución de patrimonios autónomos, los cuales se someterán a las normas de derecho privado.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º inc. 2º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la fiducia mercantil celebrada con entidades estatales?

[§ 337] DOCTRINA.—**Excepcionalmente y por expreso mandato legal las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil.** ""A las entidades estatales, entendiendo por tales las señaladas en el numeral 1 del art. 2º de la Ley 80 de 1993, las normas a ellas aplicables reconocen expresamente la posibilidad de celebrar, en calidad de fideicomitentes, única y exclusivamente contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios". Con todo, esta regla no es absoluta, pues pueden existir situaciones en las cuales una entidad pública se encuentra facultada para celebrar contratos de fiducia mercantil.

Justamente, un ejemplo de esta excepción se presenta en el caso objeto de estudio, pues el artículo 23 de la Ley 1469 de 2011 ordena a FONVIVIENDA celebrar contratos de fiducia mercantil para cumplir las funciones asignadas por la mencionada ley.

(…).

Por expreso mandato del artículo 23 de la Ley 1469 de 2011, norma de interés para el presente concepto, FONVIVIENDA "deberá" ejercer las facultades otorgadas en el mencionado artículo 22 a través de contratos de fiducia mercantil, sometidos a las reglas generales y de derecho comercial, los cuales se encuentran además excluidos de las limitaciones y restricciones consagradas en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Como puede observarse, el inciso primero del artículo precedente establece de manera imperativa el uso de contratos de fiducia mercantil por parte de FONVIVIENDA, para el ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 22 de la Ley 1469 de 2011". (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil. Rad. interna: 11001030600020220006 6 00 Número Único: 00005, jun. 30/2022. C.P. Édgar González López).

[§ 338] DOCTRINA.—**Excepcionalmente las normas legales permiten la constitución de patrimonios autónomos con transferencia efectiva de recursos estatales mediante la utilización de la fiducia mercantil.** "(…) En tal sentido, se expresa la diferencia ostensible entre la fiducia pública y la mercantil en torno a la transferencia de dominio y a la constitución de un patrimonio autónomo, supuestos que no tienen lugar en la primera, pero sí en la segunda.

(…).

En algunos eventos excepcionales, las normas legales permiten la constitución de patrimonios autónomos con recursos estatales mediante la utilización de la fiducia mercantil, evento en el cual se tipifica en el caso respectivo la teoría general de la figura porque hay transferencia efectiva de bienes.

Así, la Ley 1371 de 2009, con el propósito de proveer recursos para el pago del pasivo pensional de las universidades estatales del nivel nacional y territorial, ordenó la constitución de un fondo con esa "destinación específica", el cual corresponde a "una cuenta especial, sin personería jurídica, de la respectiva universidad, cuyos recursos serán administrados por una entidad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera, en forma independiente, mediante patrimonio autónomo"… En este caso se forma el patrimonio autónomo, afectado exclusivamente al pago de las obligaciones prestacionales indicadas, con base en dos fuentes, a saber: la norma en comento, que ordena la regulación correspondiente, y los contratos de fiducia mercantil que se celebran para la constitución de los fondos.

De forma similar, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital". En relación con el instrumento jurídico a través del cual se gestionan los recursos, la norma precisó que se trata del "contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente ley...". (C.E., S. de Consulta Servicio Civil, Rad. 11001-03-06-000-201400172-00. núm. interno 2222, mayo 13/2015. C.P. Álvaro Namén Vargas).

¿Cuáles son algunas normas legales especiales que facultan a las entidades estatales para constituir patrimonios autónomos mediante el contrato de fiducia mercantil?

[§ 339] Las siguientes, entre otras, son algunas normas legales especiales que autorizan la constitución de patrimonios autónomos mediante el contrato de fiducia mercantil:

a) Pago de pasivos laborales (L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º (Compilado por el DUR 1833/2016, art. 2.2.8.8.23, Mintrabajo).

b) Titularización de activos e inversiones (L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º).

c) Manejo de recursos presupuestales de la unidad de planeación minero-energética (L. 143/1994, art. 13, inc. 2º).

d) Conmutación de pasivos pensionales (L. 550/1999, art. 41, incs. 1º y 4º, num. 1º; art. reglamentado parcialmente por el D. 941/2002, art. 4º).

e) Manejo de los recursos de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios (L. 142/1994, art. 72).

f) Proyectos de inversión de mediano y largo plazo para la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo con cargo a los recursos del sistema general de participaciones (L. 1176/2007, art. 12).

g) Contratos con entidades de educación superior estatales u oficiales (L. 30/1992, art. 93).

h) Fondos para el pago de cuotas o partes y bonos pensionales de las cajas, fondos o entidades públicas no sustituidos por el fondo de pensiones públicas a nivel nacional (L. 100/1993, art. 122).

i) Contratos con empresas sociales de salud del Estado (L. 100/1993, art. 195, num. 6º).

j) Administración del fondo de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras (L. 101/1993, arts. 30). Compilado por el DUR. 1071 de 2015 artículo 2.10.3.5.7.).

k) Proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social de las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas (L. 388/1997, art. 36 modificado por el art. 28 de la L. 2079/2021).

l) Contratos con Inurbe para la administración de subsidios de vivienda (L. 708/2001, art. 11).

m) Manejo de los bienes y recursos del Fondo de Vivienda (D. 555/2003, art. 12).

n) Fondo de inversión para la paz (D. 1813/2000, art. 10).

o) Administración de los recursos del Fondo Nacional de pensiones de las entidades territoriales Fonpet (L. 549/1999, art. 3º).

p) Recursos del Fondo Nacional de Vivienda para procesos de convocatoria para proyectos de vivienda de interés prioritario. (L. 1537/2012, art. 6º reglamentado por el D. 2045/ 2012 Compilado por el DUR. 1077/2015, art. 3.1.1. del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio).

q) Los recursos del Fondo Adaptación para la recuperación, construcción y reconstrucción de zonas afectadas por el fenómeno "La Niña". (D. 4819/2010, art. 5º, par.1º reglamentado por el D. 2906/2011).

r) Fondo de Promoción Turística constituido como patrimonio autónomo para el recaudo, administración y ejecución de recursos para el fomento de la actividad turística. (L. 1558/2012, art. 21, reglamentado D.2251/2012 y modificado art. 307 L. 2294/2023, DUR. 1074/2015, art. 1.1.4.1).

s) Administración de recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (L. 91/1989, art. 3º, inc. 1º. DUR. 1075/2015, art. 1.1.2.1.).

t) Administración de los bienes provenientes de Proexport (D. 663/1993, art. 282, lit. d) en concordancia arts. 280, num. 4º lit. a) y 283, num. 3º, modificado por el art. 33 de la L. 1328/2009).

u) Patrimonio autónomo Fondo Regional para la administración de los recursos *por cada proyecto de infraestructura en fase II y/o fase III contratado por la entidad financiera de redescuento de la rama ejecutiva del orden nacional. (D. 108/2022 que adicionó el DUR del sistema General de Regalías.*

v) iNNpulsa Colombia (D. 709/2024, art. 1.3.1.1. que reglamentó el art. 305 L. 2294/2023).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la diferencia entre los patrimonios autónomos de creación legal a partir de la celebración de un contrato de fiducia mercantil y los fondos creados por la ley?

[§ 340] JURISPRUDENCIA.—***La creación legal de un patrimonio autónomo excluye necesariamente su calificación como un Fondo cuenta o un Fondo especial porque los bienes que lo conforman salen del patrimonio de la entidad estatal.*** *"(...) La Corte se ha referido a Fondos-cuenta y Fondos-entidad. Los* ***Fondos cuenta*** *son un sistema de manejo de cuentas sin personería jurídica, adscritos a una entidad del orden nacional, y su naturaleza puede coincidir con la de un fondo especial. En este se pueden incluir recursos tanto públicos como privados que tengan como finalidad cumplir con el objetivo fijado en la ley que lo crea o autoriza su creación. De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 42 de 1993, estos componen el presupuesto general del sector público...Por su parte, los* ***Fondos entidad*** *sí tienen personería jurídica y, por ende, su creación supone una determinación y/o modificación de la estructura de la Administración Pública. En esa medida, en virtud de los artículos 150-7 y 154 de la Constitución, corresponde al Congreso su creación con iniciativa del Gobierno Nacional.*

(...) Por su parte, el ***patrimonio autónomo*** *surge de la celebración de un contrato de fiducia mercantil. Este, se remonta a la figura del trust en el derecho anglosajón, y se encuentra regulada en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio.*

(...).

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el Estado puede disponer por medio de normas legales la creación de patrimonios autónomos para la consecución de fines específicos... De igual forma, explicó que para su creación era necesario un trámite legislativo ordinario, sin embargo, que, en el marco de la urgencia para iniciar con las gestiones correspondientes, era posible su regulación por medio de un decreto legislativo.

(...).

Sin perjuicio de que todas las figuras descritas tienen como objeto el manejo de recursos dispuestos para cumplir un fin específico, ya sea fijado por una norma o un contrato, en los que pueden confluir recursos tanto de naturaleza pública como privada (escenario que no es posible en el marco del Presupuesto General de la Nación). Más allá de las coincidencias que se pueden evidenciar entre los Fondos especiales, los Fondos cuenta y los patrimonios autónomos, es preciso aclarar que se trata de figuras diferenciables con regímenes jurídicos específicos. Aunque el mecanismo de administración de los recursos de un fondo cuenta o un fondo especial pueda

ser una fiducia pública, un encargo fiduciario o una fiducia mercantil, el patrimonio autónomo es un mecanismo independiente de ejecución de recursos cuya constitución demanda autorización legal.

(…).

En conclusión, la Corte observa que los Fondos Cuenta, los Fondos especiales, los Fondos entidad y los patrimonios autónomos son figuras para el manejo de recursos destinados a un fin específico, cuya creación debe darse en virtud de la ley. Como se ha precisado hasta el momento, cada una de estas figuras tiene una naturaleza distinta, salvo los fondos especiales y los fondos-cuenta los cuales podrían eventualmente coincidir. La Sala precisa que la creación legal de un patrimonio autónomo excluye necesariamente su calificación como un Fondo cuenta o un Fondo especial. Cuando el legislador autoriza la creación de un patrimonio autónomo con recursos del Presupuesto General de la Nación y otras fuentes no está haciendo nada diferente a autorizar la ejecución presupuestal mediante un mecanismo especial que transfiere la propiedad de los bienes fideicomitidos. (C. Const. Sent. C-158/21. Exp. D-13912, mayo 27/2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Selección del fiduciario

¿Cuál es el procedimiento para la selección del fiduciario?

[§ 341] Las sociedades fiduciarias tanto, públicas como privadas, se seleccionarán por el procedimiento de licitación pública, para lo cual concurrirán en igualdad de condiciones para la celebración de los contratos de encargo fiduciario público o de fiducia pública. (L. 80/1993, art. 32, num. 5º, inc. 5º, art. 2º, num.1º, L. 1150/2007).

¿En qué sentido se ha pronunciado la Superintendencia Financiera sobre la contratación de sociedades fiduciarias sin la realización de licitación pública cuando se trate de contratos interadministrativos?

[§ 342] La Superintendencia Financiera mediante el subnumeral 5.4.3 del numeral 5º de la Parte II, Tít. II, Cap. I. de la Circular Básica Jurídica establece lo siguiente, sobre el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, que permite prescindir de la licitación pública cuando se trate de contratos interadministrativos:

"Ciertamente, a juicio de esta Superintendencia, tratándose de negocios fiduciarios, lo concerniente a la selección o escogencia de la sociedad fiduciaria a contratar, esto es, suprimiendo privilegios para la celebración de negocios jurídicos de la índole y naturaleza de los que se comentan, toda vez que las sociedades fiduciarias, sean públicas o privadas, celebrarán los contratos de fiducia pública y de encargo fiduciario sin que existan ventajas comparativas de ninguna especie entre ellas, pues el principio que informa la nueva regulación de la actividad fiduciaria en el sector público en Colombia es el de la libre competencia entre las entidades que, debidamente autorizadas por este organismo de control, actúan en el mercado en calidad de fiduciarios".

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a la escogencia del contratista en contratos fiduciarios?

[§ 343] JURISPRUDENCIA.—***Escogencia del contratista en contratos fiduciarios se hará por licitación pública.****"(…) El texto del inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es*

preciso y claro al disponer que la selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la Ley 80.

La hermenéutica de este canon legal no permite a su intérprete establecer excepciones a la regla licitatoria formulada de modo general, comprensiva de todos los procesos de selección de sociedades fiduciarias por entidades estatales, de modo que cualquier exclusión que pretenda hacerse a este precepto resulta arbitraria, puesto que no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue (ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus).

Con otras palabras, la fórmula adoptada por el legislador conforme a la cual toda selección de sociedad fiduciaria debe hacerse por la vía licitatoria habrá de aplicarse a todos los casos que abarca.

(...).

Así, del desarrollo del proceso legislativo dimana también la significación antes expuesta, esto es, el sometimiento a procesos licitatorios en la selección de fiducias.

Por esto para la celebración de encargo fiduciario y contrato de fiducia, el fiduciario será seleccionado mediante licitación y todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo del encargo o del contrato de fiducia tendrán que observar los contenidos de la ley sobre contratación, las disposiciones fiscales, de contraloría, de interventoría y de control interno que sean pertinentes (...)". (C.E., S. Casación. Rad. 2005-0003-00, mar. 27/2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Excedentes de liquidez de las entidades estatales

Generalidades

¿Qué se entiende por excedentes de liquidez?

[§ 344] Conforme con lo dispuesto en el artículo 2.3.3.1.2. del Decreto Reglamentario 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1551 de 2024, los excedentes de liquidez corresponden a los recursos públicos de las entidades estatales, que de manera inmediata no se destinen al cumplimiento de su objeto.

Los Excedentes de Liquidez pueden ser depositados, invertidos o entregados en administración a terceros de naturaleza pública o privada a quienes haya autorizado la ley.

De igual forma, los Excedentes de Liquidez se pueden originar en moneda legal colombiana o moneda extranjera.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.2. Modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿En qué fuentes se pueden originar los recursos públicos que constituyen excedentes de liquidez?

[§ 344-1] Los recursos públicos que constituyan excedentes de liquidez se podrán originar en las siguientes fuentes:

1. Recursos del Presupuesto General de la Nación;
2. Recursos de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital;
3. Recursos de empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al noventa por ciento (90%) de su capital; y,
4. Recursos con régimen de inversión propio o especial.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.3. Modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Quién es el administrador de los recursos públicos de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación?

[§ 344-2] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, será el administrador de los recursos de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación.

Esta administración se realizará de forma independiente a través de una cuenta única, en cumplimiento de las normas legales vigentes, la autonomía de las entidades estatales y garantizando el registro individualizado de movimientos y saldos.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.4. modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Quién puede ser administrador delegado de los excedentes de liquidez originados en los recursos públicos de entidades estatales diferentes de la Nación que forman parte del Presupuesto General de la Nación?

[§ 344-3] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, podrá ser el administrador de los Excedentes de Liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales diferentes de la Nación, cuando dichas entidades así lo deleguen en el marco de su autonomía. La administración podrá realizarse a través de Depósitos del Tesoro de los que trata el artículo 2.3.3.1.7 del DUR. 1068 de 2015, adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá el mecanismo para formalizar la administración por delegación de los recursos públicos, incluyendo la administración transitoria de los recursos del Presupuesto General de la Nación que vayan a ser transferidos a cualquier entidad estatal, incluyendo las entidades territoriales, prevista en el artículo 315 de la Ley 2294 de 2023 o en las demás normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen.

En todo caso, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá de forma gradual y conforme a sus capacidades, los Excedentes de Liquidez a ser administrados bajo delegación, observando los principios establecidos en el artículo 2.3.3.1.8. del DUR 1068 de 2015, adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024 y sin que ello afecte la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.5. modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Quién puede ser Administrador de Excedentes de Liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales de cualquier orden?

[§ 344-4] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, podrá ser el administrador de los Excedentes de Liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales de cualquier orden, mediante los Depósitos del Tesoro de los que trata el artículo 2.3.3.1.7 del DUR. 1068 de 2015 adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024, cuando dichas entidades así lo determinen en el marco de su autonomía.

La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante acto administrativo las condiciones en las que se realizarán dichos depósitos.

En todo caso, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá de forma gradual y conforme a sus capacidades, los Excedentes de Liquidez a ser administrados a través de Depósitos del Tesoro, observando los principios establecidos en el artículo 2.3.3.1.8. adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024 y sin que ello afecte la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.6. adicionado art. 1º, D. 1551/2024).

¿Qué son los Depósitos del Tesoro?

[§ 344-5] Los Depósitos del Tesoro son instrumentos financieros de corto plazo ofrecidos por la Nación y remunerados en condiciones de mercado, destinados a la administración de los excedentes de liquidez de las entidades estatales en los términos del parágrafo 2º del artículo 149 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019 mediante el cual se otorgó a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, la facultad para administrar excedentes de liquidez de entidades estatales de cualquier orden.

Su constitución se realizará con el solo traslado de recursos a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los Depósitos del Tesoro estarán denominados en moneda legal colombiana, moneda extranjera o unidades representativas de una u otra moneda y se podrán constituir con plazos de 1 a 365 días calendario. Los Depósitos del Tesoro tendrán renovación automática hasta que la respectiva entidad estatal solicite su redención.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.7. adicionado art. 1º, D. 1551/2024).

¿Además de la Dirección General de Crédito Público, en quién más se puede delegar la administración de recursos del Presupuesto General de la Nación?

[§ 344-6] Conforme con lo dispuesto en el artículo 2.3.3.3.1. del Decreto 1068 de 2015, la administración de los recursos públicos puede ser delegada en los administradores de naturaleza pública o privada de conformidad con la normatividad vigente, garantizando en todo caso el cumplimiento de los compromisos y obligaciones originadas en la ejecución de apropiaciones presupuestales, priorizando el giro al beneficiario final. La delegación de la administración de recursos públicos es procedente siempre que la ley así lo disponga.

En consecuencia, los Patrimonios autónomos, los encargos fiduciarios, los convenios interadministrativos u otras modalidades de administración financiera, pueden ser delegados de los recursos del Presupuesto General de la Nación cuando por ley se disponga un administrador de recursos del Presupuesto General de la Nación diferente a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este evento, las entidades estatales solo podrán solicitar el giro de los recursos con destino a dichos administradores cuando hayan recibido los bienes y/o servicios o se tengan cumplidos los requisitos que hagan exigible su pago.

La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá administrar transitoriamente dichos recursos hasta que se solicite el giro a los otros administradores delegados o a los beneficiarios que estos indiquen.

Los requisitos de traslado y giro deberán constar por escrito en los respectivos contratos, convenios de administración o en los documentos que hagan parte integral de la administración delegada.

(DUR. 1068/2015, arts. 2.3.3.3.1. y 2.3.3.3.2, este último modificado por el art. 1º, D. 1551/2024).

¿Qué debe implementar el administrador delegado para el manejo eficiente de los recursos?

[§ 344-7] Para el manejo eficiente de los recursos el administrador delegado deberá implementar el principio de unidad de caja establecido en el artículo 16 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el Decreto 111 de 1996.

Cuando las fiducias, los encargos fiduciarios, los patrimonios autónomos o los convenios o contratos interadministrativos utilicen la creación de subcuentas, subprogramas, sub proyectos, o cualquier otra modalidad de clasificación, deberán implementar la unidad de caja, para buscar eficiencia en el manejo de los recursos que les sitúa la Nación.

En el caso que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público administre los recursos, estos serán registrados contablemente a favor de la entidad estatal y podrán ser requeridos posteriormente por dicha entidad sin que implique operación presupuestal alguna, entendiendo que se trata de una operación de manejo eficiente de tesorería. Esto no afectará las obligaciones ni la capacidad de pago que la entidad estatal o el patrimonio autónomo deba cumplir, en caso que aplique.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.3.2. modificado por el art. 1º, D. 1551/2024).

¿Qué dispone la normatividad vigente respecto de la permanencia en entidades financieras de los excedentes de liquidez originados en recursos del Presupuesto General de la Nación y de los establecimientos públicos?

[§ 344-8] El artículo 2.3.3.3.2. del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º Decreto 1551 de 2024, establece:

1. Los excedentes de liquidez originados en recursos girados del Presupuesto General de la Nación a cuentas autorizadas y los generados por los ingresos de los establecimientos públicos no podrán permanecer en las entidades financieras por más de cinco (5) días promedio mensual. Cumplido este término deberá darse aplicación a lo establecido en el artículo 2.3.3.3.4 del DUR 1068 de 2015 modificado por el art. 1º del D. 1551/2024.

(DUR 1068/2015, art. 2.3.3.3.2, pár. 2º, modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

2. Los excedentes de liquidez generados por el recaudo de ingresos propios de los establecimientos públicos que hagan parte del Sistema de Cuenta Única Nacional deberán trasladarse a la cuenta que indique la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público una vez se haya cumplido el tiempo de reciprocidad que se haya convenido con el establecimiento financiero. Los

convenios deberán observar lo previsto en el artículo 2.3.3.7.7 del DUR. 1068 de 2015 adicionado por el Decreto 1551 de 2024.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.3.2, par. 3º modificado por el art. 1º, D. 1551/2024).

¿A dónde deben ser reintegrados los recursos del Presupuesto General de la Nación junto con los rendimientos?

[§ 344-8A] Los recursos del Presupuesto General de la Nación junto con los rendimientos, deberán ser reintegrados a la Cuenta Única Nacional, salvo las siguientes excepciones previstas en la ley, en cuyo caso el reintegro será facultativo, cuando:

- Se hayan girado a entidades financieras.
- No hayan sido pagados a los beneficiarios finales y,
- Han superado los plazos y condiciones previstas en el artículo 2.3.3.3.2. del DUR 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024, es decir, cinco (5) días promedio mensual.

Los recursos de los patrimonios autónomos que ya hayan cumplido el objeto para el cual fueron creados, deberán ser reintegrados a la entidad estatal correspondiente dentro del plazo máximo establecido en el documento de liquidación.

(DUR. 1068/2015, arts. 2.3.3.3.2, pár. 2º y 2.3.3.3.4, inc. 1º, modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuándo puede exigir la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional el reintegro de los recursos del Presupuesto General de la Nación junto con los rendimientos?

[§ 344-8B] La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional podrá exigir el reintegro de los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación que no se hubieren comprometido en la adquisición de bienes o servicios por parte de la respectiva entidad estatal dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de su traslado, siempre que ello no genere el incumplimiento contractual de la entidad a la cual le fueron asignados dichos recursos.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.3.4, inc. 2º, modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuáles son los principios que se deben aplicar para la administración de excedentes de liquidez?

[§ 344-9] Las entidades estatales y/o los administradores públicos o privados a los cuales se les haya delegado la administración de excedentes de liquidez deberán dar aplicación a los siguientes principios:

1. Transparencia: Las decisiones sobre el manejo de excedentes de liquidez y la ejecución de estas deberán documentarse y poder constatarse por medios verificables atendiendo criterios de transparencia de la gestión pública y garantizando su trazabilidad, como la rendición de cuentas y el acceso a la información pública, observando los términos de ley para la conservación de dichos soportes.

2. Eficiencia: La administración de los excedentes de liquidez deberá procurar la máxima racionalidad, disminuyendo los costos y aumentando los beneficios.

3. Planificación: La definición de procedimientos y estrategias para la administración de los excedentes de liquidez deberá guardar concordancia con los objetivos de la respectiva entidad estatal y la regulación.

4. Oportunidad: Se deberá garantizar que los excedentes de liquidez estén disponibles en activos fácilmente realizables, de manera que se pueda lograr la atención oportuna y eficiente de los compromisos y obligaciones adquiridos en desarrollo de su objeto social, sin afectar el normal desempeño de sus actividades, funciones y/o incurrir en costos innecesarios.

5. Seguridad: Las decisiones sobre la administración de Excedentes de Liquidez deberán propender por mitigar los riesgos financieros y no financieros. Lo anterior, mediante el establecimiento de políticas y lineamientos de administración de riesgos, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

6. Evaluación integral: Las operaciones o estrategias de inversión deberán ser evaluadas en forma conjunta para todo el portafolio de inversiones y en contexto con la fuente que origina los Excedentes de Liquidez, el flujo de caja y en general la situación financiera de la entidad estatal.

Los administradores de Excedentes de Liquidez originados en recursos públicos que se encuentren sujetos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia deberán observar los demás principios de administración de recursos establecidos en las normas aplicables al correspondiente régimen.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.8. Adicionado art. 1º, D. 1551/2024).

¿Cuáles son los lineamientos para la administración de excedentes de liquidez?

[§ 345] Las entidades estatales y los administradores de naturaleza pública o privada a los cuales se les haya delegado la administración de excedentes de liquidez deberán:

1. Cumplir con las disposiciones para la administración de Excedentes de Liquidez previstas en el Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del DUR 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

2. Desarrollar e implementar políticas y sistemas de administración de riesgos, que les permita identificar, medir, controlar y monitorear eficazmente los riesgos asociados a la administración de excedentes de liquidez.

3. Realizar la evaluación integral del portafolio de inversiones y su consistencia con la estrategia prevista por la entidad estatal o su administrador delegado, realizando la debida diligencia en la administración de los excedentes de liquidez, teniendo en cuenta que, por la naturaleza de las inversiones, en algunos períodos determinados y en virtud de condiciones propias del mercado, se puedan presentar operaciones o estrategias de inversión cuyos resultados sean iguales a cero o negativos.

4. Poner a disposición de las respectivas entidades estatales los recursos de forma oportuna cuando así lo soliciten, para que estas puedan cumplir con el pago de sus obligaciones.

5. Establecer manuales para la administración e inversión de los excedentes de liquidez, realizar seguimiento a su cumplimiento y actualizarlos periódicamente.

6. Valorar las inversiones a precios de mercado, realizar mensualmente arqueos de títulos y conciliaciones de todos los depósitos y activos financieros y llevar el registro y la contabilidad de los excedentes de liquidez administrados, de conformidad con las normas que le apliquen.

7. Soportar por cualquier medio verificable idóneo y de conformidad con la normatividad que le resulte aplicable,

las operaciones sobre los instrumentos financieros que realice.

8. Realizar en condiciones de mercado, las operaciones con los Excedentes de Liquidez que administre.

9. Preferir la utilización de los sistemas de negociación autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia para la realización de operaciones. En el caso en que la entidad estatal o el administrador de sus excedentes de liquidez no cuente con afiliación y/o acceso a estos sistemas, deberá solicitar por lo menos tres (3) cotizaciones a intermediarios del mercado de valores, cuya inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores (RNAMV) se encuentre vigente, o emisores a que hace referencia el inciso 2 del numeral 5 del artículo 2.3.3.2.1 del DUR. 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024, pudiendo acudir en particular a las entidades que hagan parte del Programa de Creadores de Mercado de Títulos de Deuda Pública. Se deberá adjudicar en condiciones de mercado a la mejor de las propuestas recibidas, mediante la utilización de mecanismos competitivos de adjudicación.

10. Abstenerse de realizar operaciones con fines de especulación con los Excedentes de Liquidez que pongan en riesgo el capital invertido, incluyendo, pero sin limitarse a ello, a ventas en corto, operaciones apalancadas, entre otras.

11. Abstenerse de permitir la administración de Excedentes de Liquidez por parte de funcionarios sancionados y/o expulsados por los Organismos de Autorregulación y/o sancionados por la Superintendencia Financiera de Colombia con cancelación de su inscripción en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV), y/o con suspensión de la misma inscripción mientras esta última medida se encuentre vigente, ya sea que obedezca a una sanción administrativa o a una medida cautelar.

12. Exigir la notificación oportuna de potenciales conflictos de interés entre la respectiva entidad estatal y los administradores de naturaleza pública o privada y sus funcionarios o terceros que administran excedentes de liquidez. Esto mismo se aplicará cuando haya intereses concurrentes entre los administradores y las entidades en las cuales se manejen los excedentes de liquidez. Se deben definir las políticas y procedimientos, de acuerdo con las normas legales, para que las personas encargadas de la administración o inversión expongan ante los órganos de dirección de la entidad estatal y los órganos de control interno los conflictos de interés, así como las situaciones de carácter intelectual, moral o económico que las inhiba, ocasional o permanentemente, para cumplir dichas funciones. Dichas políticas y procedimientos deberán estar relacionadas con la prevención, detección y manejo de los conflictos de interés.

13. Establecer la prevención y prohibición del uso de información privilegiada con ocasión de sus funciones, que pueda ser utilizada en provecho indebido por el mismo administrador de los excedentes de liquidez, funcionarios de la entidad estatal, intermediarios o terceros.

14. Abstenerse de realizar operaciones en países, jurisdicciones, dominios, estados asociados o territorios considerados paraísos fiscales, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2.2.5.1 del Decreto 1625 de 2016 y las demás normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen.

15. Seguir los lineamientos, recomendaciones y estándares de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), incluyendo los que se han adoptado de los estándares OFAC (Office of Foreign

Assets Control, por sus siglas de inglés), FATF (Financial Action Task Force, por sus siglas en inglés) y similares, cuando el tipo de operación, entidad o contraparte así lo requiera.

16. Atender en forma oportuna los requerimientos de información de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público relacionados con la administración o inversión de excedentes de liquidez de que trata el Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del DUR 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

17. Cumplir en los términos pactados, las operaciones negociadas con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las cuales se considerarán en firme e irrevocables. En el caso que la entidad estatal incumpla con las obligaciones a su cargo, tal situación será reportada por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a los respectivos órganos de control.

18. Registrar oportunamente los movimientos de los excedentes de liquidez al momento de generarse los hechos económicos, de forma tal que sea posible conocer la situación de las finanzas públicas consolidadas de acuerdo con las normas legales vigentes.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.9. Adicionado art. 1º, D. 1551/2024).

Entidades nacionales y descentralizadas

¿Quién es el administrador de los recursos públicos de los órganos que forman el presupuesto General de la Nación?

[§ 346] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, será el administrador de los recursos de los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación. Esta administración se realizará de forma independiente a través de una cuenta única, en cumplimiento de las normas legales vigentes, la autonomía de las entidades estatales y garantizando el registro individualizado de movimientos y saldos.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.1.4. Modificado por el art. 1º, D. 1551/2024).

¿Quién puede ser el administrador de los excedentes de liquidez originados en recursos públicos de entidades estatales diferentes a la Nación?

[§ 346-1] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, podrá ser el administrador de los excedentes de liquidez originados en recursos públicos de las entidades estatales diferentes de la Nación, cuando dichas entidades así lo deleguen en el marco de su autonomía.

La administración podrá realizarse a través de Depósitos del Tesoro de los que trata el artículo 2.3.3.1.7 del DUR. 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024).

(DUR. 1068/2015, arts. 2.3.3.1.5. y 2.3.3.1.7 modificados por el art. 1º, D. 1551/2024).

Empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al noventa por ciento de su capital

¿Cuál es el régimen jurídico de los excedentes de liquidez de las empresas y sociedades estatales del orden nacional con participación pública superior al noventa por ciento de su capital?

[§ 347] Los excedentes de liquidez originados en los recursos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, dedicadas a actividades no financieras, las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, dedicadas a actividades no financieras, las Empresas Sociales del Estado del orden nacional en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital y las Empresas de Servicios Públicos del orden nacional en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital, deberán ofrecerse preferencialmente a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para invertirse en depósitos del tesoro, títulos de tesorería Tes clase B y fondos bursátiles que repliquen índices de títulos de tesorería Tes clase B (DUR. 1068/2015 nums. 1, 2 y 3 del art. 2.3.3.2.1 y el num. 1 del art. 2.3.3.2.2, modificados por el art. 1º del D. 1551/2024).

En el caso que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no exprese su interés por correo electrónico u otro medio verificable en los dos (2) días hábiles posteriores al ofrecimiento, los Excedentes de Liquidez se deberán invertir en **Depósitos del Tesoro, Títulos de Tesorería TES Clase B, Fondos Bursátiles que repliquen índices de Títulos de Tesorería TES Clase B, Cuentas de Ahorros o Corrientes, Certificados de Depósito a Término y Fondos de Inversión Colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o Depósitos del Tesoro, t**ítulos de deuda pública externa colombiana emitidos por la Nación, títulos de deuda emitidos por otros gobiernos u organismos multilaterales, cuentas en moneda extranjera, depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones financieras internacionales, certificados de depósito en moneda extranjera ofrecidos por instituciones financieras internacionales y fondos del Mercado Monetario constituidos con las inversiones admisibles de los numerales 3 al 6 del artículo 2.3.3.2.2. si se trata de inversiones de moneda extranjera.

Conforme y en las condiciones indicadas en los artículos 2.3.3.2.1 y 2.3.3.2.2. del DUR. 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

(DUR. 1068/2015, arts. 2.3.3.5.1, 2.3.3.2.1 y 2.3.3.2.2. Modificados por el art. 1º del D. 1551/2024).

Entidades territoriales y entidades descentralizadas del orden territorial

¿Cuál es el régimen jurídico de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital?

[§ 348] Los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital se deberán invertir en los siguientes instrumentos, según se trate de moneda legal o moneda extranjera; sin perjuicio de la facultad otorgada a las entidades territoriales de categorías especial, primera y segunda en el artículo 31 de la Ley 2155 de 2021.

a) Excedentes de liquidez en moneda legal colombiana o en unidades representativas de la misma:

1. Depósitos del Tesoro de los que trata el artículo 2.3.3.1.7 del DUR adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

2. Títulos de Tesorería TES Clase B. Los Títulos de Tesorería TES Clase B podrán ser adquiridos directamente en el mercado primario a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o en el mercado secundario.

3. Fondos Bursátiles que repliquen índices de Títulos de Tesorería TES Clase B. En concordancia con lo establecido en el artículo 3.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, serán inversiones admisibles los Fondos Bursátiles que repliquen índices de Títulos de Tesorería TES Clase B que mantengan al menos el noventa y cinco por ciento (95%) de su Patrimonio Neto invertido en: (a) Títulos de Tesorería TES Clase B; y (b) posiciones largas en contratos de futuros sobre estos títulos.

Estos fondos deberán estar inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), y ser negociados a través de sistemas de negociación de valores autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

4. Cuentas de Ahorros o Corrientes;

5. Certificados de Depósito a Término;

6. Fondos de Inversión Colectiva abiertos sin pacto de permanencia compuestos por los instrumentos financieros de los numerales 1 a 5 anteriores.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1. modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

b) Excedentes de liquidez, en moneda legal extranjera o en unidades representativas de la misma:

1. **Depósitos del Tesoro** de los que trata el artículo 2.3.3.1.7 del DUR adicionado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024.

2. Títulos de deuda pública externa colombiana emitidos por la Nación.

3. Títulos de deuda emitidos por otros gobiernos u organismos multilaterales.

4. Cuentas en moneda extranjera.

5. Depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones financieras internacionales.

6. Certificados de depósito en moneda extranjera ofrecidos por instituciones financieras internacionales.

7. Fondos del Mercado Monetario constituidos con las inversiones admisibles de los literales c) al f).

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.2. modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Qué calificación deben tener las entidades autorizadas para las inversiones admisibles de excedentes de liquidez en certificados de depósitos a término y en depósitos en cuenta corriente y de ahorros?

[§ 349] Los entidades autorizadas, para la emisión de certificados de depósito a término y la administración de las cuentas de ahorros o corrientes en las cuales se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50% deberán contar con una calificación de riesgo de corto plazo como mínimo de (BRC1+), (F1+), (VR1+) o su equivalente, y con una calificación de riesgo de largo plazo como mínimo de (AA+) o su equivalente.

Adicionalmente, los certificados de depósito a término deberán ser emitidos por establecimientos de crédito y/o entidades con regímenes especiales contemplados en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, cuando sean negociadas en el mercado secundario, deberá ser a través de sistemas de negociación de valores por medio de un intermediario del mercado de valores inscrito en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores o, directamente cuando la entidad estatal haga parte de los sistemas de negociación de valores, autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1, nums. 4º y 5º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuál es el requisito de calificación que deben cumplir los emisores de las inversiones admisibles en moneda extranjera o unidades representativas de la misma?

[§ 350] Los emisores de las inversiones admisibles en cuentas en moneda extranjera, Depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones financieras internacionales y Depósitos a término en moneda extranjera, deberán contar con la máxima calificación de riesgo en escala internacional de corto plazo de (A1+ / F1+/Prime 1) o su equivalente, y con una calificación de riesgo en escala internacional de largo plazo como mínimo de (A+ / A1) o su equivalente, emitidas por parte de una de las agencias calificadoras de la deuda externa de la Nación.

En caso de contar con más de una calificación, al menos una de estas deberá cumplir con la calificación mínima establecida anteriormente y las otras calificaciones deberán ser al menos de (A/ A2) para el largo plazo y de (A-1 / F1 / Prime 1) para el corto plazo, o sus equivalentes.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.2, par. 1º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuál es el requisito de calificación que debe cumplir el establecimiento de crédito de Colombia cuya sucursal en el exterior sea el administrador, depositario, o emisor de las inversiones admisibles en moneda extranjera o unidades representativas de la misma?

[§ 350-1] Cuando los administradores, los depositarios o los emisores de las inversiones admisibles en cuentas en moneda extranjera, depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones

financieras internacionales y Depósitos a término en moneda extranjera sean una sucursal en el exterior de un establecimientos de crédito vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, el establecimiento de crédito en Colombia deberá contar con la máxima calificación vigente de largo y corto plazo según la escala utilizada por al menos una sociedad calificadora de riesgo autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.2, par 2º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuál es el requisito de calificación que deben cumplir los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma, en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?

[§ 351] Los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma, en las cuales se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50%, deberán contar con la máxima calificación de riesgo cuando el reglamento del fondo así lo prevea, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010.

Estos fondos podrán realizar las operaciones financieras autorizadas a ellos, establecidas en la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1, num. 6º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuál requisito de calificación debe cumplir la sociedad administradora de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?

[§ 351-1] La sociedad administradora de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia en moneda colombiana o en unidades representativas de la misma en las cuales se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50%, deberá contar como mínimo con la segunda mejor calificación en fortaleza o calidad en la administración.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1, num. 6º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Cuál requisito de calificación deben cumplir los fondos de inversión del mercado monetario en moneda extranjera o en unidades representativas de la misma en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?

[§ 351-2] Los Fondos del Mercado Monetario con las inversiones admisibles en Títulos de deuda emitidos por otros

gobiernos u organismos multilaterales, cuentas en moneda extranjera, depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones financieras internacionales y certificados de depósito en moneda extranjera deberán contar con la máxima calificación de riesgo de crédito otorgada al menos por dos (2) sociedades calificadoras de riesgos.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.2, num. 7º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

¿Qué requisitos deben cumplir los fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B para que sean inversiones admisibles de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?

[§ 351-3] Los Fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B para que sean inversiones admisibles deben:

a) Mantener al menos el noventa y cinco por ciento (95%) de su Patrimonio Neto invertido en: (i) Títulos de Tesorería TES Clase B; y (ii) posiciones largas en contratos de futuros sobre estos títulos.

b) Estar inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), y ser negociados a través de sistemas de negociación de valores autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1, núm. 3º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024, D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.2).

¿Cuál requisito de calificación debe cumplir la sociedad administradora de los fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B en los que se inviertan los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública mayor al 50%?

[§ 351-4] Las sociedades administradoras los fondos bursátiles que repliquen índice de Títulos de Tesorería TES Clase B deberán contar como mínimo con la segunda mejor calificación en fortaleza o calidad en la administración.

(DUR. 1068/2015, art. 2.3.3.2.1, núm. 3º modificado por el art. 1º del D. 1551/2024, D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.2.).

[§ 352] Cuadro resumen de la inversión de excedentes de liquidez

Establecimientos públicos del orden nacional y entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos

(D.R. 1551/2024, art. 1º, Título 1 Parte 3 de Libro 2 Capítulo III del DUR. 1068/2015)

Clase de entidad	Régimen de inversión
Establecimientos públicos del orden nacional, y De las entidades estatales a las cuales se les aplica las disposiciones de orden presupuestal de aquellos (100% estatales).	Los recursos de los establecimientos públicos y las entidades estatales del orden nacional que conforman el Presupuesto General de la Nación serán administrados por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través del sistema de Cuenta Única Nacional conforme lo previsto por el Título 1 de la Parte 3 Libro 2 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto Reglamentario 1551 de 2024, artículo 1º. Lo anterior, no aplicará a los Fondos Especiales que tengan definido un régimen especial de inversión de sus recursos en la respectiva ley de creación de los mismos, sin perjuicio del cumplimiento de la finalidad establecida para cada fondo en sus respectivas normas de creación". (DUR. 1068/2025, art. 2.3.3.6.1. Adicionado art. 1º, D.R. 1551/2024).

[§ 352-1] Empresas y Sociedades Estatales del Orden Nacional con Participación Pública Superior al 90% de su capital

(D.R. 1551/2024, art. 1º que modificó y adicionó el Título 1 Parte 3 del libro 2 Capítulo 5 del DUR. 1068/2015)

Clase de entidad	Régimen de inversión
1. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, dedicadas a actividades no financieras. 2. Las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, dedicadas a actividades no financieras. 3. Las Empresas Sociales del Estado del orden nacional en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital.	1. Los excedentes de liquidez deberán ofrecerse preferencialmente a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (DGCPTN) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para invertirse en depósitos del tesoro, títulos de tesorería Tes clase B y fondos bursátiles que repliquen índices de títulos de tesorería Tes clase B (DUR. 1068/2015, nums. 1º, 2º y 3º del artículo 2.3.3.2.1 y el num. 1º del art. 2.3.3.2.2, modificados por el art. 1º del D. 1551/2024). 2. Si la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (DGCPTN) no expresa su interés

Clase de entidad	Régimen de inversión
4. Las Empresas de Servicios Públicos del orden nacional en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital.	por correo electrónico u otro medio verificable, en los dos (2) días hábiles posteriores al ofrecimiento, los excedentes de liquidez se deberán invertir en las inversiones admisibles previstas en el Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 3 del DUR 1068 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1551 de 2024 (DUR. 1068/2015, arts. 2.3.3.5.1, 2.3.3.2.1 y 2.3.3.2.2. modificados por el art. 1º del D. 1551/2024).

[§ 352-2] De las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50%

(D.R. 1551/2024, art. 1º, que modificó y adicionó el Título 1, Parte 3 de Libro 2, Capítulo 4º del DUR. 1068/2015)

Clase de entidad	Régimen de inversión
Entidades territoriales y sus descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al 50% de su capital.	Deberán invertir sus excedentes de liquidez, así: 1. Inversiones admisibles en moneda legal colombiana: 1.1. Depósitos del Tesoro. 1.2. Títulos de Tesorería TES Clase B. 1.3. Fondos Bursátiles que repliquen índices de Títulos de Tesorería TES Clase B. 1.4. Cuentas de Ahorros o Corrientes. 1.5. Certificados de Depósito a Término. Fondos de Inversión Colectiva abiertos sin pacto de permanencia compuestos por los instrumentos financieros de los numerales 1.1. a 1.5 anteriores. 2. Inversiones admisibles en moneda extranjera. 2.1. Depósitos del Tesoro. 2.2. Títulos de deuda pública externa colombiana emitidos por la Nación. 2.3. Títulos de deuda emitidos por otros gobiernos u organismos multilaterales. 2.4. Cuentas en moneda extranjera. 2.5. Depósitos remunerados en moneda extranjera de instituciones financieras internacionales. 2.6. Certificados de depósito en moneda extranjera ofrecidos por instituciones financieras internacionales.

Clase de entidad	Régimen de inversión
	2.7. Fondos del Mercado Monetario constituidos con las inversiones admisibles de los numerales 2.3 al 2.6 anteriores. 3. En el caso de entidades estatales que pertenezcan a un mismo grupo económico, también será una inversión admisible los títulos de deuda pública emitidos por entidades estatales de dicho grupo económico. Asimismo, las entidades territoriales y entidades descentralizadas con participación pública superior al (50%) de su capital, podrán ofrecer sus excedentes de liquidez a la DGCP para invertirse en los siguientes instrumentos: 1. Depósitos del Tesoro, en moneda legal o extranjera. 2. Títulos de Tesorería TES Clase B. 3. Fondos Bursátiles que repliquen índices de Títulos de Tesorería TES Clase B. (DUR 1068/2015, arts. 2.3.3.2.1. y 2.3.3.4.1. modificado por el art. 1º del D. 1551/2024).

Operaciones de crédito público y conexas y operaciones de manejo de deuda pública

¿Qué son las operaciones de crédito público?

[§ 353] Las operaciones de crédito público son los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos, bienes o servicios, con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o cuando otorgue garantías sobre obligaciones dinerarias con plazo para su pago.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 1º; D.R. 2681/1993, art. 3º inc.1º, Compilado en el DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.1.1 modificado por el D. 1575/2022, art. 5º).

¿Qué operaciones se consideran asimiladas a las de crédito público?

[§ 354] Son operaciones asimiladas a las operaciones de crédito público, aquellas en virtud de las cuales la entidad estatal contrae obligaciones dinerarias con plazo para el pago sin que se dote de recursos, bienes o servicios. Dentro de estas operaciones se encuentran los contratos de leasing financiero, el factoring con recurso, los créditos documentarios cuando el banco emisor de la carta de crédito otorgue un plazo para cubrir el valor de su utilización y la novación o modificación de obligaciones, cuando la nueva obligación implique el otorgamiento

de un plazo para el pago. Las operaciones asimiladas que tengan un plazo para el pago igual o menor a un (1) año están autorizadas por vía general y no requerirán los conceptos mencionados en el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 1º; D.R. 2681/1993, art. 3º inc.2º, Compilado en el DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.1.1 modificado D. 1575/2022, art. 5º).

¿Qué son las operaciones de manejo de la deuda pública?

[§ 355] Son aquellas que no incrementan el endeudamiento neto de la entidad Estatal y contribuyen a mejorar el perfil de la deuda de la misma. Estas operaciones, en tanto no constituyen un nuevo financiamiento, no afectan el cupo de endeudamiento.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º; D. 2681/1993, art. 5º inc. 1º. Compilado en el DUR.1068/2015, art. 2.2.1.1.2, inc. 1º, modificado por el art. 5º del D. 1575/2022).

¿Cuáles son las operaciones de manejo de la deuda pública?

[§ 356] La refinanciación, restructuración, renegociación, reordenación, conversión o intercambio, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, el saneamiento de las obligaciones crediticias, operaciones de cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º; D. 2681/1993, art. 5º inc. 2º. Compilado DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.1.2, inc. 2º modificado por el art. 5º del D. 1575/2022).

¿Qué tipo de actos son asimilados a las operaciones de crédito público?

[§ 357] Los actos o contratos análogos a las operaciones de crédito público, mediante los cuales se contraigan obligaciones con plazo para su pago, se asimilan a las operaciones de crédito público.

(D. 2681/1993, art. 4º inc.1º. Compilado DUR. 1068/2015, arts. 2.2.1.1.1, inc. 1º, modificado por el art. 5º del D. 1575/2022).

¿Cómo pueden ser las operaciones de crédito público y las asimiladas?

[§ 358] Las operaciones de crédito público y las asimiladas pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público o asimiladas internas las que al momento de su celebración se realicen entre residentes del territorio colombiano, de acuerdo con lo definido en el artículo 2.17.1.2. del Decreto 1068 de 2015, y estén denominadas en moneda legal colombiana, de conformidad con las disposiciones cambiarias. Son operaciones de crédito público y asimiladas externas todas las demás.

(D. 1575/2022, art. 5º que modificó el DUR 1068/2015, art. 2.2.1.1.1, inc. 3º, que compiló).

¿Qué régimen de autorización tienen las operaciones asimiladas con plazo de pago igual o inferior a un (1) año?

[§ 358-1] Las operaciones asimiladas con plazo para pago igual o inferior a un (1) año, están autorizadas por vía general y no requieren los conceptos mencionados en el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

(D. 2681/1993, art. 4º inc. 3º Compilado DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.1.1, inc. 3º, modificado por el art. 5º, D. 1575/2022).

¿Qué requisitos se necesitan para autorizar operaciones de crédito público externas y sus asimiladas de Entidades Estatales diferentes de la Nación?

[§ 358-1A] La celebración de operaciones de crédito público externas y sus asimiladas que no tengan un trámite de autorización especial en el Título I de la Parte 2 Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, así como el otorgamiento de garantías a los prestamistas, por parte de: i) entidades territoriales; ii) entidades descentralizadas de cualquier orden; iii) los patrimonios autónomos de carácter público autorizados por la ley para celebrar operaciones de crédito público; y iv) todas las demás entidades estatales a las que la ley les otorgue capacidad para ser receptoras de derechos y/o obligaciones, requerirán autorización impartida mediante resolución por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(D. 1575/2022, art. 6º que modificó el art. 2.2.1.2.1.2. del D. 1068/2015).

¿Qué régimen de autorización requieren las operaciones de crédito público internas o asimiladas de la Nación, de entidades diferentes de la Nación y de entidades territoriales y sus descentralizadas?

[§ 358-2] a) Operaciones de crédito público externas y sus asimiladas a nombre de la Nación.

La celebración de operaciones de crédito público internas y sus asimiladas a nombre de la Nación que no tengan un trámite de autorización especial en el Título I de la Parte 2 Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, requerirá autorización para celebrar la correspondiente operación impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(D. 1575/2022, art. 6º que modificó el art. 2.2.1.2.1.3 del DUR. 1068/2015).

b) Operaciones de crédito público internas y sus asimiladas de entidades estatales del orden nacional diferentes a la Nación.

La celebración de operaciones de crédito público internas y sus asimiladas que no tengan un trámite de autorización especial en Título I de la Parte 2 Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, así como el otorgamiento de garantías a los prestamistas por parte de i) las entidades descentralizadas del orden nacional; ii) los patrimonios autónomos de carácter público cuyo fideicomitente sea del orden nacional, autorizados por la ley para celebrar operaciones de crédito público; y iii) todas las demás entidades estatales del orden nacional a las que la ley les otorgue capacidad para ser receptoras de derechos y/u obligaciones, requerirán autorización impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para celebrar operaciones de crédito público internas, sus asimiladas y para otorgar garantías, siempre y cuando se cuente con el correspondiente concepto favorable de que trata el artículo 2.2.1.6. y el documento justificativo de que trata el artículo 2.2.1.5.2. del Decreto 1068 de 2015, con la aprobación de la minuta definitiva del contrato o instrumento impartida por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(D. 1575/2022, art. 6º que modificó el art. 2.2.1.2.1.5. del DUR. 1068/2015).

c) Celebración de operaciones de crédito público internas y sus asimiladas de entidades territoriales y sus descentralizadas.

La celebración de operaciones de crédito público internas y sus asimiladas por las entidades territoriales y sus descentralizadas se regirá por lo señalado en los

Decretos Ley 1222 y 1333 de 1986, la Ley 358 de 1997, la Ley 617 de 2000 y demás normas que le adicionen, complementen y modifiquen según el caso.

(D. 1575/2022, art. 6º que modificó el art. 2.2.1.2.1.6. del D. 1068/2015).

¿Cuáles operaciones se consideran conexas a las operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas o las de manejo de la deuda pública?

[§ 359] Se consideran conexas a las operaciones de crédito público, asimiladas y a las de manejo de deuda pública, entre otros, los actos y contratos que constituyan un medio necesario para:

1. El otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público, asimiladas o de manejo;

2. Los contratos de emisión, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores;

3. Los contratos para la calificación de la inversión o de valores;

4. Los contratos para la prestación de servicios requeridos para la celebración de operaciones de crédito público y asimiladas;

5. La emisión y colocación de títulos en los mercados de capitales;

6. La celebración de operaciones de manejo de deuda.

7. Los contratos de intermediación para llevar a cabo tales operaciones de crédito público, asimiladas y manejo de deuda pública.

8. Los contratos de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias.

(L. 80/1993, art. 41, par. 2º, inc. 9º; D. 2681/1993, art. 6º inc. 1º. Compilado DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.1.3, incs. 1º y 2º, modificado por el art. 5º, D. 1575/2022).

¿Cómo se contratan las operaciones conexas?

[§ 360] Las operaciones conexas se contratan en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.

Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

(DUR. 1068/2015, art. 2.2.1.5.1, modificado art. 13, D. 1575/2022).

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades del fiduciario

¿Cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se le aplica al fiduciario?

[§ 361] El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se le aplica al fiduciario para licitar y para celebrar contratos con entidades estatales es el contemplado en los artículos 8º, y 10 de la L. 80/1993 modificado por el art. 1º de la L. 1474/2011 modificado por la L. 1778/2016, art 31, art. 90 de la L. 1474/2011 adicionado por el art. 51 de la L. 2195/2022, modificado por la L. 1955/2019, 9º modificado por los arts. 2º, 3º y 6º L. 2014/2019 y 10 de la L. 80/1993 adicionada por la L. 1150/2007, art. 18).

¿Cuándo se considera que el fiduciario se encuentra incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para licitar o contratar con las entidades estatales?

[§ 362] El fiduciario se encuentra incurso en alguna causal de incompatibilidad o inhabilidad para licitar o para contratar con las entidades estatales en los siguientes eventos:

1. Cuando al momento de licitar o celebrar el contrato se encuentra en una de las circunstancias prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 modificado por la Ley 1778 de 2016, artículos 31, 90 de la Ley 1474 de 2011 adicionado por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, modificado por la Ley 1955 de 2019.

2. Cuando llegare a sobrevenir posteriormente la inhabilidad o incompatibilidad. En este último evento el fiduciario debe ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciar a su ejecución, conforme con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 6º, Ley 2014 de 2019.

¿Qué debe hacer la sociedad fiduciaria cuando sobreviene una inhabilidad o incapacidad?

[§ 363] Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene dentro de un proceso de licitación se entenderá que el fiduciario renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo (L. 80/1993, art. 9º, inc. 2º).

Si el fiduciario ha celebrado con otra entidad fiduciaria un consorcio o unión temporal para la ejecución del contrato y sobreviene la inhabilidad o incompatibilidad en uno de los miembros del consorcio o unión temporal, este debe ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal (L. 80/1993, art. 9º, inc. 3º).

¿En qué eventos queda inhabilitada o incapacitada la sociedad fiduciaria al momento de licitar o de celebrar el contrato?

[§ 364] Cuando la sociedad fiduciaria incurra en alguna de las siguientes

conductas, conforme lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 y adicionado por el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022:

1. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales durante los últimos tres (3) años.

2. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años.

3. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento en una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales.

4. Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar.

¿Por cuánto tiempo se extenderá la inhabilidad o incompatibilidad?

[§ 365] En estos eventos contemplados en los numerales 1, 2, y 3, del numeral anterior la inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado (L. 1955/2019, art. 43, inc. 5º).

En el evento contemplado en el numeral 4º del numeral anterior**,** la inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. (Lit. d), art. 43 de la L. 1955/2019 adicionado por el art. 51 de la L. 2195/2022).

¿Cuáles son las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades?

[§ 366] Las fiduciarias no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos 8º y 9º de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos:

a) Cuando contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades estatales ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten.

b) Cuando celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

(Art. 10, L. 80/1993).

¿Cuáles son los efectos jurídicos de la celebración de contratos estatales con fiduciarias incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad?

[§ 367] La celebración de contratos estatales con fiduciarias incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad acarrea la nulidad absoluta del contrato, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, artículo 44, numeral 1º.

La nulidad puede ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación, conforme con la Ley 80 de 1993, artículo 45, inc. 1º.

El jefe o representante legal de la entidad respectiva debe dar por terminado

el contrato mediante acto debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, acorde con la Ley 80 de 1993, artículo 45 inc. 2º.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las inhabilidades e incompatibilidades?

[§ 368] DOCTRINA.—**El Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal es un límite a la capacidad contractual.** "(...) Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil, o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado.

De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

(...).

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución —o sea, deben satisfacer el principio de legalidad— y su interpretación debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (Conc. Colombia Compra Eficiente. C.C.E - REC-FM-13. jun. 15/2023).

Responsabilidad fiscal

¿Qué es el control fiscal?

[§ 369] Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, ejercida en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

(D. 403/2020, art. 2º, inc. 3º).

¿Qué es la gestión fiscal?

[§ 370] Se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión

y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

(L. 610/2000. art. 3º).

¿Cuál es el objeto de la responsabilidad fiscal?

[§ 371] El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

(L. 610/2000 art. 4º).

¿Cuáles son los efectos de la declaratoria de responsabilidad fiscal por la administración de recursos públicos y la inclusión en el boletín de responsables fiscales?

[§ 372] Los efectos de fallos de responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriados son los siguientes:

1. Una vez en firme el fallo, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías (D. 610/2020, art. 58).

2. La publicación de los responsables en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría (D. 610/2020, art. 60).

3. La caducidad del contrato respectivo si se encuentra vigente o no ha sido liquidado (D. 610/2020, art. 61. L. 80/1993, arts. 8º, lit. c)).

4. La caducidad genera inhabilidad para contratar con el Estado hasta por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria del fallo (L. 80/1993, arts. 8º, lit. c). L. 1952/2019, art. 42, par. 1º).

5. La cesión de otros contratos vigentes con el Estado. (L. 2014/2019, art. 8º que adicionó el numeral 9A a la L. 80/1993, art. 9º).

6. No podrá celebrar nuevos contratos que impliquen la administración de recursos públicos.

¿Quiénes responden solidariamente en los procesos de responsabilidad fiscal?

[§ 373] En los procesos de responsabilidad fiscal responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

(L. 1474/2011, art. 119).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia en relación con la imputación de responsabilidad fiscal?

[§ 374] JURISPRUDENCIA.—***Para que pueda imputarse una responsabilidad fiscal solidaria debe comprobarse la culpa grave o dolo.*** *"(...) con ocasión de la demanda contra el artículo 17 de la Ley 610 de 2000 la Corte afirmó que "la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo,* ***pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa****. Al respecto, ha dicho la Corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente" ausente en texto original.*

Situación que confirmó la reciente Sentencia C-512 de 2013, en la que con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 se manifestó sobre los fines del proceso fiscal lo siguiente "este proceso busca determinar y, si es del caso, declarar la

responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) ***imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave)*** *de éste, habiendo un nexo causal entre ambos" —negrilla ausente en texto original—.*

Principio de imputación que es reiteración de lo establecido por los artículos 4º y 5º de la Ley 610 de 2000, de acuerdo con los cuales el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal será la culpa grave y el dolo.

(...).

El fundamento para dicha conclusión radica en que el marco legal vigente, en acuerdo con la Constitución Política, exige la existencia de dolo o culpa grave como fundamento de la atribución de responsabilidad de naturaleza fiscal".

(...)

En este sentido el mencionado artículo consagra:

"ART. 118.—Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. ***El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave****".*

Disposición legal que reafirma lo establecido por el artículo 4º de la ley 610 de 2000, según el cual "la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la ***conducta dolosa o culposa*** *de quienes realizan gestión fiscal (...)"; y por el artículo 5º de la misma ley, que al enumerar los elementos de la responsabilidad fiscal incluye expresamente "una* ***conducta dolosa o culposa*** *atribuible a una persona que realiza gestión fiscal" —negrilla ausente en los textos legales—. (C. Const. Sent. C-338, jun. 4/2014. M.P. Alberto Rojas Ríos).*

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en relación con la solidaridad en la responsabilidad fiscal prevista en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011?

[§ 375] JURISPRUDENCIA.—***Solidaridad en la responsabilidad fiscal****. "(…).En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la Ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*

La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables. Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución". (C. Const., Sent. C-338, jun. 4/2014. M.P. Alberto Rojas Ríos).

Responsabilidad especial de los administradores de las fiduciarias

¿Qué responsabilidad especial tienen los administradores de las fiduciarias?

[§ 376] La celebración de contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios con entidades estatales comporta un alto grado de responsabilidad por parte de los directores y administradores de las sociedades fiduciarias a quienes compete adoptar las decisiones relacionadas con esta materia. En tal virtud, la Superintendencia Financiera de Colombia requiere la intervención personal de

los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, en orden a que se respeten y acaten en la práctica los parámetros señalados en la Circular Básica Jurídica en cuanto son desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007, en sus decretos reglamentarios, así como las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. 1º, num. 5º, subnum. 5.4.6, inc. 1º).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina respecto de la distribución de riesgos y responsabilidades de las sociedades fiduciarias y las entidades estatales como contratistas de fiducia pública y encargos fiduciarios?

[§ 377] LAUDO ARBITRAL.—**Los contratos de encargo fiduciario público y fiducia pública constituyen un negocio de sustitución en los cuales la fiduciaria es un colaborador de la administración sin que ello implique que asuma los riesgos y la responsabilidad de la entidad estatal encargante.** "(…) Para el tribunal, la noción de colaboración y el negocio de sustitución no pueden interpretarse en la forma excesiva que se plantea, pues el fiduciario, en el caso que nos ocupa, no puede llegar hasta asumir los riesgos y la responsabilidad que le corresponde a la entidad pública, por cuanto cada contratante actúa dentro de la esfera jurídica que le es propia, asumiendo sus respectivas obligaciones, responsabilidades y riesgos.

En efecto, los contratos son medios para la distribución de riesgos y responsabilidades y en la contratación pública, como en la privada, cada parte mantiene los suyos.

Por lo demás, en el caso de la fiducia de inversión, como ya fue explicado, el fiduciario no puede contraer obligaciones de resultado, ni tomar posición propia, ni asegurar los rendimientos de la operación; por tanto, es la entidad pública encargante la que debe afrontar los riesgos inherentes a la inversión, sin poder trasladarlos a su contraparte, toda vez que aquella es la dueña de los recursos, lo que significa que ha de asumir las secuelas del eventual incumplimiento o de la insolvencia de la persona o entidad receptora de la inversión o colocación. Esto desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle al fiduciario, de haber incumplido sus obligaciones relativas a la inversión, en cuyo caso deberá indemnizar a su cliente.

(…).

De otra parte, el principio de la preservación del equilibrio económico o de la ecuación financiera, propio de la contratación estatal, es un claro ejemplo de que la entidad pública conserva determinados riesgos —como dueña del negocio, de la obra o el servicio— sin poder trasladarlos al contratista, quién por el hecho de ser colaborador o sustituto de la entidad no los asume, pues no le corresponden. Por ello, en caso de cambio imprevisto de las condiciones, no imputable a ninguna de las partes, que haga más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, la entidad pública debe resarcirlo, toda vez que se trata de un riesgo que ella debe afrontar. Por tanto, en el contrato administrativo cada cual conserva sus propios riesgos e incertidumbres, a menos, una vez más, que el contratista se coloque en situación de incumplimiento que le sea imputable.

(…).

A pesar de la colaboración y la sustitución, el comportamiento contractual de las partes ha de evaluarse de acuerdo con las reglas propias de cada una, vale decir, dentro del esquema de responsabilidad que a cada cual le corresponde, sin que el contratista quede sumergido dentro del régimen de la entidad estatal, toda vez que aquel, como profesional que es, está sometido a una normatividad particular que debe observarse.

(…).

Así, pues, aunque el fiduciario, por el hecho de manejar dineros públicos, debe acatar normas presupuestales y fiscales y someterse a reglas sobre interventoría y control —y no obstante que puede ser sancionado con arreglo a las legislaciones penal y reglamentaria, en el supuesto de que en la administración de recursos estatales incurra en conductas tipificadas en tales legislaciones— es evidente que para efectos de deducirle responsabilidad civil no puede juzgársele de acuerdo

al régimen de la responsabilidad estatal, sino dentro del marco de su propio régimen, que no es otro que el de responsabilidad profesional.

La noción de colaboración y la teoría de las finalidades son instrumentos de señalada utilidad en la contratación pública, pero no tienen la virtualidad de producir la asimilación completa de las dos partes contratantes, respecto de su riesgo y responsabilidades, es decir, para aplicarle al contratista privado el régimen integral propio de la entidad estatal". (Laudo Arbitral. jun. 8/1999. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En: Laudos Arbitrales Colombianos, Legis, 2010).

[§ 378] DOCTRINA.—**La fiduciaria debe respetar las formalidades en la celebración de los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario público, obrar como profesional con diligencia, sin que ello implique la asunción de los riesgos de la inversión, y que su papel de colaboradora lo convierta en entidad estatal. "(...) El contratista es un colaborador de la administración** (...) al asumirse tareas a cargo del Estado, que se ponen en sus manos en virtud de una especial confianza, deben realizarse "todos los esfuerzos para alcanzar la plenitud de lo contratado" (...) Su obligación de diligencia le obliga a realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad prevista en el contrato. (...) lo que supondría (...) la asunción de obligaciones de información y de consejo. (...) **El riesgo de los dineros entregados es del dueño**. (...) Dado que en los negocios de fiducia pública no hay propiamente transferencia, los riesgos no pueden desplazarse hacia la fiduciaria sino en virtud de su incumplimiento. Mientras tanto su obligación es típicamente de medio y no puede asumir el alea de una inversión ordenada por el fideicomitente, con sus dineros. (...) **La sustitución no convierte a la fiduciaria en entidad estatal.** (...) la sustitución refleja el papel de natural colaborador que asume la fiduciaria, pero no la convierte en entidad estatal. (...) **La obligación de información no autoriza el rechazo de las instrucciones dadas por el fideicomitente**. es natural que advierta a su cliente sobre la clara inconveniencia de una inversión, tal carga se aminora frente a fideicomitentes avisados y competentes en el mundo de las inversiones, que sea reservado, por lo demás, la facultad de indicar la forma en que ellas deben llevarse a cabo. **La personería para la defensa de los bienes resta en cabeza de la entidad estatal. (...)** la titularidad es habilitante desde el punto de vista jurídico por lo que, a contrario sensu, no contando con ella, la fiduciaria no podrá actuar como dueña y señora en defensa de los bienes. Pero ello no la libera de su obligación de velar por ellos a título de administrador de los mismos, como tendría que hacerlo, sin vacilar cualquier mandatario. (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda Edición, págs. 580, 584).

[§ 379] COMENTARIO.—**Vigencia y derogatoria de la Ley 2381 de la Ley 2024.** De conformidad con el art. 94 de la ley 2381 de 2024, la vigencia del sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común, previsto en dicha ley, entrará en vigor el 1º de julio de 2025.

Igualmente, según el inciso 1º y 2º del artículo 95 de dicha ley, señala que la misma rige a partir de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarios. Sin perjuicio de lo anterior, las normas continuarán vigentes para atender el régimen de transición y el régimen de aquellos ya pensionados al momento de expedirse esta ley.

Respecto de administradoras del régimen de prima media, de las cuales versa el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 existentes del sector público y/o privado que subsisten y por tanto vienen administrando el régimen de prima media con prestación definida, se les ordenará dar continuidad para que reconozcan la prestación pensional de cada uno de los afiliados beneficiarios del régimen de transición propuesto en el artículo 76 de la ley citada (§ 502 al 512).

CAPÍTULO CUARTO

Fiducia de administración de procesos concursales

¿En qué consiste la modalidad de administración de procesos concursales?

[§ 380] Este negocio fiduciario se genera en virtud de la designación de 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.

Debe entenderse por procesos concursales, los acuerdos de reestructuración de que trata la Ley 550 de 1999, respecto de las entidades territoriales, descentralizadas y las universidades de orden nacional o territorial, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 125 de la Ley 1116 de 2006.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.3.4).

¿Qué Sociedades Fiduciarias pueden inscribirse en la lista de promotores o de liquidadores?

[§ 381] Las sociedades fiduciarias, que en su estructura administrativa cuenten con una unidad de negocio especializada, con capacidad tecnológica y humana para prestar el servicio y un sistema vigente de riesgo operativo para la respectiva línea de negocio, podrán ser inscritas como promotores o liquidadores.

(D. 962/2009, art. 5º lit. b), compilado por el DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.11.1.9, num. 2º modificado por el D. 1167/2023, art. 4º).

¿Quién ejecuta el encargo de administración del proceso concursal en nombre de la fiduciaria?

[§ 382] La persona natural designada por la fiduciaria para que en su nombre

ejecute el encargo. (D. 1167/2023, art. 4º que modificó el DUR 1074/2015, art. 2.2.2.11.1.9).

La persona designada por la fiduciaria deberá cumplir con los requisitos exigidos en el Decreto 1167 de 2023, artículo 4º y siguientes.

¿Cuál es la naturaleza de los cargos de promotor y liquidador y cómo debe ser su conducta?

[§ 383] Los promotores y liquidadores son auxiliares de la justicia y su oficio es público, ocasional e indelegable.

Estos cargos deben ser ejercidos por personas de conducta intachable, deben gozar de excelente reputación y ser idóneos para cumplir con su función, la cual deben desarrollar con imparcialidad e independencia.

(D. 962/2009, art. 1º, inc. 1º, compilado por el DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.11.1.1., inc. 1º y modificado por el D. 2130/2015, art. 1º, inc. 1º).

¿El promotor o liquidador puede delegar o subcontratar sus funciones o ser sustituidos?

[§ 384] El promotor o liquidador, no podrán delegar ni subcontratar sus funciones, ni podrán ser sustituidos en el cargo a menos que medie una orden del juez del concurso o del funcionario a cargo de la intervención, toda vez que, dichos cargos se designan en atención a la calidad de la persona. Sin embargo, el auxiliar de la justicia podrá contar con personal profesional o técnico de apoyo por cuyas acciones u omisiones responderá directamente el promotor o liquidador.

(D. 962/2009, art. 1º, inc. 2º, compilado por el D. 1074/2015, art. 2.2.2.11.1.1, inc. 2º, modificado por el D. 2130/2015, art. 1º, inc. 3º y modificado por el D. 991/2018, art. 2º).

¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del fiduciario en los negocios de administración de procesos concursales?

[§ 385] Los auxiliares de la justicia que integran la lista son profesionales y responden como tales de acuerdo con las normas generales de responsabilidad por sus actuaciones u omisiones y las de su personal de apoyo.

Las personas jurídicas serán responsables por su actuar, y solidariamente responsables por todas las acciones u omisiones de las personas naturales que hubiesen sido relacionadas en el proceso de inscripción de auxiliares de la justicia por parte de cada persona jurídica.

(DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.11.6.4, modificado y adicionado D. 65/2020, arts. 12 y 34, DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.11.1.10, modificado por el art. 5º del D. 1167/2023).

¿Cuál es el pronunciamiento doctrinal sobre la posibilidad de que las sociedades fiduciarias actúen como promotores en procesos de insolvencia según la Ley 1116 de 2006?

[§ 386] DOCTRINA.—**El artículo 8° del Decreto 65 de 2020, permite que las sociedades fiduciarias sean promotores o liquidadores del patrimonio autónomo afectos a actividades empresariales.** "(…) Es preciso recordar que en el Decreto 1074 publicado el 26 de mayo de 2015, no se encontraba el artículo 2.2.2.11.1.5. en el capítulo 11 sección 1 que regula la naturaleza de los cargos de promotor y el liquidador, pues el único artículo que hacía parte de la sección 1 era el 2.2.2.11.1.1.; mientras que el artículo 2.2.2.12.11. sí había sido incluido en dicho decreto. Posteriormente, el Decreto 2130 de noviembre de 2015, mediante el cual se modificaron y

adicionaron normas en materia de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades al Decreto 1074 de 2015, incluyó el artículo 2.2.2.11.1.5. en el cual se estableció lo siguiente: "ART. 2.2.2.11.1.5.—**Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales.** Los cargos de promotor y liquidador de patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia empresarial de que trata el artículo 2.2.2.12.11. Capítulo 12 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015, serán desempeñados únicamente por auxiliares de la justicia que sean personas naturales. Los auxiliares de la justicia mantendrán la naturaleza prevista en los artículos 2.2.2.11.1.1, 2.2.2.11.1.2 y 2.2.2.11.1.3 del presente decreto, aun en aquellos casos en que sean receptores de los derechos y obligaciones que legal o convencionalmente se desprenden del contrato de fiducia".

Se extrae que en la norma transcrita se estableció que el cargo de promotor o liquidador de patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales podía ser desempeñado únicamente por auxiliares de la justicia que fueran personas naturales, sin contemplar que tal cargo pudiera ser ejercido por una persona jurídica. En este orden de ideas, el referido artículo incluido por virtud del Decreto 2130 de noviembre de 2015 divergía con lo establecido en el artículo 2.2.2.12.11. del Decreto 1074 de 2015, puesto que este último señala que el cargo de auxiliar de la justicia debe ser desempeñado por una sociedad fiduciaria.

Posteriormente, el Decreto 65 del 20 de enero de 2020, mediante el cual se modificó parcialmente el Decreto 1074 de 2015, estableció lo siguiente: "(...) ART. 8°—Modifíquese el artículo 2.2.2.11.1.5 de la Sección 1 del Capítulo 11 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, que quedará así: "ART. 2.2.2.11.1.5.—**Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales.** Los cargos de promotor y liquidador de patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia empresarial de que trata el artículo 2.2.2.12.11 del Capítulo 12 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo 1074 de 2015, serán desempeñados por auxiliares de la justicia que sean personas naturales o jurídicas. Los auxiliares de la justicia mantendrán la naturaleza prevista en los artículos 2.2.2.11.1.1, 2.2.2.11.1.2 y 2.2.2.11.1.3 del presente decreto, aun en aquellos casos en que sean receptores de los derechos y obligaciones que legal o convencionalmente se desprenden del contrato de fiducia". Con la modificación trascrita, se abre la posibilidad para que personas jurídicas puedan ejercer el cargo de auxiliar de la justicia en patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que persiste la presunta contradicción entre el actual artículo 2.2.2.11.1.5. y el artículo 2.2.2.12.11., puesto que ni con la inclusión ni con la modificación del primero, se derogó expresamente el segundo artículo.

(...).

En consecuencia, en el presente caso la nueva norma que se incluyó en el Decreto 1074 de 2015 (art. 2.2.2.11.1.5) prevalece sobre la preexistente (art. 2.2.2.12.11). Con base en lo anterior se indica:

(...).

Lo anterior, en la medida de que como se señaló anteriormente, a partir de la vigencia del Decreto 65 del 20 de enero de 2020, no es obligatorio que los cargos de auxiliares de la justicia de los promotores y liquidadores para patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia, deban ser desempeñados por sociedades fiduciarias. Lo anterior, sin perjuicio del debido cumplimiento de los requisitos si la inscrita se trata de una sociedad fiduciaria, pues por su naturaleza, deberá cumplir con tales, independiente de su inscripción en la lista de auxiliares de la justicia de esta entidad". (Supersociedades. Conc. 220-271096, nov. 2/2023).

Fiducia inmobiliaria

Generalidades

¿Qué es la fiducia inmobiliaria?

[§ 387] Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como 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, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.2).

¿Qué trámite deben cumplir los contratos que suscriba el fiduciario con los inversionistas que se vinculen a proyectos inmobiliarios?

[§ 388] Si los contratos que suscriba el fiduciario con los interesados en adquirir inmuebles revisten las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tales y ser sometidos previamente a autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con el numeral 4º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo establecido en el subnumeral 3.3. del numeral 3 y el inciso 3 subnumeral 5.2. del numeral 5 del Capítulo primero, Título II de la de la Parte II, de la Circular Básica Jurídica.

De estos contratos, en cuanto sea necesario para dar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, deben hacer parte, a su vez, los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, razón por la cual se debe entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de fiducia respectivo. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.2).

¿Cuáles son los deberes del fiduciario en los negocios fiduciarios inmobiliarios?

[§ 389] Son deberes del fiduciario:

a) Divulgar de manera correcta al público sobre el alcance y efectos de su participación en los proyectos inmobiliarios;

b) Realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto, y

c) Contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.2, inc. 1º).

¿Qué debe hacer la sociedad fiduciaria, al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, al celebrar el negocio fiduciario inmobiliario?

[§ 390] La fiduciaria debe, al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, evaluar, valorar y verificar aspectos, tales como:

• Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.

• Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.

• Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.

• Que se encuentren dadas las condiciones técnicas, jurídicas y financieras para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.

• Que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra.

• Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

• Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

• Que se cuente, durante todas las etapas del proyecto inmobiliario según aplique, con pólizas de seguro que amparen, por los menos, los riesgos de daños a la obra y los riesgos en la construcción, los daños a la maquinaria de la obra, los daños a terceros y los riesgos de responsabilidad civil.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.2.1, del 5.2.1.1. a 5.2.1.8).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia mercantil inmobiliaria?

[§ 391] JURISPRUDENCIA.—***Existe una conjunción entre profesionalismo y confianza, ya que precisamente por la experiencia, conocimiento y capacidad operativa, financiera y técnica de la sociedad fiduciaria, es que se puede confiar en que cumplirá adecuadamente el encargo que se le encomienda, en beneficio del fideicomisario.*** *"(...) Sin embargo, el riesgo al que se exponen los futuros adquirentes resulta elevado, por cuenta del desembolso de un capital significativo a un constructor, no sujeto a supervisión estatal y quien puede fracasar en una empresa en extremo costosa.*

Allí hace aparición la fiducia inmobiliaria, instrumentada por contratos de fiduciaria mercantil o de encargo fiduciario, pues la intervención de este profesional del sistema financiero permite a los inversionistas depositar su confianza en el proyecto, basados en su independencia, profesionalismo y supervisión estatal, lo que garantiza que sus recursos serán destinados efectivamente a la construcción y con verdaderas probabilidades de éxito. Los negocios fiduciarios inmobiliarios sirven para "la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto" (numeral 8.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ).

(...).

En todo caso, frente al consumidor, la participación de la fiduciaria es un sello de confianza, con independencia del rol que cumpla dentro de las múltiples posibilidades enunciadas, pues su condición de "especialista en la gestión de negocios de esa índole y además autorizada, controlada y vigilada por el Estado, genera en todas aquellas personas que entran a formar parte del mismo, bien sea en calidad de propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, etc., al punto de convertirse, en gran medida, en el factor determinante al momento de definir la efectiva participación de éstos en el plan ofertado".

Bien se ha dicho que "los inversionistas que consideran vincularse a un proyecto inmobiliario, la presencia de la fiduciaria es de suma importancia, pues los lleva al convencimiento de

que el proyecto será adecuadamente administrado por una entidad profesional y altamente especializada".

(...).

Fruto de esta confianza se impuso a las fiduciarias el deber de "realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación", verificando aspectos tales como el aporte real y en legal forma de los terrenos, la ausencia de patologías en la tradición, la viabilidad del proyecto conforme al punto de equilibrio, la presencia de condiciones técnicas, financieras y jurídicas, la existencia de autorizaciones estatales, la suficiencia de las fuentes de financiación, y la contratación de pólizas de seguros por parte del constructor (num. 5.2.1. del Capítulo I... CBJ)". (CSJ., SC107-2023. Rad. 11001-31-99-003-2018-01590-01, mayo 18/2023. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

¿Cuál es régimen legal para la publicidad de los negocios de fiducia inmobiliaria?

[§ 392] El régimen legal es el siguiente:

a) En todos los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios, así como en la papelería que se utilice para tales efectos, debe informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, esto es, si se trata de la administración de tesorería del proyecto, la vigilancia de todas las etapas de la obra, la inversión de los recursos que ingresen al fideicomiso, y demás conceptos de este tipo de fideicomiso, de tal suerte que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros a los que se circunscribe la labor que adelanta la fiduciaria.

b) En los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se deben exponer al público carteles o afiches fácilmente visibles en donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto.

c) En las actividades de promoción debe informarse con suficiente claridad acerca de los derechos y obligaciones que le otorga al inversionista su vinculación al negocio fiduciario.

d) Las sociedades fiduciarias deben publicar en su página web:

i) Los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de fiducia inmobiliaria aprobados por la Superintendencia Financiera de Colombia, con la indicación del número de radicación y la fecha de aprobación, y

ii) La cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida la Superintendencia Financiera de Colombia.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.1, modificado por la Circ. Externa 7/2017).

¿Qué se considera como práctica insegura en los negocios de fiducia inmobiliaria?

[§ 393] Se estima práctica insegura la inobservancia del régimen legal para la publicidad de los negocios de fiducia inmobiliaria indicado en el ítem anterior, en los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios, así como en la papelería, carteles o afiches, o cualquier otro medio que se utilice para tales efectos, y en la difusión de los programas publicitarios.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít, III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.1 modificado por la Circ. Externa 7/2017).

Modalidades de la fiducia inmobiliaria

¿Cuáles son las modalidades de la fiducia inmobiliaria?

[§ 394] La fiducia inmobiliaria tiene las siguientes modalidades:

a) De administración y pagos. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnums. 8.2, 8.2.1.).

b) De tesorería. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnums. 8.2, 8.2.2.).

c) De preventas. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnums. 8.2, 8.2.3.).

Fiducia inmobiliaria de administración y pagos

¿En qué consiste la fiducia inmobiliaria de administración y pagos?

[§ 395] Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, 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.

En desarrollo de este negocio, la fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.2.1).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia inmobiliaria de administración y pagos y la integración del patrimonio autónomo?

[§ 396] JURISPRUDENCIA.—***El fideicomitente está obligado a transferir al patrimonio autónomo los bienes destinados al proyecto inmobiliario y la fiduciaria a verificar su tradición al mismo.*** *"(...)Se trata de una clase de los denominados negocios fiduciarios de administración (fiducia cum amico), por virtud del cual un constructor o promotor de un proyecto constructivo, actuando como fiduciante o fideicomitente, le transfiere la propiedad del inmueble en que se desarrollará dicho proyecto, a una sociedad fiduciaria, para que administre y realice las gestiones necesarias para su ejecución, y una vez concluida, le transmita las unidades inmobiliarias edificadas al mismo fiduciante o a quienes hubieren llegado a vincularse como beneficiarios".*

(...).

Si el Proyecto xx se concibió y promocionó como un complejo inmobiliario integrado por

cinco predios, para la construcción en cuatro etapas conformadas por comercio, torre de consultorios, torre de oficinas y una torre de Hotel, es incontrastable que, con independencia de la etapa en que se efectuara la vinculación, la motivación de los beneficiarios de área para adquirir locales comerciales en aquel estaba alentada por la expectativa de un significativo número de habitantes o visitantes de las distintas edificaciones que harían parte de él y que se convertirían en sus clientes potenciales; naturalmente, ese anhelo no era ajeno a la existencia de las zonas comunes o de circulación pensadas en el beneficio de sus futuros propietarios.

Por lo mismo, es fácil deducir que, si el proyecto fue diseñado para realizarse en cinco lotes de terreno, todos ellos eran necesarios para la completa conformación del fideicomiso. En tal virtud, el tribunal erró en forma manifiesta al concluir que la falta de adquisición de ese bien era insustancial y que esa omisión no rompía la "ecuación sinalagmática", pues en este proceso no se acreditó ninguna circunstancia objetiva o razonable de la que pueda inferirse que para los demandantes era indiferente o irrelevante la completa integración del predio previsto para la construcción del proyecto; tampoco se acreditó que del diseño o comercialización del complejo constructivo, se dedujera sin lugar a equívocos que podía prescindirse de esa área sin menoscabo de su completa ejecución, siendo claro que esa omisión sí repercutía en los derechos de los futuros adquirentes conforme a las expectativas creadas y a las estipulaciones contractuales pactadas.

Emerge de lo expuesto, que el Fideicomitente desatendió sus obligaciones contractuales por no haber constituido el patrimonio autónomo de la magnitud señalada en los distintos negocios fiduciarios, y porque dentro del plazo máximo establecido para entregar y escriturar las unidades individuales… contratos de promesa de transferencia del derecho de dominio ni siquiera concluyó la construcción de la etapa uno, y mucho menos constituyó el reglamento de propiedad horizontal como condiciones necesarias para ordenar a Fiduciaria XX que procediera con los trámites de escrituración.

Igual incumplimiento puede predicarse respecto de la sociedad fiduciaria en lo que atañe a los contratos de encargo fiduciario. En efecto, si al tenor del numeral 1° del artículo 1226 del Código de Comercio, una de sus obligaciones indelegables y quizás la más importante porque, en esencia, comprende todas las demás, atañe a "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia", ésta tenía el deber de verificar no solo la existencia material y jurídica de los bienes que harían parte del fideicomiso, sino también su ingreso real y definitivo al patrimonio autónomo cuya administración se le confió." (CSJ., SC 5430-2021. Rad. 05001 31 03 010-2014 01068 01, dic. 7/2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

[§ 397] LAUDO ARBITRAL.—**La fiduciaria no se compromete a adquirir recursos para el desarrollo del proyecto ni adelantar la construcción, simplemente a administrarla dentro del marco contractual y los deberes que la ley le impone.** "(...) Sin embargo, es menester anotar que la fiduciaria no se compromete ella misma a adelantar la construcción sino simplemente a administrarla, es decir a servir de simple centro de imputación de los derechos y obligaciones que resultan de ellos, siempre cumpliendo las instrucciones de un comité fiduciario en el que participa —las más de las veces— con voz y sin voto.

Como titular de derecho de dominio que es sobre el inmueble, es quien constituye los gravámenes que se necesiten para lograr créditos y, cuando la fiducia es de garantía, expide los certificados correspondientes que avalan aquellos.

De la misma manera, es la fiduciaria quien, finalmente, firma las escrituras a los compradores del edificio.

(...).

La fiducia se pactó bajo la modalidad de "inmobiliaria"… y su objeto, de acuerdo con la cláusula tercera, consistía en que, a través del gerente delegado, el constructor o las personas en quienes se delegare, siempre por instrucciones de los fideicomitentes, se llevara a cabo la realización, el manejo técnico y financiero, comercial y legal de un proyecto de construcción en el lote de terreno cuya propiedad se transfirió a la fiduciaria.

Esta última se obligó a su vez a adelantar el proyecto de construcción del edificio, a través de la firma constructora que le indicara el comité fiduciario, a asumir el manejo financiero del proyecto y a rendir cuentas de su gestión. La firma constructora sería designada por los constituyentes.

Ahora bien, cumplir con el objeto de la construcción no supone que la entidad fiduciaria asuma, por su profesionalismo, la obligación de conseguir los recursos para que lleve a cabo la

obra. Estas actividades deben ser atendidas por el fideicomitente si expresamente no se pacta que sea a cargo del fiduciario o del beneficiario.

(...).

Como ocurre con frecuencia, cuando se adelanta un proyecto de construcción inmobiliario no se cuenta con todos los recursos económicos para su ejecución. Esto hace que se requiera del concurso de entidades financieras para lograr los dineros necesarios para una plena realización; y cuando así acontece, todo el trámite y actuación que se adelanta ante la entidad crediticia, como es obvio, queda sujeto a las exigencias y decisiones de esta. Esto es, no depende de los solicitantes; es el resultado, en tiempo y en dinero, de la postura del financiador.

Para la convocante la delegación que hiciera la fiduciaria, en especial para la construcción del edificio, también se convierte en un factor de incumplimiento. Pero lo que se evidencia en este proceso arbitral es que tanto fideicomitente como fiduciaria convinieron que la sociedad XX, a la sazón uno de los cuatro constituyentes se encargara de la construcción como gerente. Y si eso es así no puede aceptarse que la fiduciaria transgredió el contrato de fiducia por ese hecho, además, dentro de las herramientas que cuenta una fiducia inmobiliaria está precisamente la de permitir que un tercero profesional en la materia se haga cargo de la construcción. Con mayor razón si se conviene, de común acuerdo entre fideicomitente y fiduciario la persona que ha de cumplir ese cometido y más todavía si recae en uno de los fideicomitentes. (...). (Laudo arbitral, Centro de Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 398] JURISPRUDENCIA.—***La propiedad de los bienes que constituyen el patrimonio es formal, está afecta al cumplimiento la finalidad del negocio fiduciario y en consecuencia no existe vínculo fáctico ni jurídico entre la actividad de la fiduciaria y la obra desarrollada en el inmueble.*** *"No obstante, la calidad de propietaria endilgada a la fiduciaria, para de ahí derivar la responsabilidad denunciada, no resulta suficiente, en cuanto que esa propiedad no es suya en estricto derecho y de manera plena; no hace parte de su propio patrimonio; la titularidad que exhibe lo es en función del objetivo pretendido en el contrato de fiducia, lo que indica que ante una eventual obligación o responsabilidad, sin importar su naturaleza, proveniente de las mejoras plantadas en ese fundo, deben sopesarse a cargo de la fiduciaria, ciertamente, pero como vocera de la masa de bienes formada, más no como si fueran compromisos propios; en esa dirección, la reclamación canalizada en este proceso, debió ser encauzada bajo esa condición, propósito no logrado, pues tal cual quedó reseñado, la vinculación de la fiduciaria tuvo lugar en procura de fijar su particular responsabilidad.*

Siendo así las cosas, la sociedad demandada no podía serlo a partir de su propia conducta, en cuanto que la calidad de propietaria del predio, iterase, la ostenta, ciertamente, pero no porque el bien haga parte de su dominio de manera plena, sino formal, como profesional en asuntos de fiducia, encargada de cumplir un objetivo especial, para lo cual recibió el inmueble. Por consiguiente, resulta incuestionable que la única forma en que podía habérsele vinculado, por resultar afectado uno o varios de los elementos transferidos bajo esa modalidad, debió ser, entonces, bajo la condición de vocera del mismo, para luego de ello si entrar a definir el fondo del litigio atinente a si existía o no responsabilidad por los daños causados a los demandantes por los titulares de esa propiedad.

Así las cosas, no existe vínculo fáctico ni jurídico entre la actividad de la fiduciaria y la obra desarrollada en el inmueble (...), no otra percepción puede inferirse que, en sentir del Tribunal, las obligaciones del patrimonio autónomo son diferentes a las que asume la fiduciaria en nombre propio.

En conclusión, debido a los daños generados a los bienes de la parte actora, la fiduciaria bien podía ser convocada a proceso. Sin embargo, ese llamado, indiscutidamente, debió ser, (...), en su calidad de vocera del patrimonio autónomo constituido si el deterioro señalado por los demandantes provino de los bienes que constituyen el fideicomiso o de la gestión de la fiduciaria como gestora del objetivo señalado". (CSJ, Sent. SC-5438, ago. 26/2014. M.P. Margarita Cabello Blanco).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y la jurisprudencia sobre las etapas de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos?

[§ 399] DOCTRINA.—**Las etapas de la fiducia inmobiliaria son la preliminar, denominada preventas, de desarrollo llamada de administración y pagos, la cual incluye el manejo de**

tesorería del proyecto y la etapa de liquidación. "(…) Hemos dicho que en este esquema pueden reconocerse tres etapas: la preliminar, la de desarrollo y la liquidación.

(…).

Etapa preliminar

Correspondería, en lo esencial, a la que la Circular Básica Jurídica denomina actualmente de "preventas", según la cual la fiduciaria tendría como obligación principal… efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto.

Está enderezada a tener certeza sobre los requisitos mínimos que, en los distintos campos, jurídico financiero, técnico y comercial deben haberse cumplido antes de iniciar la obra… Pero, sin duda alguna la función más importante de esta etapa consiste en obtener el punto de equilibrio, que nosotros hemos llamado "comercial" para, enfatizar que no se trata de un mero punto de equilibrio financiero que se obtendría con el aseguramiento de las líneas de crédito bancarias que requiera la construcción.

(…).

Etapa de desarrollo

Correspondería a lo que denomina la Circular Básica Jurídica como fideicomiso "de administración y pagos" en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a una sociedad fiduciaria, sin perjuicio o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, 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. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades del proyecto.

Durante esta se lleva a cabo el proyecto inmobiliario, esto es la construcción del inmueble, a partir de la transferencia del lote de terreno.

(…).

En nuestro enfoque el manejo integral del proyecto a través de la estructura más compleja, implica por definición, el manejo de los recursos del proyecto, encargo que la Circular Básica Jurídica ha independizado bajo la noción de fiducia inmobiliaria "de tesorería" que tendría "…como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario".

(…).

Etapa de liquidación

(…).

En ella se produce de ordinario la liquidación de todos los contratos celebrados con terceros, incluida la liquidación de los créditos contraídos con el sector financiero. (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, Negocios Fiduciarios su Significación en América Latina, segunda edición. Legis Editores. 2017 págs. 474 a 477).

[§ 400] JURISPRUDENCIA.—***En la fiducia inmobiliaria se distinguen tres etapas: la preliminar o de preventas, la de desarrollo o de administración y pagos y la de liquidación.*** *"(…)tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circ. Externa 7/1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, han establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse (i) la etapa preliminar o de "preventas", (ii) la etapa de desarrollo, y (iii) la etapa de liquidación.*

En la etapa de "preventas", tal y como lo señalaba dicha Circular, la fiduciaria tiene la obligación de "(…) efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario". A su turno, dichas condiciones para el traslado de los recursos al proyecto se encuentran determinadas en el llamado punto de equilibrio, que según palabras del citado doctrinante, reúne entre otras, "(…) las condiciones para garantizar que existen un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales

del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las unidades esperadas".

En esta etapa y de cara al análisis de la responsabilidad del fiduciario, señalaba la Circular Básica, que "(...) la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)" y "Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores".

En cuanto a la etapa de desarrollo, definida por la Circular Básica, al identificarla bajo la modalidad de administración y pagos como "(...) el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, 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. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario". Frente a ésta, el instructivo de esta Agencia Estatal, Circular Externa 007 de 1996, que indicaba que la sociedad fiduciaria previo a comprometer su responsabilidad y dentro del análisis de control interno dispuesto por la Entidad debía establecer, entre otras obligaciones, "Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones" (...) y "Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto", la cual en efecto era aplicable al caso en atención ya que tenía vigencia para cuando se celebró el contrato de fiducia en el año 2013, como quiera que la Circular Externa 029 entró en vigencia a partir del 3 de octubre de 2014". (Superfinanciera. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Rad. 2018072845-158-000, ene. 28/2021).

¿Quiénes participan en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos?

[§ 401] Participan en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos:

1. La fiduciaria quién conserva la titularidad de los bienes transferidos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, administra los recursos entregados por el fideicomitente y los vinculados al proyecto, efectúa los pagos de acuerdo a las instrucciones contenidas en el contrato y transfiere las unidades resultantes.

2. El fideicomitente es aquella persona natural o jurídica que transfiere el bien inmueble o los bienes o recursos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, así como los estudios y permisos necesarios para el desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.2.1).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre los vinculados a proyectos inmobiliarios?

[§ 402] DOCTRINA.—**Los partícipes en un proyecto inmobiliario se denominarán de acuerdo con lo establecido en el contrato respectivo. Lo más frecuente es que se les denomine "beneficiarios".** En la estructuración de este tipo de negocios fiduciarios las partes interesadas, que en esencia son el fideicomitente y la fiduciaria, diseñan no solamente las obligaciones y derechos que regirán su relación contractual sino la de aquellos que se vincularán al mismo. Lo más frecuente es que a los interesados se les denomine "beneficiarios" en atención a que estos, junto con el fideicomitente, serán los que recibirán los beneficios que produzca el respectivo negocio fiduciario, a cambio de los aportes efectuados.

De igual manera, en el respectivo acto constitutivo usualmente se establece el derecho de contenido económico que recibirá cada inver-

sionista a prorrata de los aportes que efectúa al fideicomiso. En algunos negocios se suelen llamar a estos "derechos fiduciarios" o "unidades" y en el mismo acto constitutivo se suele indicar la forma de disposición (v. gr. mediante cesión) y el procedimiento que se llevará a cabo para liquidar la inversión realizada en el proyecto en caso de que el inversionista así lo desee.

Por lo expuesto, es necesario que se evalúe el respectivo contrato, pues en él debe aparecer claramente definida la estructura de participación en el fideicomiso, lo que permitirá aclarar sus inquietudes". (Superfinanciera, Conc. 23725, mayo 21/2010).

¿Ante qué entidades se deben presentar y radicar los documentos para anunciar y/o desarrollar la actividad de enajenación de inmuebles?

[§ 403] Ante el Distrito Especial de Bogotá y todos los municipios del país beneficiarios de la cesión del impuesto al valor agregado de que trata la Ley 12 de 1986.

(D. 78/1987, art. 1º; D. 405/1994, art. 1º; L. 962/2005, art. 71. Modificado. D.L. 19/2012, art. 185).

¿Quién puede ser el titular de la licencia de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción?

[§ 404] Los fideicomisos, si así lo certifica la sociedad fiduciaria, y los fideicomitentes de los mismos.

(D. 1469/2010, art. 19 compilado art. 2.2.6.1.2.1.5, DUR. 1077/2015 del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio modificado por el art. 14 del D.1783/2021).

¿Quién debe presentar y radicar los documentos necesarios para obtener la licencia de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción?

[§ 405] El Fideicomitente del patrimonio autónomo sobre cuyos bienes se va a desarrollar el proyecto, aun cuando también podrá hacerlo el propietario del derecho de dominio a título de fiducia, esto es, la fiduciaria, más no el patrimonio autónomo.

(D. 1469/2010, art. 15).

Fiducia inmobiliaria de tesorería

¿Qué es la fiducia inmobiliaria de tesorería?

[§ 406] Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.2.2).

Fiducia inmobiliaria de preventas

¿Qué conlleva la fiducia inmobiliaria de preventas?

[§ 407] Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

¿Qué aspectos debe informar y revelar el fiduciario en la fiducia inmobiliaria de preventas?

[§ 408] El fiduciario debe informar y revelar con suficiente claridad los siguientes aspectos:

- Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.1).

- Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.2).

- Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.3).

- Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.4).

- La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.5).

- Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria, como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por esta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de un fondo de inversión colectiva o a través de cualquier otro mecanismo. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.6).

- La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.7).

Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.4.7.2, 3.4.7.2.8).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la fiducia inmobiliaria de administración de preventas?

[§ 409] JURISPRUDENCIA.—***Es deber de la sociedad fiduciaria, en la etapa de preventas, verificar el cumplimiento del punto de equilibrio para la transferencia de los recursos al constructor.*** *"(…) 2.* ***En relación con el incumplimiento en la verificación de las condiciones de punto de equilibrio.*** *Siguiendo con la verificación del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que recaían en cabeza de la parte aquí demandada de cara a los recursos entregados por la parte demandante y que debían trasladarse al promotor una vez concretado el punto de equilibrio, se encontró que la Fiduciaria incumplió con tal mandato.*

(…).

Dichas situaciones, conductas u omisiones de verificación en cabeza de la fiduciaria, afectaron gravemente en la viabilidad o factibilidad del negocio fiduciario, máxime que la liquidez del proyecto es claramente una condición técnica específica que debió ser evaluada tanto en la estructuración del mismo como en cualquier modificación al contrato incumpliéndose con obligación instruida conforme lo señalado en la precita Circular Básica Jurídica, la cual además cuenta con herramientas en su contenido obligacional de la fiduciaria para que llegue a buen fin, carga que fue desatendida sin mayor justificación(…). Por lo que queda así, acreditado el hecho de que la fiduciaria no cumplió con su obligación de verificar el cumplimiento de las condiciones de punto de equilibrio o de transferencia, que debían certificarse por el promotor fideicomitente…". (Superfinanciera. Fallo. Rad. 2018120037-130-000. Trámite 506. funciones jurisdiccionales Exp. 2018-2046).

[§ 410] JURISPRUDENCIA.—***Es deber de la sociedad fiduciaria, en la etapa de preventas, verificar que todas las condiciones acordadas se hayan cumplido en la fecha señalada en el contrato para efectuar la transferencia de los recursos al constructor.*** *"(…) Para el colegiado, al no corroborar con estrictez si estaban dados los requisitos para la transferencia de recursos, la fiduciaria procedió a su desembolso cuando al menos dos de ellos no se cumplían, lo que llevó a que en virtud del acta de verificación firmada el (…) se entregaran unos dineros, que, contrario al mandato recibido, fueron utilizados para pagar (…) por el lote en el cual se iba a construir (…), siendo que esa compra debía haberse hecho antes de la transferencia y con recursos diferentes a los de los inversionistas.*

(…).

De hecho, el cumplimiento de requisitos en fechas posteriores respalda en forma incontestable la tesis del juzgador (…) esto es, que para el (…) no se cumplía con las condiciones de transferencia de los recursos y, por lo tanto, la conducta de la fiduciaria fue abiertamente contraria a las instrucciones contractualmente pactadas.

(…).

En ese sentido, no existe ningún error en la contemplación objetiva de los medios de prueba, pues su contenido material muestra cómo para la fecha en que la fiduciaria dijo haber verificado el íntegro cumplimiento de las condiciones de transferencia de los recursos (…), la verdad es que dos de ellos no estaban cumplidos.

(…).

Pese a lo anterior, debe relievarse que el Tribunal no omitió el nexo causal en su razonamiento, pues señaló con claridad que el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, específicamente la falta de devolución de los recursos ante la no verificación de las condiciones de transferencia pactadas y la falta de separación de los recursos —irregularmente destinados a actividades no autorizadas—, impactó de forma directa a la actora (...). Para el colegiado, tales conductas resultaban idóneas y suficientes para materializar el menoscabo, refulgiendo así la referencia al nexo causal en su análisis y decisión". (CSJ., Sent. SC098-2023. Rad. 11001-31-99-003-2019-02728-01, mayo 16/2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

¿Qué requisito previo se requiere para adelantar obras de construcción de edificaciones o desarrollos urbanísticos?

[§ 411] Se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, la cual confiere el derecho de

desarrollo y construcción en los términos contenidos en el acto administrativo respectivo. (L. 388/1997, art. 99, nums. 1 y 7 Modificado. art. 182, D.L. 19/2012, Modificado L. 1796/2016, art. 35).

¿Cuáles son los requisitos para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda se trate o no de un sistema de preventas a través de encargo fiduciario?

[§ 412] Para adelantar las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda se requiere radicar únicamente los documentos determinados en el artículo 185 del Decreto 19 de 2012 que modificó el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles. Cuando se trate del sistema de preventas no se exige la licencia urbanística.

(L. 962/2005, art. 71. Modificado. D.L. 19/2012, art. 185).

¿Cuál requisito se debe cumplir para el anuncio, promoción y desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda en el Distrito Capital de Bogotá?

[§ 413] Para el anuncio, promoción y desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda a que se refiere el artículo 2° de la Ley 66 de 1968, modificado por el artículo 2º del Decreto-Ley 2610 de 1979 se deberán radicar, quince (15) días hábiles antes al inicio de dichas actividades, ante la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda del Distrito Capital de Bogotá, los documentos indicados en el artículo 12 de la Resolución 927 de 2021 de la Secretaría del Hábitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá, conforme con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, modificado por el artículo 185 del Decreto 019 de 2012, y el Decreto Reglamentario 2180 de 2006, compilado en el DUR. 1077 de 2015, artículo 2.2.5.3.1., Modificado por el Decreto 1783 de 2021, artículo 3º.

Proyectos y programas de vivienda de interés social

¿Qué entidades pueden participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de interés social?

[§ 414] Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas pueden participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial (L. 388/1997, art. 36, inc. 1º y final, modificado por el inc. 1º y final del art. 28 de la L. 2079/2021).

La autorización de celebrar contratos de fiducia mercantil, está limitada a dos

fines: a la ejecución de proyectos de urbanización, a partir de la parcelación de uno o más predios, y la realización de programas de vivienda de interés social. (L. 388/1997, art. 36, inc. final, modificado por el inc. final del art. 28 de la L. 2079/2021).

¿Qué se entiende por proyecto de vivienda de interés prioritario?

[§ 415] Es aquella vivienda de interés social cuyo valor máximo es el que se establezca en las normas que regulan la materia para este tipo de viviendas. (D. 2190/2009, art. 2º, subnum.2.2. compilado por el Decreto Reglamentario del Sector de Vivienda, Ciudad y Territorio. DUR. 1077/2015, art. 2.1.1.1.1.1.2, subnum. 2.2.).

El valor máximo es de hasta de noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes (90 smlmv). (L. 2294/2023, art. 293).

¿Cómo se desarrolla la distribución y ejecución de los recursos del presupuesto nacional asignados al Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) en los programas de vivienda de interés prioritario?

[§ 416] Se desarrolla mediante la constitución de patrimonios autónomos, por parte de Fonvivienda, Findeter, las entidades públicas de carácter territorial o la entidad que determine el Gobierno Nacional, a los cuales podrán transferirse directamente los recursos.

La transferencia de los recursos es un mecanismo de ejecución del Presupuesto General de la Nación.

(L. 1537/2012, art. 6º, incs. 1º y 3º, Ley reglamentada por el D. 2045/2012, en concordancia L. 1469/2011, art. 23 compilado por el DUR. 1077/2015).

¿Qué normativa se le aplica a la selección del fiduciario y a la celebración de los contratos?

[§ 417] La selección del fiduciario y la celebración de los contratos de fiducia mercantil para la constitución de dichos patrimonios, se rige exclusivamente por las normas de derecho privado.

(L. 1537/2012, art. 6º, incs. 2º y 3º, ley reglamentada por el D. 2045/2012).

¿Pueden los patrimonios autónomos constituidos convocar y seleccionar los constructores para desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de vivienda interés prioritario?

[§ 418] Sí. Tales procesos se rigen por el derecho privado.

Las condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas para el desarrollo de los proyectos, así como las actividades de seguimiento y control de los mismos, serán definidas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

(L. 1537/2012, art. 6º, inc. 5º, ley reglamentada por la D. 2045/2012).

¿Qué costos pueden asumirse con los recursos administrados por los patrimonios autónomos?

[§ 419] Los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de los proyectos inmobiliarios.

Igualmente, con los recursos administrados, los patrimonios autónomos podrán asumir el pago de los impuestos que recaigan sobre los inmuebles,

hasta el momento de su entrega a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda, y los impuestos que se generen por la transferencia de los inmuebles a los patrimonios autónomos y de estos a los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda.

(L. 1537/2012, art. 6º, inc. 6º, ley reglamentada por la D. 2045/2012).

¿Pueden los subsidios asignados a los beneficiarios ingresar a los patrimonios autónomos constituidos?

[§ 420] Los beneficiarios de los subsidios asignados por el Gobierno Nacional y aquellos que asignen los entes territoriales podrán autorizar su desembolso a cualquier patrimonio autónomo que se constituya por parte de Fonvivienda, Findeter, la entidad territorial respectiva o la entidad que determine el Gobierno Nacional, con el fin de promover y/o desarrollar proyectos para proveer soluciones de vivienda de interés prioritaria, sin que tal desembolso les otorgue la calidad de fideicomitentes. En todo caso, para el desembolso el beneficiario deberá contar con autorización previa de la entidad otorgante.

(L. 1537/2012, art. 8º, Ley reglamentada por el D. 2045/2012).

¿Qué requisito debe cumplir el beneficiario para la transferencia de los subsidios familiares de vivienda en especie?

[§ 421] Para la transferencia de los subsidios familiares de vivienda en especie asignados en desarrollo del programa de vivienda gratuita, el beneficiario debe otorgar poder a la sociedad fiduciaria vocera de los patrimonios autónomos constituidos, con el fin de que adelante los siguientes actos:

i) Adquiera para el mandante la vivienda de interés prioritario que le ha sido asignada; y

ii) Constituya sobre el inmueble que reciba a título del subsidio familiar de vivienda el patrimonio de familia inembargable, de acuerdo con lo establecidos en el artículo 9º de la Ley 1537 de 2012.

(D. 847/2013, art. 4º, subnum 4.1., 4.1.1, modificado por el art. 1º D. 2481/2014 compilado en el DUR. 1077/2015, L. 1537/2012, art. 9º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la DIAN sobre el tratamiento tributario que la ley concede a la enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario cuando se aporten a patrimonios autónomos?

[§ 422] DOCTRINA.—**Está exenta de renta, la utilidad en la primera enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario cuando los lotes sean aportados a un patrimonio autónomo.** "(...) El numeral 4° del artículo 235-2 del Estatuto Tributario consagra las siguientes rentas exentas asociadas a la vivienda de interés social y/o de interés prioritario: "ART. 235-2.—**Rentas exentas a partir del año gravable 2019.** Sin perjuicio de las rentas exentas de las personas naturales de los artículos 126-1, 126-4, 206 y 206-1 del Estatuto Tributario y de las reconocidas en los convenios internacionales ratificados por Colombia, las únicas excepciones legales de que trata el artículo 26 del Estatuto Tributario son las siguientes: (...) 4. Las siguientes rentas asociadas a la vivienda de interés social y la vivienda de interés prioritario: (...) b. La utilidad en la primera enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario; (...). Para gozar de las exenciones de que tratan los literales a) y b) de este numeral, se requiere que: i) La licencia de construcción que establezca que el proyecto a ser desarrollado sea de vivienda de interés social y/o de interés prioritario. ii) Los predios sean aportados

a un patrimonio autónomo con objeto exclusivo de desarrollo del proyecto de vivienda de interés social y/o de interés prioritario; iii) La totalidad del desarrollo del proyecto de vivienda de interés social y/o de interés prioritario se efectúe a través del patrimonio autónomo, y iv) El plazo de la fiducia mercantil a través del cual se desarrolla el proyecto, no exceda de diez (10) años. El Gobierno Nacional reglamentará la materia (…)".

(…).

En el mismo sentido, los considerandos del Decreto 1066 de 2020 establecen que: "Que se hace necesario precisar el alcance de la expresión "patrimonio autónomo con objeto exclusivo de desarrollo del proyecto de vivienda de interés social y/o de interés prioritario", a que hace referencia la norma al establecer los requisitos exigidos para la procedencia de las rentas exentas de que tratan los literales a) y b) del numeral 4 del artículo 235-2 del Estatuto Tributario, considerando que dicha expresión se refiere a la actividad o actividades que ejercerá el patrimonio autónomo, y no al proyecto en sí mismo (…).

(…).

En este orden de ideas, y para el caso del literal b) del artículo 235-2 del Estatuto Tributario, se deberá diferenciar (i) el monto que corresponde a la primera enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario objeto de la exención, y (ii) el valor correspondiente a otro tipo de rentas que no se encuentran cubiertas por la exención, atendiendo a las consideraciones señaladas previamente (DIAN. Conc. 100208221-1325 y Rad. 906256, oct. 21/2023).

Fiducia en garantía

¿Qué es la fiducia en garantía?

[§ 423] Es el negocio fiduciario que se constituye con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, con los bienes o recursos que se transfieren o entregan a la fiduciaria.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.4, inc. 1º).

¿Cuáles son las modalidades de la fiducia en garantía?

[§ 424] Las siguientes son las modalidades de la fiducia en garantía:

a) Fiducia en garantía propiamente dicha.

b) Fiducia en garantía y fuente de pagos.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnums. 8.4.1 y 8.4.2).

Modalidades

Fiducia en garantía

Generalidades

¿En qué consiste la fiducia en garantía propiamente dicha?

[§ 425] 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 fideicomitidos para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de las obligaciones garantizadas (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8, subnum. 8.4. y 8.4.1).

¿Cuáles son las características de la fiducia en garantía propiamente dicha, instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil?

[§ 426] La fiducia en garantía propiamente dicha, instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil, se caracteriza por la transferencia irrevocable de bienes que efectúa el fideicomitente a la fiduciaria. (C.Co. art. 1226, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8, subnum. 8.4. y 8.4.1.).

En consecuencia, los bienes transferidos dejan de ser propiedad del fideicomitente y salen de su patrimonio para conformar un patrimonio autónomo afecto, únicamente, a las obligaciones garantizadas por el contrato de fiducia. (C.Co., arts. 1227, 1233 y 1234, num. 2., Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8, subnum. 8.4. y 8.4.1.).

En virtud de lo anterior, los bienes transferidos no constituyen prenda general de los acreedores presentes ni futuros del fideicomitente, por lo que, en el evento del incumplimiento del deudor-fideicomitente de las obligaciones garantizadas con el contrato de fiducia, la garantía se hará efectiva sin tener en cuenta a sus otros acreedores. (C.Co., arts. 1227, 1233 y 1234, num. 2.).

El fiduciario, como vocero del patrimonio autónomo tiene plena capacidad para enajenarlos a terceros o entregarlos a título de dación en pago a los acreedores garantizados de conformidad con lo previsto en el contrato para la realización de los bienes fideicomitidos. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8, subnum. 8.4. y 8.4.1.).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la fiducia en garantía propiamente dicha, instrumentalizada a través de contratos de fiducia mercantil?

[§ 427] JURISPRUDENCIA.—***De la fiducia de garantía y sus características.***"*(...) la fiducia en garantía es el resultado de la confluencia*

de voluntades, por la cual un fideicomitente le transfiera a una fiduciaria (sociedad legalmente habilitada para el efecto), uno o más bienes que respaldarán una o varias obligaciones, presentes o futuras, contraídas por aquél o por terceros, siendo rasgo distintivo, que los acreedores beneficiarios de la fiducia, pueden solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin que medie intervención judicial, la realización de los objetos materia del convenio, para el pago de sus créditos... Y, como secuela de esa naturaleza, también ha destacado esta Corporación, que "no es posible confundir o entremezclar la fiducia con la prenda o la hipoteca, ya que sólo estas últimas hacen surgir garantías reales, con los atributos que le son propios, como prelación y persecución".

De manera, entonces, que si bien la fiducia en garantía se erige como una típica caución (obligación que se contrae para seguridad de otra propia o ajena en términos del artículo 65 del Código Civil), no es posible predicar de ella, en principio, la aplicación de las reglas de la prenda o la hipoteca, y mucho menos que alguna de ellas se superponga a los acuerdos logrados por las partes en el contrato de fiducia mercantil, que es un campo gobernado por la autonomía de la voluntad privada, y cuyos vacíos son llenados por "las disposiciones de la ley comercial, y los asuntos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas", según lo previene el artículo 1° del Código de Comercio.

(...).

Además, conviene destacar que el carácter flexible o moldeable que acompaña al contrato de fiducia mercantil en garantía, al permitirse con este, cual se reseñó anteriormente, respaldar con un mismo bien diferentes acreedores y también varias deudas (presentes o futuras).

(...).

Un último asunto resta por mencionar, y es el que tiene que ver con los certificados de garantía fiduciaria: Estos documentos, que son expedidos por la sociedad fiduciaria, no son títulos-valores, atendiendo que la ley no los concibe como tales... Así las cosas, al no ser títulos-valores, los certificados de garantía son documentos que no gozan de autonomía y tampoco incorporan, per se, el derecho crediticio, con lo que los compromisos y derechos a los que se refieren, deben estar en concordancia con el negocio fiduciario. (CSJ., SC 4280-2020, Rad. 76001-31-03-008-2014-00222-01, nov. 17/2020. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

[§ 428] DOCTRINA.—**En el contrato de fiducia se debe indicar: la obligación garantizada, los documentos que la soportan, el bien o bienes que la garantizan, la causa del incumplimiento y la forma como se ejecutarán los bienes.** "(...) El contrato de fiducia se utiliza como garantía, cuando el deudor o la persona interesada en realizar operaciones de crédito, en el que ocupará el papel de deudor, transfiere a una fiduciaria un bien mueble o inmueble con la finalidad de que, en caso de resultar impaga la obligación, proceda a su venta, previo avalúo y para que con el producto de la misma, se paguen las obligaciones contraídas.

(...).

Por consiguiente, es de suma importancia la determinación de la obligación objeto de la garantía fiduciaria, si es presente o futura, si está sometida a alguna modalidad o plazo, el negocio que es su causa, si está incluida en un título valor o de crédito la cuantía, si devenga intereses, la conducta que se debe ejecutar (dar, hacer o no hacer) y cuándo se entiende incumplida la obligación. Es también relevante definir la obligación, pues su incumplimiento es el hecho que suspende la garantía, y si el deudor y el acreedor no comparten la identidad de la obligación garantizada, habría un error que viciaría la voluntad fundamental del negocio, y lo haría nulo.

De igual manera tiene que existir acuerdo respecto del bien fideicomitido y sobre el procedimiento que debe seguirse en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Señalarse si el bien será puesto en el comercio para pagar la deuda del fiduciante con el producido por su venta, o si serán los frutos producidos por el bien lo que satisfará la acreencia del beneficiario, o si simplemente el fiduciario puede hacer la tradición del bien entregándolo en pago al beneficiario. Esto se puede resumir en algo tan simple como que los intervinientes en el contrato de fiducia en garantía deben conocer en qué consiste la caución" (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Los Negocios fiduciarios y la Fiducia en Garantía. Editorial Temis. Edición 2018. págs. 1772 y 173).

¿En qué consiste la fiducia en garantía y fuente de pagos?

[§ 429] Consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos

producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8º, subnum. 8.4.2).

¿Sobre qué activos se puede constituir la fiducia en garantía?

[§ 430] La fiducia en garantía se puede constituir sobre cualquier tipo de bienes o flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8, subnums. 8.4.1. y 8.4.2.).

¿Sobre qué activos mobiliarios amplió la Ley 1676 de 2013 la constitución de la fiducia en garantía?

[§ 431] El artículo 6º de la Ley 1676 de 2013, llamada ley de garantías mobiliarias, amplió los bienes que pueden ser objeto de garantía mobiliaria con el propósito de incrementar el acceso al crédito:

1. Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria.

2. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.

3. Derecho al pago de depósitos de dinero.

4. Acciones, cuotas o partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta.

5. Derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto.

6. En general, todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico.

¿Aplica a la fiducia en garantía la Ley 1676 de 2013 mediante la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias?

[§ 432] Sí, en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. (L. 1676/2013, art. 3º, par.).

El registro dispuesto por dicha Ley, tiene para la fiducia con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006. (L. 1676/2013, art. 3º, par.).

¿Pueden los contratistas y oferentes utilizar la fiducia en garantía para asegurar el cumplimiento de contratos u ofertas suscritas con una entidad estatal?

[§ 433] Sí, un patrimonio autónomo creado a partir de la celebración de un contrato de fiducia mercantil puede garantizar una oferta efectuada por un contratista a una entidad estatal; así como, el cumplimiento de un contrato; para lo cual, el fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o a quien el patrimonio autónomo vaya a garantizar sus obligaciones y la Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario de dicho patrimonio. (D. 1082/2015. arts. 2.2.1.2.3.3.1, 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7).

El patrimonio autónomo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.2.3.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

¿Qué tipo de activos son admisibles para conformar un patrimonio autónomo que sirve de garantía a favor de una entidad estatal?

[§ 434] La Entidad Estatal solamente puede aceptar como garantía el patrimonio autónomo conformado con los siguientes bienes y derechos:

1. Valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva del mercado financiero, o la participación individual del contratista en fondos de inversión colectiva. La entidad estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores.

2. Inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a 2.000 SMMLV, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al 0.75% mensual del precio de realización según avalúo realizado por un experto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. La entidad estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el 70% del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos.

(D. 1082/2015, arts. 2.2.1.2.3.3.2, 2.2.1.2.3.3.1, 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7).

¿Cuáles son las ventajas de la fiducia en garantía propiamente dicha frente a las garantías tradicionales?

[§ 435] Las ventajas son, entre otras, las siguientes:

a) La trasferencia de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, conforme lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superfinanciera Parte II, título II, Cap. I, num. 8º, subnums. 8.4.1. y, los muebles de que trata el art. 6º de la L. 1676/2013.

b) Fortalece el universo de garantías que ofrece la ley de garantías mobiliarias, porque es un vehículo para una mejor forma de integrar la administración de las garantías y la actualización del registro.

c) Puede garantizarse simultáneamente varias obligaciones con diferentes acreedores lo que maximiza la capacidad de respaldo de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio del registro y oponibilidad de que trata el parágrafo del artículo 3º la Ley 1676 de 2013.

d) Cada acreedor garantizado participa de la fuente de pago a prorrata de sus acreencias garantizadas; de acuerdo con lo que contractualmente se haya estipulado (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num 8º, subnum. 8.4.1).

e) Las partes pueden pactar reglas de ejecución de la garantía, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitidos para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num 8º, subnum. 8.4.1).

f) El pago de la obligación se realiza de conformidad con las reglas acordadas en el contrato por el fideicomitente, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la Ley 1676 de 2013 en materia de registro y oponibilidad cuando fuere procedente, por lo que resulta, en la mayoría de los casos, más ágil y dinámico.

g) El bien o bienes que conforman el patrimonio autónomo y de los encargos

fiduciarios se protegen y defienden bajo una misma administración confiable y profesional, como lo es la que ejerce la fiduciaria. (C. Co., art. 1234, num. 4º).

h) El bien o bienes se realizan eficientemente y en condiciones de mercado, mediante avalúos realizados por expertos, ajustados a mercado, conforme lo dispuesto en el contrato. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I num. 8º, subnum. 8.4.1).

i) El deudor no incurre en nuevos costos de negociación de créditos, pues con una misma garantía puede adquirir y garantizar otros préstamos.

j) Se excluyen de la masa de la liquidación los bienes que, para obtener financiación, el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley (D. 1038/2009, art. 12. L. 1116/2006, art. 55 par. Compilado por el D. 1074/2015, art. 2.2.2.4.2.47).

Solamente se incorporan a la masa de liquidación, los remanentes luego de pagadas las obligaciones de los acreedores de la fiducia (D. 1038/2009, art. 13. L. 1116/2006, art. 55, par. Compilado por el D. 1074/2015, art. 2.2.2.4.2.47, par. inc. 2º).

¿Cómo es considerada la fiducia en garantía para efectos del cupo máximo individual de crédito?

[§ 436] El Decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.1.2.1.4, literal f) considera garantía o seguridad admisible, para efectos del cupo máximo individual de crédito de los establecimientos de crédito, los contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía, inclusive aquéllos que versen sobre rentas derivadas de contratos de concesión siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que la garantía o seguridad constituida tenga un valor, establecido con base en criterios técnicos y objetivos, que sea suficiente para cubrir el monto de la obligación, literal (a) del artículo 2.1.2.1.3 del Decreto 2555 de 2010, y

b) Que la garantía o seguridad ofrezca un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada al otorgar al acreedor una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación (literal (b) del artículo 2.1.2.1.3 del D. 2555/2010).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia respecto del deber de colaboración del beneficiario en el contrato de fiducia en garantía?

[§ 437] DOCTRINA.—**Razón fundamental del negocio jurídico.** "(…) Pero no se olvide que la razón fundamental del negocio es satisfacer una deuda, que al hacerlo y liberarse de su carga el deudor fideicomitente lo constituye y que, en ese orden de ideas, es un claro beneficiario, al mismo tiempo, del negocio de fiducia; todo lo cual debería explicar su inclinación a colaborar a la consecución de la finalidad.

(…).

Pero sin vacilar, donde la colaboración se impone con más vigor es en la relación entre beneficiario y el fiduciario. Son numerosos los supuestos en los cuales ella se requiere. En primer término respecto al estudio y valoración de la garantía donde se ha planteado un estéril debate en virtud del cual el acreedor —y pensamos particularmente en el banquero— entiende que de eso se ocupa el fiduciario, a su turno, arguye que siendo la evaluación del riesgo de responsabilidad del acreedor bancario, es él quien debe definir si los avalúos hechos son satisfactorios, pues conoce o debe conocer los bienes que le han sido ofrecidos en garantía; obligación de la

que no puede relevarse por la utilización de un mecanismo fiduciario. Pero ocurre que ambos tienen razón, pero ninguno de manera completa. Y que la manera en que institucionalmente podría darse esa colaboración diría con la definición sobre la forma en que debe realizarse el avalúo, de manera que el fiduciario velara porque los requisitos se cumplieran y el banco entonces pudiera opinar sobre la razonabilidad del mismo, en su función de acreedor... (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios Su Significación en América Latina. Segunda Edición. Editorial Legis. Edición 2017, págs. 493 y 494).

[§ 438] JURISPRUDENCIA.—***El fideicomitente y beneficiario deben cumplir con los deberes inherentes al cumplimiento de la finalidad de la garantía y los derivados del contrato de fiducia***. *"De allí que deba traerse a colación un pronunciamiento de la Sala, en el cual se dijo que:*

"Desde luego que, al momento de constituirse la fiducia, el fiduciario tiene el deber de cerciorarse de que los bienes que le son transferidos (transferencia formal), tengan la aptitud jurídica y económica para servir de garantía. Y es claro también, que, en el desarrollo del contrato, el fiduciario debe prestar especial atención para que exista la proporción adecuada entre el valor de los bienes fideicomitidos y la cuantía de las obligaciones que se pretenden garantizar a los beneficiarios, de suerte que, en ningún caso, se rompa esa ecuación. Pero a ello no le sigue que el candidato o potencial beneficiario pueda soslayar el deber que le corresponde de analizar y verificar la admisibilidad jurídica y económica de la garantía que se le ofrece, so capa de la intervención del fiduciario que es un tercero ajeno a la relación crediticia a la que accede la garantía, y que, por tanto, en puridad, no responde por la suficiencia de la misma"... (CSJ. SC 380-2018. Rad. 11001-31-03-003-2005-00368-01, feb. 22/2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

[§ 439] LAUDO ARBITRAL.—**El contrato de fiducia es un negocio de colaboración.** "(...)

3.1.7. **Contenido del deber de colaboración.**

El respeto al contrato y a sus finalidades tiene por objetivo asegurar que el contrato se lleve a cabo para que se cumplan sus objetivos.

Pero el cumplimiento contractual no es una cuestión estática, sino dinámica, que impone el deber de colaboración mutua, en la cual es imperioso tener en cuenta que la buena fe contractual concierne a todos, como lo prescribe el artículo 83 de la Constitución Política; consecuencia de ello es el deber de actuar en función de la finalidad y no de futuras controversias judiciales. En ese sentido es claro y expreso el artículo 1603 del Código Civil que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella".

(...).

No obstante, considera el tribunal que la responsabilidad, aun en este tipo de contratos de gestión, es compartida, según se expresó anteriormente. La exigencia no se puede predicar solamente de una de las partes. Es así como en todo contrato y, el presente no escapa a ello, se establecen derechos y obligaciones de todos y cada uno de los intervinientes. De no ser así se resquebrajaría el necesario equilibrio de los contratos, en lo que hace a cargas y derechos, solo que del profesional se espera una mayor dedicación, pero de ninguna manera puede convertirse su obligación, en carga excesiva que como tal resulte lesiva a sus propios derechos.

Aclarando la idea el tribunal encuentra que, como atrás se dijo, las partes están obligadas a poner los medios para lograr el fin buscado; y para lo cual cada una de ellas está en la obligación de prestar toda la colaboración en todas las etapas en que se desarrolle el contrato y que su responsabilidad nace de esa obligación general, pero, por decirlo así hay una división de trabajo ocasionada por la diferencia de obligaciones". (Laudo arbitral. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sep. 15/2005).

Gestiones previas a la celebración del contrato de fiducia en garantía propiamente dicha

¿Qué ha dicho la doctrina sobre las gestiones previas que debe realizar el fiduciario?

[§ 440] DOCTRINA.—**Aspectos que se deben tener en cuenta al celebrar el contrato de fiducia en garantía:** "(...) 4.7.1.1. Estudio de los intervinientes.... Es preciso considerar en primer término la persona del cliente peticionario pues, como lo hemos sostenido para los contratos bancarios, estos negocios son *in tuitu personae*.

(...).

4.7.1.2. Ponderación sobre la calidad de los bienes y análisis sobre las obligaciones de las partes. (...). Ha de evaluar razonablemente la naturaleza de los bienes y su capacidad económica para respaldar efectivamente una obligación, dentro de la necesaria colaboración que hemos demandado de quiénes en el contrato intervienen, admitiendo, desde luego, que le cabrá al acreedor un papel protagónico al definir si acepta o no la garantía implícita en los bienes que constituyan el patrimonio.

(...).

4.7.1.3. Inspección. Resulta recomendable realizar una inspección para verificar físicamente la existencia de un inmueble y las condiciones en que se encuentra, si bien es tarea de la cual debe quedar normal constancia en el trabajo del avaluador, por lo que en mucho dependerá del crédito que el mismo merezca (...). Y es que puede suceder, por ejemplo, que el inmueble esté ocupado irregularmente, circunstancia que va a alterar, desde un comienzo, la buena estructura del contrato y comprometer su eficacia.

4.7.1.4. Estudio de títulos. La transferencia de bienes sujetos a registro, tales como inmuebles, naves y aeronaves o vehículos automotores, como ocurre en Colombia imponen la verificación formal de la legitimidad de los títulos del aportante". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis Editores, págs. 513, 514 y 516).

¿Quién debe practicar el avalúo de los bienes a ser transferidos para la constitución del patrimonio autónomo de la fiducia en garantía?

[§ 441] Un avaluador inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores. (L. 1673/2013, art. 6º).

¿Qué debe prever el contrato de fiducia en garantía respecto de los avalúos?

[§ 442] Se debe prever claramente:

i) La periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos,

ii) La obligación del fideicomitente de aportarlos y/o de proveer recursos para sufragarlos,

iii) Las consecuencias e implicaciones que para las partes, deudores y acreedores acarrea el incumplimiento de dicha obligación, y

iv) El alcance de la responsabilidad de la fiduciaria en la contratación, designación del avaluador y contenido del avalúo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2, subnum. 2.3.10).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre la práctica de avalúos?

[§ 443] JURISPRUDENCIA.—***Es el acreedor a quién le corresponde verificar si la garantía respalda suficientemente su crédito.*** *"Es claro*

que por ser la fiducia en garantía una arquetípica caución, es el acreedor a quién le es ofrecida la persona a la que, por excelencia, le corresponde verificar si ella envuelve un respaldo suficiente para su derecho de crédito, sin que pueda afirmar categóricamente lo contrario por el sólo hecho de intervenir en ella un fiduciario, toda vez que este, en esa tipología específica de la fiducia mercantil no asume responsabilidad puntual por la eficacia de la garantía a menos, claro está, que hubiere recibido bienes fideicomitidos por un valor que, de bulto o por simple aplicación de las reglas de la experiencia, se ofrezca desproporcionado o inconsulto con las condiciones de aquello; o incurra en actos culposos en el cumplimiento de su gestión, que incida en la idoneidad de aquella(...). Pero es incontestable que al fiduciario no se pueda atribuir responsabilidad, por el simple hecho de que los bienes fideicomitidos no resulten suficientes para pagar a los beneficiarios, o porque su valor se marchite por circunstancias sobrevinientes que le sean ajenas; al fin y al cabo, son obligaciones de medio y no de resultado. Desde luego que, al momento de constituirse la fiducia, el fiduciario debe de cerciorarse de que los bienes que le son transferidos (transferencia normal), tengan la aptitud jurídica y económica de garantía. Y es claro también, que, en desarrollo del contrato, el fiduciario debe prestar especial atención para que exista la proporción adecuada entre el valor de los bienes fideicomitidos y la cuantía de las obligaciones que se pretendan garantizar a los beneficiarios, de suerte que, en ningún caso, se rompa esa ecuación. Pero si ello no le sigue que el candidato o potencial beneficiario pueda soslayar el deber que le corresponde de analizar y verificar la admisibilidad jurídica y económica de la garantía que se le ofrece, so capa de la intervención del fiduciario, que es un tercero a la relación crediticia a la que accede la garantía, y que, por tanto, en puridad, no responde por la suficiencia de la misma". (CSJ, Cas. Civil, Sent. mayo 18/2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

[§ 444] JURISPRUDENCIA.—***El deber profesional de analizar la naturaleza de los bienes y la razonabilidad de su valor.*** *"Para que se cumpliera tal finalidad era necesario entonces que la fiduciaria comprobara el valor del bien fideicomitido y su razonabilidad pues de él depende, en gran medida, la efectividad de los créditos garantizados, toda vez que el otorgamiento de los mismos estará en buena parte basado en la suficiencia del respaldo que ofrezca el patrimonio autónomo creado para responder en caso de que el obligado principal no lo haga.*

(...).

Así las cosas, la verificación del valor de los bienes fideicomitidos es una obligación principal tratándose de la fiduciaria, obligación que adquiere gran relevancia dado el carácter de profesional de la demandada a quién acorde con la doctrina más aceptada se le aplican las normas que disciplinan la responsabilidad de medio y principio consagrado en el artículo 1243 del Código de Comercio, según el cual el fiduciario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

Es por eso que el fiduciario debe analizar razonablemente la naturaleza de los bienes y su valor en orden a respaldar efectivamente una obligación. Por ello el fiduciario debe tener en cuenta un avalúo realizado por un profesional en la materia calificado como idóneo. Este es un aspecto muy importante porque la correcta valoración de los bienes depende en grado alto, que si se ejecuta la garantía los bienes permitan satisfacer las obligaciones garantizadas. De ahí la acuciosidad y diligencia que en este tema debe mostrar el fiduciario porque con sus manifestaciones, hechas en los certificados, respecto del valor de la garantía, crea un clima de confianza y credibilidad en el que pueda razonablemente apoyarse la comunidad comercial, en virtud, principalmente, del carácter profesional de las fiduciarias, de ser entidades del sector financiero, a las que el Estado les permite intervenir e gestiones de confianza y por encontrarse vigiladas por la Superintendencia Bancaria, como pregonan en su publicidad institucional.

En este orden de ideas, el experto avaluador debe ser un profesional en la materia preferiblemente escogido por el fiduciario con la diligencia y prudencia que su cargo le imponen pues ha de saberse que en el caso de las fiducias de garantía no resulta conveniente estarse a los avalúos presentados por el Constituyente porque dadas las finalidades de los negocios de fiducia de garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se avalúe al más alto precio ya que del mismo dependerá el crédito eventual que pueda obtener del sistema financiero o de terceros y, justamente, una actitud de un profesional prudente y avisado como es el fiduciario no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y

frente a su propio cliente a tomar los recaudos y precauciones enderezadas a evitar que este le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamente elevado. (T. S. de Bogotá. S. Civil. Sent., Rad. 20040086 01, feb. 24/2009. M.P. Liana Aida Lizarazo V.).

[§ 445] JURISPRUDENCIA.—***No puede exigírsele al fiduciario responsabilidad por la imposibilidad de la venta o depreciación del bien fideicomitido.*** *"(...). Particularmente en lo que alude al deber de administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), el legislador no le impuso limitación alguna al fiduciario respecto de la consecución de la finalidad de la fiducia, de suerte que esta puede ser delineada con libertad por aquel dado el dinamismo que impone la naturaleza del negocio, desde luego que respetando los linderos impuestos por la constitución, la ley, el orden público, las buenas costumbres, y los parámetros que estableciere el constituyente.*

Como llanamente se desglose de este concepto, al igual que en todo "contrato fiduciario", se constituye un patrimonio autónomo con el único propósito de asegurar un deber de prestación (C.Co., art. 1233), por lo que los bienes fideicomitidos salen del haber del fiduciante para pasar a conformado, siendo administrado por el fiduciario quien en el evento del incumplimiento de las obligaciones deberá enajenarlos con estricta sujeción a las instrucciones otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores el monto de sus acreencias, bien sea con el producto de la venta o mediante la dación en pago.

Bajo dicho entendimiento, si bien al fiduciario le corresponde al momento de constituirse la fiducia en virtud a la actividad profesional que desarrolla, examinar que los bienes fideicomitidos que se le transfieren tengan la idoneidad legal y patrimonial para servir de respaldo a las obligaciones que garantiza y, además, que el avalúo de los mismos sea razonable, como también les corresponde a los acreedores apreciar estos aspectos al obtener los certificados de garantía con base en ese monto, no puede exigírsele a aquel en el trámite de su desarrollo, responsabilidad porque se haga imposible o difícil su venta, así como por su depreciación por circunstancias ajenas que lo hagan insuficiente para cubrir todas las acreencias que respaldan. (CSJ, Cas. Civil, Sent. Exp. 11001-3103-0031995-02415-01, dic. 4/2009. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

[§ 446] DOCTRINA.—**La actuación del fiduciario en la práctica del avalúo no significa que garantiza su valor.** "¿Deberá el fiduciario responder por el monto del avalúo ante los terceros acreedores que, confiados en la experiencia del fiduciario, aceptaron otorgar un crédito que después no pudo ser pagado por qué el producto de la venta de los bienes no alcanzó para tales pagos en su totalidad? Una respuesta negativa parece obvia, si se recuerda una expresión que define la esencia de la fiducia y que expresa que el fiduciario no es un asegurador. En realidad, con la expresión se quiere recalcar que el fiduciario no puede garantizar un resultado específico al beneficiario, como sería, por ejemplo, un determinado porcentaje de ganancias en un negocio realizado por el patrimonio autónomo administrado por el fiduciario. Responder por el avalúo de los bienes aprobado por el fiduciario no es garantizar un resultado proveniente de la actividad del fiduciario, sino precisar el monto del patrimonio que se va a constituir en fiducia. La modalidad especial de este tipo de fiducia involucra al fiduciario en la determinación del valor del bien o bienes que el fiduciario va a administrar (bienes fideicomitidos), porque en la ejecución de la fiducia, el fiduciario está dispuesto a registrar créditos hasta un porcentaje de su valor. Quiere decir ello que el fiduciario tiene que tener certidumbre del valor asignado a dichos bienes, para lo cual debe participar en su valoración. Ello no significa que el fiduciario esté garantizando en todo momento el valor del avalúo; pero sí tiene que responder si se prueba que actuó negligentemente en el proceso del avalúo, aceptando, por ejemplo, justificaciones no válidas para asignarle un mayor valor a los bienes u olvidando las evoluciones o ciclos del mercado, etc. Y si a consecuencia de ese avalúo inadecuado al rematarse el bien, el valor por el cual se vende el bien es notoria e injustificadamente menor del avalúo asignado". (RENGIFO, Ramiro. La fiducia. Edición 2001. Universidad EAFIT, Medellín, págs. 400 y 401).

[§ 447] DOCTRINA.—**Notificación al acreedor para la expedición certificados de garantía.** "(…) En el caso de la relación con los acreedores, a cuyo favor se otorgan los certificados de garantía, debe notificárseles claramente que el fiduciario ha utilizado un avaluador profesional para determinar el precio del inmueble, poner en su conocimiento el procedimiento utilizado para la escogencia y supervisión y, por último, exigir al acreedor, como condición *sine qua non*

para la expedición del certificado, que acepte el conocimiento del mismo de tales circunstancias y el precio que como resultado del mismo se le ha asignado al inmueble.

Esta posibilidad nada tiene que ver con el tema de la delegación porque no dice con la relación con el constituyente, sino con una relación externa frente a los acreedores, en la cual goza de la más amplia capacidad negocial pues estos no podrían, bajo circunstancia alguna, obligarlo a adoptar una conducta distinta, ya que sus derechos como beneficiarios del negocio o acreedores la obtiene, por esta vía, una garantía más eficiente que la derivada de otros mecanismos tradicionales, tienen como fuente el negocio jurídico y no la ley". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda edición 2017. Legis Editores, pág. 516).

Gestiones del fiduciario posteriores a la celebración del contrato de fiducia en garantía propiamente dicha

¿Qué gestiones debe realizar el fiduciario una vez celebrado el contrato?

[§ 448] El fiduciario, posteriormente a la celebración del contrato de fiducia en garantía, tendrá las siguientes responsabilidades de conformidad con lo establecido en el contrato:

a) Determinar el estado de la garantía (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tit. II, Cap. I, num 6º, subnum. 6.1.4.2.10),

b) Abstenerse de expedir nuevos certificados o constancias de garantía si los avalúos no se han actualizado. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tit. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.3).

c) Rendir cuentas de su gestión (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tit. II, Cap. I, num 6º, subnum. 6.1).

d) Ejecutar la garantía. (Conforme a lo contemplado en el contrato de fiducia).

e) Liquidar el contrato (Conforme a lo contemplado en el contrato de fiducia).

Actualización del avalúo

¿Cada cuánto se requiere actualizar el avalúo y con qué fin se actualiza?

[§ 449] Con la periodicidad establecida en el contrato de fiducia, en su defecto, como mínimo cada tres (3) años, o con una periodicidad menor cuando haya evidencia de indicios de deterioro, con el fin de conocer el valor actualizado de los bienes fideicomitidos y verificar que sirvan de respaldo efectivo a las obligaciones garantizadas (Circ.

Externa 30/2017, Superfinanciera, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tit. II, Cap. I, num. 5º, subnum. 5.3).

¿Qué requisitos se deben tener en cuenta para la determinación del valor razonable del bien?

[§ 449-1] Para determinar el valor razonable que hace parte del costo revaluado se atenderán los requisitos técnicos de la NIIF 13 contenida en el anexo del Decreto 2420 de 2015, para lo cual la sociedad fiduciaria solicitará la información al fideicomitente, requiriéndole, que haya sido determinado, por un experto independiente que tenga capacidad, profesional reconocida y experiencia reciente, en la valoración del tipo del bien que esté siendo medido en los términos de la norma antes citada; para el efecto su aplicación efectiva podrá corresponder a la medición bajo un enfoque del costo o un enfoque del ingreso.

Expedición de certificados de garantía fiduciaria

¿Qué documento expide el fiduciario a los acreedores de la fiducia en garantía y en qué momento?

[§ 450] Constituida la fiducia en garantía y transferidos efectivamente los bienes que conformarán el patrimonio autónomo, el fiduciario expedirá a los acreedores certificados de registro de garantía fiduciaria, comúnmente denominados "certificados de garantía", si así fue expedición, el monto, coberturas, términos y condiciones establecidas en el mismo.

Los certificados de garantía pueden constar en documentos, en la escritura pública del contrato, en registros digitales o contables, entre otros.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre las condiciones y requisitos de los certificados de garantía?

[§ 451] DOCTRINA.—**La expedición, contenido y características de los certificados de garantía tienen como fuente el contrato de fiducia en garantía.** "(...) Precisamente, en punto a la expedición de los certificados fiduciarios cabe señalar que esta superintendencia tampoco ha impartido instrucción alguna en punto a señalar las condiciones y/o requisitos que deben observar las instituciones fiduciarias en la expedición de tales documentos. En efecto, en Oficio 2000062015-1 del 24 de noviembre de 2000 textualmente en punto a este tema, se manifestó:

"Sobre este particular debe indicarse que en los instructivos antes señalados, proferidos por esta entidad y cuyo texto se adjunta, no se alude a los requisitos mínimos que deben contener los certificados de garantía expedidos por las sociedades fiduciarias con ocasión de la celebración de contratos fiduciarios de garantía o de aquellos otros en que se contemple tal posibilidad, en razón a que la expedición de los mismos, su contenido y demás características corresponden a las previsiones que las partes acuerden sobre el particular". (Superfinanciera, Conc. 2003037972-1, oct. 10/2003).

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los certificados de garantía?

[§ 452] Los certificados de garantía no son títulos valores, porque la ley no

les otorga esa naturaleza, por ello, son meros documentos en los que consta el valor de la obligación o el porcentaje de participación que tiene cada acreedor beneficiario sobre los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia y la doctrina sobre la naturaleza de los certificados de garantía?

[§ 453] JURISPRUDENCIA.—***Los certificados de garantía no son títulos valores porque la ley no los concibe así, por ello, no gozan de autonomía ni incorporan un derecho crediticio.*** *"(…) Un último asunto resta por mencionar, y es el que tiene que ver con los certificados de garantía fiduciaria: Estos documentos, que son expedidos por la sociedad fiduciaria, no son títulos-valores, atendiendo que la ley no los concibe como tales, y de acuerdo con las reglas de la tipicidad cambiaria, propia de estos instrumentos, únicamente los que el ordenamiento les confiere esa naturaleza pueden reputarse como tales y gozar de sus beneficios en el giro ordinario de los negocios. Así las cosas, al no ser títulos-valores, los certificados de garantía son documentos que no gozan de autonomía y tampoco incorporan, per se, el derecho crediticio, con lo que los compromisos y derechos a los que se refieren, deben estar en concordancia con el negocio fiduciario.*

Viene bien recordar, una vez más, lo que expuso la Corte en la sentencia de 2008, al decir que la fiducia en garantía es un derecho personal, "representado" con "los certificados de garantía que al efecto se expiden, documentos que lejos de tener una valía jurídica propia y desligada del negocio fiduciario, sirven como medio de instrumentación de los gravámenes constituidos como quiera que dejan constancia de la obligación garantizada y su monto, en aras de que se pueda determinar, en cada caso, el porcentaje de la participación frente al patrimonio creado".

Siguiendo los anteriores lineamientos, la Superintendencia de Sociedades ha destacado, igualmente, que "Una de las características de los contratos de fiducia de garantía, es la expedición por parte de la fiduciaria, como vocera del fideicomiso correspondiente, de certificados de garantía a favor del acreedor garantizado, en el cual se indica el valor de la obligación amparada por la fiducia en garantía. Las fiduciarias llevan un registro y control sobre los certificados expedidos. Este certificado no es un título valor, ni un título de crédito, solamente cumple con la función de constancia al acreedor de la garantía que ha sido registrada a su favor, y, por ende, no es constitutivo de las obligaciones garantizadas, ni mucho menos debe tenerse como un requisito para que una fiducia mercantil tenga fines de garantía el que previamente se haya expedido tales certificados de garantía". (CSJ., SC 4280/2020. Rad. 76001-31-03-008-2014-00222-01. M.P. Alvaro Fernando García Restrepo).

[§ 454] DOCTRINA.—**El certificado de garantía no es un título valor, ni un título de crédito, solamente es una constancia al acreedor de la garantía.** "(…) ii) Una de las características de los contratos de fiducia en garantía, es la expedición por parte de la fiduciaria, como vocera del fideicomiso correspondiente, de certificados de garantía a favor del garantizado, en el cual se indica el valor de la obligación amparada por la fiducia en garantía. Las fiduciarias llevan un registro y control sobre los certificados expedidos.

Este certificado no es un título valor, ni un título de crédito, solamente cumple con la función de constancia al acreedor de la garantía que ha sido registrada a su favor, y por ende, no es constitutivo de las obligaciones garantizadas, ni mucho menos debe tenerse como un requisito para que una fiducia mercantil tenga fines de garantía el que previamente se haya expedido tales certificados de garantía.

Sin embargo, es de anotar que el certificado en garantía no requiere reemplazo cuando se producen abonos parciales a las obligaciones garantizadas, salvo que se pacte expresamente esta circunstancia en el contrato fiduciario respectivo. (Supersociedades, Conc. 220-068603, jun. 11/2013).

Cobertura de la Garantía

¿En qué consiste la cobertura de la garantía?

[§ 455] Por lo general, el fiduciario deja un margen de cobertura entre el valor de los bienes fideicomitidos y el valor de las obligaciones garantizadas con ellos, lo que significa que las garantías solo pueden constituirse hasta el porcentaje que se haya establecido en el contrato tomado sobre el valor de los activos.

¿Cómo se ha pronunciado la doctrina respecto a la cobertura de la garantía?

[§ 456] DOCTRINA.—**Margen de cobertura entre el valor registrado de los activos subyacentes y la garantía otorgada al acreedor beneficiario.** "4.7.2.5. **Control de endeudamiento.** Siguiendo, sin duda, el esquema de las legislaciones sobre garantías hipotecarias, los contratos suelen establecer un margen entre el valor registrado de los activos subyacentes y el de las garantías que pueden otorgarse, respaldadas en ellos. El suele situarse en el setenta por ciento del valor —pero será el que en cada caso se defina— lo que significa que hasta ese monto pueden constituirse las garantías. En la práctica, la cobertura ofrecida puede referirse al capital de una obligación principal, pero se ha de advertir que no se cubren los intereses. En esta hipótesis pueden suscitarse distintas situaciones. Si solo se considera el valor de la primera para medir el límite, no sólo se introduce una indeterminación peligrosa sino, incluso, una situación inequitativa, pues las tasas pactadas pueden ser diferentes y estarse liquidando bajo distintos supuestos, como sucedería si unas fueran corrientes y otras moratorias. Por ello lo más recomendable es expedir la cobertura hasta por una suma total, que cubra capital e intereses, los que sean, o un porcentaje del valor del patrimonio, con el mismo alcance, de manera que liquidaciones de intereses que se conozcan en caso de incumplimiento no terminen sorprendiendo a la fiduciaria ni algunos acreedores garantizados". (AZUERO RODRÍGUEZ, Sergio. *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Segunda Edición 2017 Legis, Bogotá, pág. 519).

Ejecución de la Garantía

¿Cuándo debe ejecutar la garantía el fiduciario?

[§ 457] El fiduciario iniciará el proceso de ejecución de la garantía cuando el fideicomitente incumpla una o varias de las obligaciones garantizadas, de conformidad con las instrucciones previstas en el contrato.

Para tal efecto, procederá con la venta del bien o bienes fideicomitidos y con su producto pagará a prorrata entre todos los acreedores las obligaciones garantizadas, si no se hubiere dispuesto otra cosa en el acto constitutivo.

¿Qué sucede si el bien o bienes fideicomitidos no se venden dentro del plazo establecido en el contrato?

[§ 458] Cuando no sea posible vender el bien o los bienes fideicomitidos

dentro del plazo acordado, los bienes se entregarán a título de dación en pago a los acreedores garantizados, siempre y cuando se haya pactado expresamente en el contrato.

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina sobre la ejecución de la garantía?

[§ 459] LAUDO ARBITRAL.—**Al fiduciario le corresponde ejecutar el procedimiento de realización de los bienes de conformidad con los plazos e instrucciones contenidas en el acto constitutivo.**

Con las consideraciones precedentes el tribunal procede a analizar las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento del procedimiento contractual de enajenación, y la oportunidad en que tales actuaciones se realizaron.

Según el anterior cuadro de análisis de las actuaciones llevadas a cabo y la oportunidad en que se efectuaron, el tribunal concluye que la fiduciaria ha debido desarrollar y concluir todos los trámites que conforman el procedimiento estipulado en el contrato de fiducia para la enajenación de los bienes fideicomitidos en un período de seis (6) meses que concluyó el (…), prestación esta que no cumplió, pues en ese período no se realizaron todas las actuaciones previstas.

(...).

Lo cual pone en evidencia en este caso un incumplimiento de la fiduciaria, toda vez que obró de forma negligente en el manejo del fideicomiso de garantía, al no ofrecer los bienes fideicomitidos en dación en pago, y consecuentemente al no pagar con dichos bienes fideicomitidos, en la oportunidad establecida en el contrato de fiducia. (…). del perjuicio alegado por XX fue la demora injustificada de la fiduciaria en adelantar los trámites que conforman el procedimiento de venta de los bienes fideicomitidos y para ofrecerlos en dación en pago al acreedor garantizado. (Laudo arbitral. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, feb. 20/2003).

[§ 460] LAUDO ARBITRAL.—**La ejecución de la garantía no excluye que el acreedor pueda acudir a otros mecanismos de recaudo de carácter estrictamente judicial.**

El asunto en comento se ha resuelto en fallos que resultan pertinentes para el caso en concreto. En laudo arbitral de XX se reconoce que el acreedor puede válidamente escoger entre varias alternativas para hacer efectivo su derecho de crédito:

"*Perseguir al deudor principal dentro del trámite concordatario; demandar a sus codeudores o ejercer una acción indemnizatoria* XX. *Cualquiera de esas vías era jurídicamente posible y legítima, de suerte que la escogencia de una de ellas no puede ser vista como el ejercicio abusivo de una atribución jurídica".*

Continúa el Fallo:

"Así las cosas, el acreedor que tiene diversas vías para lograr la efectividad de su derecho habrá de evaluar las perspectivas de éxito o fracaso y calcular los costos que en cada caso deberá incurrir, pudiendo escoger libremente la alternativa que más le convenga, sin que por ello pueda decirse que hace un ejercicio abusivo de su derecho".

Los razonamientos anteriores permiten al tribunal concluir que la entidad convocante, estaba en pleno derecho de utilizar el procedimiento extrajudicial de hacer efectiva la garantía fiduciaria otorgada a su favor para obtener la realización de los bienes fideicomitidos o la entrega en dación en pago de los mismos. Esto no excluye que el acreedor pueda acudir a otros mecanismos de recaudo de carácter estrictamente judicial, que pueden ejercitarse simultáneamente, sin que en ningún caso pueda pretenderse el doble pago de una misma obligación. (Laudo Arbitral. abr. 20/2004. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá).

[§ 461] DOCTRINA.—**La fiducia en garantía es un mecanismo jurídico de pago voluntario del deudor, mediante el cual el fiduciario cumple con la voluntad del deudor y el debido proceso ejecutando las cláusulas del contrato.** "(…) Los trámites que adelanta la sociedad fiduciaria son, como lo precisó la Corte, "actos de pago voluntario, en la medida en que fue el propio deudor, *ab libitum*, quién previó esos mecanismos en el acto constitutivo…".

(…).

…el fiduciario atiende a cabalidad sus compromisos contractuales, sobre la base de que ninguna de las partes discute el derecho de crédito, no habrá hecho cosa distinta que darle cumpli-

miento a la voluntad de pago del deudor, quién por tanto, *a posteriori*, no puede invocar la violación del debido proceso, como argumento ulterior para sustraerse de la ejecución de las cláusulas que gobiernan el negocio jurídico fiduciario, celebrado merced a su previa participación, con la inequívoca finalidad de disciplinar aspectos cardinales atinentes a su débito.

(…)

Por consiguiente, puede afirmarse que la efectividad de la fiducia en garantía no traduce, en modo alguno, violación al debido proceso, por cuanto, en rigor (a) no es el propio acreedor el que materializa su derecho de crédito, sino un tercero, (b) se trata simplemente de respetar las cláusulas del contrato de fiducia sobre la realización de la garantía en caso de incumplimiento del deudor; (c) el fiduciario en cualquier hipótesis, no procede sin previo enteramiento a todas las partes involucradas para que se pronuncien sobre la reclamación del beneficiario, y (d) el fiduciario no funge como árbitro, juez o componedor, sino como un mero mandatario que realiza los bienes fideicomitidos". (CSJ. Sala Administrativa. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Reflexiones sobre algunos contratos comerciales. Boletín mayo 2021, págs. 34 y 35).

[§ 462] DOCTRINA.—**El acreedor beneficiario debe acreditar tal carácter y cumplir las condiciones contractuales previstas para hacer efectiva la garantía fiduciaria.** "(...) En todo caso, el acreedor beneficiario del contrato de fiducia en garantía para hacer efectivos su derecho deberá no sólo acreditar tal condición sino también cumplir con los requisitos y las condiciones previstas en el contrato encaminadas a hacer efectiva la garantía fiduciaria, todo ello en la medida en que aceptó dicho instrumento fiduciario como garantía de sus créditos". (Superfinanciera, Conc. 2003037972-1, oct. 10/2006).

Rendición final de la gestión y liquidación del negocio fiduciario en garantía

¿Qué gestión deberá realizar el fiduciario una vez efectuado el pago a los acreedores garantizados?

[§ 463] Cumplida la finalidad del contrato con el pago de las obligaciones garantizadas, el fiduciario deberá presentar rendición final de su gestión al fideicomitente y los acreedores beneficiarios, con el fin de proceder a la liquidación del negocio fiduciario. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II. Tít. II. Cap. I, num. 6, subnums. 6.1.4.2.10 y 6.1.4.3).

Fiducia en garantía y fuente de pagos

¿En qué consiste la fiducia en garantía y fuente de pagos?

[§ 464] Es la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.4, subnum. 8.4.2).

¿Cuáles son las diferencias entre la fiducia en garantía propiamente dicha y la fiducia en garantía y fuente de pago?

[§ 465] En el siguiente cuadro se presentan las principales diferencias:

Fiducia en garantía propiamente dicha	Fiducia en garantía y fuente de pago
1. Se transfiere **la propiedad de uno o varios bienes** a título de fiducia mercantil o se entregan en encargo fiduciario.	1. Se transfiere o entrega **un flujo futuro de recursos** producto de una cesión de derechos económicos, o en cualquier activo del cual se desprenda un flujo de recursos.
2. Constituye **una garantía o seguridad** para los acreedores frente al riesgo de incumplimiento del pago de las obligaciones garantizadas por parte del fideicomitente. Cumple la función de fuente de pago, tan solo, en el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, cuando genera los recursos para satisfacer las mismas, a través de la venta o la entrega en dación en pago.	2. Constituye **una fuente de pago** para los acreedores del fideicomitente, porque con los recursos que ingresan al fideicomiso se atiende la deuda producto de la garantía.
3. Los bienes fideicomitidos **permanecen** en el patrimonio autónomo y **solo se pueden enajenar en el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas** por parte del fideicomitente.	3. Los recursos fideicomitidos **se destinan al pago de las acreencias** del fideicomitente.
4. Las obligaciones incumplidas se satisfacen **con el producto de la venta de los bienes o su entrega en dación en pago**.	4. El pago de las obligaciones se satisface **hasta la concurrencia de los recursos que efectivamente ingresen al fideicomiso**.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít II, Cap. I, subnum. 8.4.1 y 8.4.2).

Registro de los contratos con fines de garantía

¿Se deben registrar los contratos de fiducia con fines de garantía?

[§ 466] Sí, todos los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía deben inscribirse en el registro de garantías mobiliarias. (L. 1673/2013, art. 3º, par.).

Este registro tiene los efectos previstos en el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

Lo anterior, sin perjuicio del registro al cual esté sujeta la transferencia de la propiedad de los bienes o derechos dados en garantía, según el caso. (D. 2555/2010, art. 2.5.1.1.1, inc. 2º, modificado por el D. 1745/2020, art. 11, EOSF., art. 146, nums. 2º y 3º).

¿Ante qué entidades debe realizarse el registro del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía?

[§ 467] El registro debe efectuarse ante la Confederación de Cámaras de Comercio, Confecámaras - Registro de Garantías Mobiliarias - RGM. (L. 1676/2013, arts. 3º, par. 11, inc. 3º).

En la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos cuando verse sobre bienes inmuebles. (L.1579/2012, art. 4º, lit. a)).

Ante las oficinas de registros especiales o generales, que legalmente requieran determinados bienes muebles o derechos que integren la fiducia con fines de garantía. (D. 2555/2010, art. 2.5.1.1.1, inc. 2º modificado por el D. 1745/2020, art. 11, EOSF., art. 146, num. 3º).

¿Qué persigue el registro de los contratos de fiducia con fines de garantía?

[§ 468] El registro de los contratos de fiducia con fines de garantía persigue:

a) Dar publicidad a los contratos, (EOSF., art. 146, num. 3º), y

b) Hacerlos oponibles ante terceros. En consecuencia, los contratos de fiducia mercantil en garantía que no sean inscritos en el registro, serán inoponibles ante terceros. (L. 1676/2013, art. 21).

¿Qué requisito se exige para excluir de la masa de la liquidación los bienes transferidos a título de fiducia con fines de garantía?

[§ 469] DOCTRINA.—**Para que se puedan excluir los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía, de la masa de la liquidación, se requiere que el contrato esté inscrito en el Registro de Garantías Inmobiliarias de Confecámaras.** "(...) Ahora bien, frente a la oponibilidad por el registro en mención, para los contratos en los cuales han sido transferidos bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, el requisito de publicidad que se exigía por el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, el cual fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, debía surtirse siempre y cuando el respectivo contrato se inscribiera en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley, para que pudieran ser excluidos de la masa de la liquidación.

Sin embargo, frente a la formalidad del requisito de publicidad indicado, hoy se cumple el registro

de tal contrato en el registro de garantía mobiliaria, administrado por Confecámaras conforme a lo prescrito por el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, así: (…) PAR.—Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006".

Es decir, para que se puedan excluir los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía, de la masa de la liquidación, se hace necesario cumplir con el requisito de publicidad acotado en el párrafo anterior, siempre y cuando no afecte derechos pensionales". (Supersociedades. Oficio 220-089805, ago. 28/2019).

¿Qué efectos tiene el registro del contrato de fiducia en garantía en la Confederación de Cámaras de Comercio, en relación con los bienes excluidos de la masa de la liquidación?

[§ 469-1] El registro tendrá para el contrato de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, esto es, la exclusión de los bienes transferidos de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios del contrato de fiducia.

(L. 1676/2013, art. 3º, par.).

¿Se requiere también el registro mercantil para que tenga efectos ante terceros el contrato de fiducia en garantía?

[§ 470] No se requiere la inscripción adicional del contrato de fiducia en garantía en el registro mercantil para que tenga efectos ante terceros, basta con la inscripción en la Confederación de Cámaras de Comercio, Confecámaras.

(L. 1676/2013, arts. 3º, par. y 21, par.).

¿Qué efectos tiene la inscripción del contrato de fiducia con fines de garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias de Confecámaras?

[§ 471] El registro del contrato de fiducia con fines de garantía tiene los siguientes efectos:

a) Otorga publicidad a terceros a través de internet, sobre el contrato de fiducia con fines de garantía. (L. 1673/2013, art. 38, inc. 1º).

b) Las certificaciones sobre los datos que consten en el registro, sea en papel o en forma de mensaje de datos, se consideran documentos públicos y sirven de plena prueba. (L. 1673/2013, art. 38, inc. 2º).

c) Los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia, en los casos que reglamente el Gobierno Nacional, (L. 1676/2013, artículo 3º, par.; L. 1116/2006, art. 55, par.).

d) La fiducia en garantía es oponible frente a terceros, por lo cual no se admite oposición. (L. 1676/2013, art. 38, inc. 1º).

e) La garantía inscrita tendrá prelación sobre otra garantía que no hubiese sido inscrita. (L. 1676/2013, art. 48, inc. 2º).

f) La prelación de la garantía se determina por el momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía. (L. 1676/2013, art. 48, inc.1º).

¿A quién corresponde realizar la inscripción del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía sus modificaciones, prórroga, transferencia, ejecución y terminación?

[§ 472] La inscripción de la modificación, prórroga, transferencia y ejecución,

sólo puede ser solicitada por el acreedor garantizado o por quien él autorice. (L. 1676/2013, arts. 40, inc. 2º).

La inscripción de la terminación puede ser solicitada por el acreedor garantizado o el garante, según se establezca en el reglamento del registro. (L. 1676/2013, arts. 40, inc. 2º).

Cuando se haya cumplido con todas las obligaciones garantizadas, o se hubiere terminado la ejecución de la garantía, el garante podrá solicitar al acreedor garantizado la cancelación de la inscripción. Si el acreedor garantizado no atiende dicha solicitud dentro de los quince (15) días siguientes a la petición, podrá presentar la solicitud de cancelación de la inscripción ante un notario y se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 76 de la Ley 1676 de 2013.

Aplicación del régimen de insolvencia empresarial a los negocios fiduciarios

¿Qué efecto tiene la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización?

[§ 473] A partir de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización se prohíbe a los administradores la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios con fines de garantía que recaigan sobre bienes propios del deudor sin que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

(L. 1116/2006, art. 17, incs. 1º y 2º).

¿Quién puede solicitar la autorización para la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios con fines de garantía?

[§ 474] El deudor, mediante escrito motivado ante el juez del concurso.

(L. 1116/2006, art. 17, inc. 2º).

¿Qué otros negocios fiduciarios u operaciones requieren de autorización para su celebración en el proceso de reorganización?

[§ 475] La celebración de fiducias mercantiles u otro tipo de contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, deben obtener autorización de la Superintendencia Financiera. (L. 1116/2006, art. 17, inc. 3º).

La emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores en Colombia, a través de patrimonios autónomos o de cualquier otra manera, deben obtener adicionalmente la autorización de la Superintendencia Financiera. (L. 1116/2006, art. 17, inc. 4º).

¿Cuándo no se requiere autorización del juez del concurso para ejecutar fiducias mercantiles?

[§ 476] Tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los

bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores.

Tampoco se requerirá autorización, en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

(L. 1116/2006, art. 17, inc. 5º).

¿Qué efectos genera la admisión del deudor al proceso de insolvencia?

[§ 477] La ineficacia de pleno derecho, de la constitución, ejecución o modificación de fiducias mercantiles o encargos fiduciarios de garantía, o de fiducias mercantiles o patrimonios autónomos que tengan por objeto o como efecto la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores sin la respectiva autorización.

(L. 1116/2006, art. 17, par. 2º).

¿Cuál es el efecto del inicio del proceso de reorganización respecto de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario?

[§ 478] La continuidad de contratos. Por lo tanto, no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato de fiducia mercantil y/o encargo fiduciario con fines diferentes a los de garantía.

Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.

(L. 1116/2006, art. 21, inc. 1º).

¿Cuáles son los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización?

[§ 479] Se presentan los siguientes efectos:

a) 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, salvo autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso.

b) El juez del proceso debe ordenar la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Deben considerarse como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

c) Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo son tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

d) La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo conlleva que la masa de bienes pertenecientes al deudor responde por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelaciones de ley aplicables al concurso.

e) La fiduciaria entrega los bienes al promotor dentro del plazo que el juez del concurso señale y no puede alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.

(L. 1116/2006, art. 38 reglamentado por el D. 1270/2010).

¿Cuáles negocios fiduciarios se exceptúan de la aplicación de los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización?

[§ 480] No se aplican los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización en los siguientes negocios fiduciarios:

a) Los contratos que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o en el exterior;

b) Los patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores;

c) Los patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión.

(L. 1116/2006, art. 38, par.).

¿Qué reglas se aplican a los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario con fines de garantía vinculados con acuerdos de reorganización?

[§ 481] En relación con los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculados con acuerdos de reorganización, aplican las siguientes reglas:

a) Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa. (L. 1116/2006, art. 43, num. 1º).

b) Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de las garantías fiduciarias constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tiene que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos. (L. 1116/2006, art. 43, num. 2º).

c) Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de las garantías fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto. (L. 1116/2006, art. 43, num. 3º).

d) Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor garantizado con la fiducia, con fines de garantía gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien. (L. 1116/2006, art. 43, num. 4º).

¿Qué efectos tiene la apertura del proceso de liquidación judicial?

[§ 482] La declaración judicial del proceso de liquidación produce:

a) La exclusión de la masa de la liquidación de los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro de garantías mobiliarias

de confecámaras. (L. 1676/2013, art. 3º par., L. 1116/2006 art. 55).

Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el vocero del patrimonio autónomo con fines de garantía y el liquidador, cuando los bienes fideicomitidos hagan parte de la unidad de explotación económica del fideicomitente y esta pueda venderse en los términos del parágrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006 (L. 1116/2006, art. 55, par.; D. 1038/2009, art. 12 artículo derogado por el DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.12).

b) La exclusión de la masa de liquidación de los patrimonios autónomos constituidos como mecanismo de normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales, en los términos del artículo 41 de la Ley 550 de 1999, Reglamentado parcialmente por el Decreto 941 de 2002 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Compilado por DUR. 1833 de 2016, Mintrabajo artículos 2.2.8.8.21. y siguientes, parágrafo 1º del artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, reglamentado parcialmente en el parágrafo del Decreto 1749/2011, adicionado parcialmente por el Decreto 2277 de 2022, artículo 85, decretos 1260/2000, 941/2002 y en aquellas normas que los reglamenten o los sustituyan (D. 1038/2009, art. 12 compilado y derogado por el DUR. 1074/2015, art. 2.2.2.12.12).

c) La no aplicación de la normatividad de la apertura de liquidación judicial a los patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión (L. 1116/2006, art. 50, par.).

d) Una vez pagadas las obligaciones de los acreedores del contrato de fiducia mercantil de garantía, si quedare un remanente, este será incorporado a la masa de bienes del fideicomitente en proceso de insolvencia, los cuales responderán por las obligaciones de conformidad con las prelaciones de ley aplicables al concurso, para lo cual se aplican las reglas contenidas en el numeral 7º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.13.

e) Puede demandarse ante el juez del concurso en los términos de los artículos 74, 75 y 76 de la Ley 1116 de 2006, reglamentado por el Decreto 1749 de 2011 la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, realizada durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de insolvencia, contados al momento del registro del referido contrato (D. 1038/2009, art., 14, compilado D. 1074/2015, art. 2.2.2.12.14).

Fiducia de inversión

¿Qué es la fiducia de inversión?

[§ 483] La fiducia de inversión es todo negocio fiduciario que celebren las sociedades fiduciarias con sus clientes, para beneficio de estos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad

con las instrucciones impartidas por el constituyente o fideicomitente (EOSF., art. 29, num. 2º, inc. 2º).

¿Cómo se puede instrumentalizar el negocio fiduciario de inversión?

[§ 484] La fiducia de inversión se puede instrumentalizar a través de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios de conformidad con las formalidades legales. (EOSF., art. 29, num. 2º, inc. 1º).

En los contratos se debe indicar de manera precisa cuál de las dos modalidades anteriores se está adoptando, aún en los casos en que el contrato se origine a partir de los denominados documentos de "oferta comercial" o similares. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.1).

¿Cuáles son los tipos de fiducia de inversión?

[§ 485] Son los siguientes:

a) Fideicomisos de inversión con destinación específica. (EOSF, art. 29, lit. b), Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnums. 8.1.1, inc. 1º).

b) Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnums. 8.1.2).

c) Inversión de capitales del exterior (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnums. 8.1.3 y 8.1.4.).

¿Qué se considera práctica insegura de la sociedad fiduciaria en los negocios fiduciarios de inversión?

[§ 485-1] Garantizar rentabilidades a los inversionistas. Lo anterior, sin perjuicio del deber del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2.2, subnums. 2.2.4, EOSF., art. 29, num. 3º, C. Co., art. 1234, num. 6º).

¿Qué deber tiene que cumplir el fiduciario en los negocios fiduciarios de inversión?

[§ 485-2] El deber de asesorar a los inversionistas, dando consejos u opiniones para que los inversionistas tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias del negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2.2, subnum. 2.2.1.2.2.).

Modalidades

Fideicomisos de inversión con destinación específica

¿Cuál es la finalidad del fideicomiso de inversión con destinación específica?

[§ 486] La finalidad principal es la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente o fideicomitente. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.1, inc. 1º).

Dentro de este tipo de fideicomiso de inversión se encuentran incluidas las cuentas margen (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnums. 8.1.1, inc. 2º, D. 2555/2010, arts. 2.33.1.1.1 y ss.).

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.1).

¿Quién debe establecer la destinación de los recursos?

[§ 487] La destinación de los recursos deberá ser establecida por el propio constituyente o fideicomitente en el acto constitutivo.

(EOSF, art. 29 num. 2, inc. 2º; C. Co., art. 1234, num. 3º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.3, inc. 1º).

¿Puede la sociedad fiduciaria delegar la ejecución del contrato de fiducia de inversión y la administración de los recursos?

[§ 488] No. La sociedad fiduciaria no puede delegar en un tercero la ejecución de la finalidad del contrato de inversión; ni la administración de los bienes entregados o transferidos, pues con ello estaría haciendo una delegación de profesionalidad, salvo disposición legal expresa que lo permita. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.3, inc. 5º, C.Co., art. 1234, nums. 1º y 3º).

En consecuencia, en los contratos de fiducia de inversión, no procede la administración de los recursos para la consecución de la finalidad del fideicomiso, por parte del beneficiario o del fideicomitente y mucho menos por terceros, de modo tal que, otra persona diferente al fiduciario lo sustituya como obligado, pues es un elemento esencial del contrato que la fiduciaria administre o enajene los bienes entregados o trasferidos por el constituyente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.3, inc. 2º).

¿En qué evento puede la sociedad fiduciaria subcontratar un tercero para cumplir con la finalidad del contrato de fiducia de inversión?

[§ 489] Cuando la sociedad fiduciaria requiera de un tercero para cumplir con sus obligaciones de manera adecuada y profesional v.gr. para acceder a mercados u opciones que por sus especiales características y condiciones no son parte del quehacer habitual de la sociedad fiduciaria o no le está permitido acceder, podrá subcontratar esas operaciones sin actuar en desmedro de los intereses del fideicomiso, en condiciones de transparencia y en todo caso dichas subcontrataciones deberán estar acordes con la finalidad del contrato y con las instrucciones y autorizaciones impartidas expresamente por el fideicomitente. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.3, inc. 3º).

Además, la sociedad fiduciaria responderá porque esas premisas se cumplan y porque la rentabilidad de la operación y el costo-beneficio de haberla celebrado utilizando otro intermediario, no vaya en desmedro de la finalidad del contrato mediante el cual se confió el manejo de los recursos en la sociedad fiduciaria como administradora profesional, ni se haya hecho en circunstancias que impliquen conflicto de interés.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 5.1, subnum. 5.1.3, inc. 4º).

Contratos de cuentas de margen

¿Qué son las cuentas de margen?

[§ 490] Son los contratos celebrados para realizar operaciones de contado de compraventa de valores, por cuenta de un cliente, por montos superiores a los recursos aportados por este, en los que se prevé que la liquidación de las posiciones abiertas se efectúe total o parcialmente con los recursos o valores obtenidos mediante la liquidación de una operación de compraventa de valores, reporto o repo, simultánea o transferencia temporal de valores.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.1.1).

¿Para efectos de su clasificación, cómo son considerados los contratos de cuentas de margen?

[§ 491] Los contratos de cuentas de margen son considerados fideicomisos de inversión con destinación específica.

(Circ. Básica Jurídica, 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.1, inc. 2º).

¿A través de qué sistema se pueden realizar las operaciones de cuentas de margen?

[§ 492] Las operaciones correspondientes a cuentas de margen sólo podrán realizarse a través de sistemas de negociación de valores autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.1.1, par. 2º).

¿Cómo se pueden instrumentalizar las operaciones de cuentas de margen?

[§ 493] Las cuentas margen se pueden instrumentalizar con contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.1.2).

¿Cuál es el monto mínimo inicial de las cuentas de margen y como está conformado el cliente?

[§ 494] El margen entregado al inicio del respectivo contrato no podrá ser inferior a dos mil seiscientos treinta y uno coma treinta (2.631,30) unidades de valor tributario (UVT). (D. 2555/2010, art. 2.33.1.1.2, inc. 1º, modificado por el D. 2642/2022, art. 6º).

El cliente de cada contrato para la realización de cuentas de margen estará conformado por una única persona natural o jurídica o por un fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 2.33.1.2.2, inc. 2º, modificado por el D. 2642/2022, art. 6º).

¿Qué es el margen?

[§ 495] Se entiende por margen la suma de dinero que la sociedad fiduciaria tiene por cuenta de un cliente, como respaldo patrimonial, específico y exclusivo, para la realización y la liquidación de las operaciones correspondientes a la cuenta de margen respectiva. (D. 2555/2010, art. 2.33.1.2.1, inc. 1º).

El margen deberá estar en poder de la sociedad fiduciaria, en su totalidad, de manera previa a la realización de las inversiones correspondientes a la cuenta de margen respectiva. (D. 2555/2010, art. 2.33.1.2.1, inc. 2º).

¿En qué valores se pueden realizar las operaciones de cuentas de margen?

[§ 496] En valores de alta liquidez.

La Superintendencia Financiera de Colombia establecerá por vía general, los valores que podrán ser objeto de operaciones de cuenta margen, incluyendo en dicha autorización el margen mínimo aplicable a los mismos.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.1.3).

¿Cuáles son las obligaciones del fiduciario en desarrollo de las cuentas de margen?

[§ 497] Las obligaciones del fiduciario en desarrollo de las cuentas de margen son las contenidas en el artículo 2.33.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010 modificado parcialmente por el artículo 69 del Decreto 1745 de 2020.

¿Qué implicaciones tiene el cumplimiento de las operaciones de cuentas de margen?

[§ 498] El fiduciario deberá cubrir, con recursos propios, el monto faltante para atender oportunamente las obligaciones que se generen como consecuencia de la realización de operaciones correspondientes a cuentas de margen, cuando los recursos aportados por los clientes sean insuficientes para ello.

En este evento el fiduciario podrá repetir en contra del cliente de dichas operaciones.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.4.1).

¿Cuál es el límite para la realización de cuentas de margen?

[§ 499] Las sociedades fiduciarias no podrán tener posiciones abiertas correspondientes a cuentas de margen, en cuantía que supere veinte (20) veces el monto del capital pagado y la reserva legal, ambos saneados. En todo caso, en la reserva legal se incluirá la prima en colocación de acciones.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.5.1, inc. 2º).

¿Cuáles son las conductas prohibidas en la realización de operaciones de cuentas de margen?

[§ 500] Están prohibidas las siguientes conductas:

1. La realización de operaciones que tengan características o efectos iguales o similares a las cuentas de margen sin el cumplimiento de las disposiciones previstas en el libro 33 título I del Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo modifiquen, adicionen, reglamenten o compile.

2. La realización de operaciones de cuentas de margen, directamente o a través de interpuesta persona, por parte de las personas naturales que están obligadas a registrarse en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores.

3. La actuación por cuenta ajena, por parte de clientes del fiduciario, salvo tratándose de administradores de fondos de inversión colectiva.

4. La celebración de contratos de cuentas de margen en los cuales las decisiones de inversión se dejen a la discreción de la fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 2.33.1.6.1 modificado parcialmente, nums. 1º y 3º. art. 70, D. 1745/2020).

Administración de la inversión extranjera

¿Qué es una inversión de capitales en el Exterior?

[§ 501] Se define como inversión de capitales del exterior en Colombia, aquella que se realice sobre los activos que se indican en el artículo 2.17.2.2.1.2. del DUR 1068 de 2015, modificado por el artículo 2º del Decreto Reglamentario 119 de 2017, siempre que hayan sido adquiridos por un no residente a cualquier título, en virtud de un acto, contrato u operación lícita, sujeto a los términos y condiciones previstos en el presente título y las demás normas que rigen la materia.

¿Cuáles son las clases de inversiones de capitales del exterior en Colombia?

[§ 502] Son inversiones de capitales del exterior:

1. La inversión directa, y
2. La inversión de portafolio.

(DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.1.2, inc. 2º, modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017).

¿Qué se considera inversión directa?

[§ 503] Se considera inversión directa la que se realice sobre cualquiera de los

activos que se indican en el DUR. 1068 de 2015 literal a) inciso 3º del artículo 2.17.2.2.1.2, modificado por el artículo 2º del Decreto Reglamentario 119 de 2017).

¿Qué se considera inversión de portafolio?

[§ 504] Se considera inversión de portafolio la que se realice sobre cualquiera de los activos que se indican en el DUR. 1068 de 2015 literal b) inciso 3º del artículo 2.17.2.2.1.2., modificado por el artículo 2º del Decreto Reglamentario 119 de 2017).

¿Están facultadas las fiduciarias para recibir inversión de capital del exterior y cómo?

[§ 505] Sí, las fiduciarias están habilitadas legalmente para la recepción de la inversión de capital del exterior en Colombia, a través de los siguientes mecanismos:

1. Inversión directa:

1.1. Los 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 en portafolio, (DUR. 1068/2015, lit. a), art. 2.17.2.2.1.2, inc. 3º, lit. iii), modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017);

1.2. Los inmuebles ubicados en el país, adquiridos a cualquier título, bien sea directamente o mediante la celebración de negocios fiduciarios, o como resultado de un proceso de titularización inmobiliaria de un inmueble o de proyectos de construcción, y siempre que el título respectivo no se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), (DUR. 1068/2015, lit. a), art. 2.17.2.2.1.2., inc. 3º, lit. iii, modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017), y

1.3. Las participaciones en fondos de capital privado de que trata el Libro Tercero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010, o las normas que lo modifiquen o sustituyan, se encuentren inscritas o no en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), (DUR. 1068/2015, lit. a), art. 2.17.2.2.1.2, inc. 3º, lit. vii, modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017).

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.4, DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.1.2, lit. a), sublit. iii), modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017).

2. Inversión de portafolio en la adquisición de participaciones en fondos de inversión colectiva. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.3., DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.1.2, lit. b), sublit. ii), modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017).

¿Pueden los inversionistas de capitales del exterior participar en el capital de las fiduciarias?

[§ 506] Sí. Los inversionistas de capitales del exterior podrán participar en el capital de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción.

(DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.3.1.1, modificado por el art. 2º del D.R. 119/2017).

¿A quién se considera inversionista de capitales del exterior?

[§ 507] Se considera inversionista de capitales del exterior a toda persona

natural o jurídica u otras entidades no residentes titulares de una inversión extranjera directa o de portafolio en los términos previstos en el DUR. 1068 de 2015, artículos 2.17.1.2 y 2.17.2.3.1.1., modificado por el artículo 2º del Decreto Reglamentario 119 de 2017.

¿Con qué debe contar el inversionista de capital extranjero en Colombia?

[§ 508] Los inversionistas de capitales del exterior deberán nombrar un apoderado en Colombia, de acuerdo con los términos previstos en la legislación colombiana. El inversionista podrá nombrar un apoderado diferente para cada una de sus inversiones. En los casos en que exista más de un apoderado, cada uno deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 1º inciso 5º del Decreto 119 de 2017 que modificó el DUR. 1068 de 2015, artículo 2.17.2.2.2.3. respecto de las inversiones en las que actúa como apoderado.

Toda inversión de capitales del exterior de portafolio se hará por medio de un administrador quien para los efectos de este título actuará como apoderado.

(D.R. 119/2017, art. 1º que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3.).

Para la inversión de capital del exterior de portafolio debe contar con un administrador.

(D.R. 119/2017, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 1º que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 1º).

¿Pueden ser apoderadas las sociedades fiduciarias de la inversión de capitales del exterior de portafolio y qué deben cumplir?

[§ 508-1] Sí. Las sociedades fiduciarias pueden ser apoderadas de los inversionistas en la inversión de capitales del exterior de portafolio. (D.R. 119/2017, art. 2.17.2.2.2.3., que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 2º).

En el caso de las sociedades fiduciarias que tengan autorizada la actividad de custodia a que se refiere el Libro 37 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, dichas entidades podrán ser apoderados de inversionistas de capitales de portafolio en calidad de custodios y bajo las normas que regulan la referida actividad.

Para ejercer la administración de la inversión del capital extranjero la sociedad fiduciaria deberá cumplir con lo establecido en el artículo 2.37.1.1.5 del Decreto 2555 de 2010, adicionado por el artículo 1º del Decreto 1498 de 2013. (D.R. 119/2017, art. 2.17.2.2.2.3, que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 3º).

¿Qué obligaciones tiene el administrador fiduciario de la inversión extranjera de portafolio?

[§ 509] El fiduciario en calidad de administrador de la inversión extranjera de portafolio tiene las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás que deba cumplir de conformidad con las normas que lo rigen:

a) Ser el apoderado de los inversionistas de capital del exterior (D.R. 119/2017, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 1º que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 1º).

b) Tributarias;

c) Cambiarias;

d) Las de información que deba suministrar a las autoridades cambiarias o de inspección y vigilancia;

(D.R. 119/2017, art. 2.17.2.2.2.3., inc. 5º que modificó el DUR. 1068/2015, art. 2.17.2.2.2.3, inc. 5º).

¿Cuál es el régimen de transición de los Fondos de Inversión de Capital Extranjero existentes?

[§ 510] Los Fondos de Inversión de Capital Extranjero que se encontraban autorizados y en funcionamiento antes del 29 de diciembre de 2010, conforme a la normativa vigente para el momento de su autorización, serán tratados para todos los efectos como un inversionista de capitales del exterior, sujeto en todo caso a la obligación de presentar las respectivas declaraciones de sustitución o cancelación de la inversión.

(D. 119/2017, art. 3º).

Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión

¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar los fondos mutuos de inversión o sus activos?

[§ 511] Sí. Los fondos mutuos de inversión, por su cuenta y a su nombre, pueden encomendar a una fiduciaria la administración del respectivo fondo, o la administración total o parcial de los activos que lo integran, sin que ello implique delegación de la responsabilidad. En consecuencia, el fondo no se exime de sus obligaciones legales y será responsable por las actuaciones adelantadas por el administrador.

En desarrollo de la administración de las inversiones, el fiduciario tiene los mismos límites que le son aplicables al fondo mutuo de inversión por las normas que rigen sus inversiones y operaciones.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.1, subnum. 8.1.2, D. 2555/2010, art. 2.19.1.1.6).

¿Cuál ha sido la posición de la doctrina frente a los fondos mutuos de inversión?

[§ 512] DOCTRINA.—**La entrega de la administración del fondo mutuo de inversión o su portafolio a una fiduciaria no conlleva la delegación de responsabilidad del gerente o representante del fondo de inversión.** "(...) El gerente o representante legal de los fondos mutuos de inversión se considera administrador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, y en tal calidad puede contratar con entidades legalmente facultadas, la administración del portafolio del fondo mutuo que administre siempre que dicha posibilidad se encuentre previamente establecida en sus estatutos.

Por este hecho, el gerente o representante legal no podría eximirse de responsabilidad como administrador del fondo mutuo; es decir, que la entrega de la administración del portafolio no conlleva la delegación de responsabilidad por parte de los administradores frente a los fondos de inversión.

Este tipo de responsabilidad es una responsabilidad directa, denominada en el ámbito jurídico, doctrinal y jurisprudencial, como "responsabilidad invigilando", y comprende el incumplimiento de los deberes de vigilancia y dirección en que incumbe el administrador de determinada empresa, es decir, en definitiva se hace responsable a quien finalmente se beneficia económicamente

del acto y siempre que él mismo se haya cometido dentro de las funciones delegadas.

Así las cosas, el gerente o representante legal de un fondo mutuo de inversión no deslinda su responsabilidad por los actos realizados por la sociedad con quien contrate la administración del portafolio del fondo en desarrollo del contrato respectivo. Por el contrario, el gerente o representante legal, en su carácter de administrador, y con la potestad de control que tiene respecto del contrato celebrado con la sociedad contratada para administrar el portafolio, tiene el deber de vigilar que esta cumpla el contrato en los términos concedidos.

En otras palabras, el gerente o representante legal de un fondo mutuo de inversión tiene no solo el deber de garantizar el cumplimiento de la normatividad aplicable al mismo sino también la responsabilidad por un hecho ajeno, esto es, por la omisión de cumplir el contrato de administración del portafolio por parte de la sociedad que se contrate.

(...).

Puesto que las sociedades legalmente facultadas para administrar los portafolios de los fondos mutuos de inversión son las sociedades fiduciarias, los mecanismos a través de los cuales se puede desarrollar dicha actividad son la administración de portafolios de terceros y la fiducia con destinación específica, respectivamente". (Superfinanciera, Conc. 2007061131-001, oct. 25/2007).

Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados

¿En qué consiste la fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados?

[§ 513] Es el negocio fiduciario mediante el cual se entregan sumas de dinero o bienes del sistema de seguridad social a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que esta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.5).

¿Cuáles son las modalidades de fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados?

[§ 514] Presenta las siguientes modalidades:

a) **Pasivos pensionales:** Es el negocio fiduciario mediante el cual se entrega a una sociedad fiduciaria recursos para la administración, inversión y constitución de reservas y garantías destinadas a la atención y/o normalización de pasivos pensionales, tales como el pago de mesadas pensionales, cuotas partes pensionales o cualquier otra obligación derivada de dichos pasivos.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.5, subnum. 8.5.1; D. 2955/2010; D. 941/2002).

b) **Recursos de la seguridad social:** Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la entrega a una sociedad fiduciaria, de recursos destinados a algunas operaciones relacionadas con el sistema de seguridad social en las áreas de salud y riesgos profesionales, para ser administrados por ella.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 8.5, subnum. 8.5.2).

Otros fondos

Fondos Voluntarios de Pensión

Generalidades

¿Qué son los fondos voluntarios de pensión?

[§ 515] Los Fondos Voluntarios de Pensión corresponden a un mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con los aportes de los partícipes y patrocinadores del mismo y sus rendimientos, para ser gestionados de manera colectiva y obtener resultados económicos colectivos, con el fin de cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.2.).

¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar fondos voluntarios de pensiones?

[§ 516] Sí, de conformidad con lo previsto en el literal h) del numeral 1 del artículo 29, el numeral 1 del artículo 30 y el numeral 3 del artículo 183, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los Fondos Voluntarios de Pensión podrán ser administrados por sociedades fiduciarias.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.3.).

¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar varios fondos voluntarios de pensión?

[§ 517] Sí. La Superintendencia Financiera de Colombia podrá autorizar a una sociedad fiduciaria para administrar varios Fondos Voluntarios de Pensión cuando la naturaleza de los planes de pensiones lo exija y siempre que no se pongan en peligro los intereses de los partícipes de los diversos planes y fondos.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.6.).

¿Quién autoriza la constitución de los fondos voluntarios de pensiones de jubilación voluntarios?

[§ 518] Los fondos voluntarios de pensiones se constituirán, previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia (D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.5.).

¿Cómo se constituyen los fondos voluntarios de pensiones?

[§ 519] Las sociedades fiduciarias al momento de la constitución y durante la vigencia del fondo, deberán contar con personal idóneo para la administración de Fondos Voluntarios de Pensión, tener capacidad administrativa e infraestructura tecnológica y operativa suficiente

para administrar el respectivo fondo, y cumplir con los requisitos previstos en los numerales 3, 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 3.1.1.3.1 del Decreto 2555 de 2010, para los fondos de inversión colectiva.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.4).

¿Quiénes son los partícipes, beneficiarios y patrocinadores de los fondos voluntarios de pensiones?

[§ 520] Los partícipes de los Fondos Voluntarios de Pensión corresponden a todas aquellas personas naturales en cuyo interés se crea el plan; los beneficiarios son aquellas personas naturales que tienen derecho a percibir las prestaciones establecidas en el plan; y las entidades patrocinadoras son aquellas empresas, sociedades, sindicatos, asociaciones o gremios que participan en la creación o desarrollo de un plan institucional.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.2., par.).

Plan de pensiones

¿Cómo pueden ser los planes de pensión voluntaria?

[§ 521] Los planes voluntarios de pensión sólo podrán ser de contribución definida, entendidos como aquellos que tienen como objeto establecer la cuantía de los aportes de las patrocinadoras y de los partícipes en el plan. (D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, par., art. 2.42.1.2.1, inc. 1º).

¿Cuáles son las clases de planes voluntarios?

[§ 522] Según el tipo de vinculación, los planes voluntarios de pensión podrán ser abiertos o institucionales.

1. Los planes abiertos corresponden a aquellos a los cuales puede vincularse como partícipe cualquier persona natural que manifieste su voluntad de adherir al plan. (D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.2.1, par., inc. 2º).

2. Los institucionales son aquellos de los cuales sólo pueden ser partícipes los trabajadores, contratistas o miembros de las entidades que los patrocinen. (D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.2.1, par., inc. 2º).

Previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, las sociedades administradoras podrán conformar planes institucionales en los que participen dos o más entidades patrocinadoras, y sus respectivos trabajadores, contratistas o miembros. Estos planes podrán conformarse siempre que no se pongan en peligro los intereses de los partícipes y patrocinadores de los diversos planes y fondos. (D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.2.1. par.).

¿Quién ejerce la Supervisión de la administración del fondo voluntario de pensión?

[§ 523] Corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia ejercer la inspección, control y vigilancia sobre la sociedad fiduciaria que administra el Fondo Voluntario de Pensión para que dicha administración se ajuste a lo dispuesto por el marco regulatorio vigente, la política de inversión y gestión, el reglamento de funcionamiento del fondo y los planes voluntarios de pensión.

(D. 1207/2020, art. 1º que adicionó el Libro 42 a la Parte 2 del D. 2555/2010, art. 2.42.1.1.7, par.).

Otras operaciones autorizadas

¿Qué otras operaciones han sido autorizadas a las sociedades fiduciarias?

[§ 524] El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autoriza a las sociedades fiduciarias para realizar, en desarrollo de su objeto social, las siguientes operaciones:

1. Obrar como agente de transferencia y registro de valores;

2. Celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.

3. Obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin;

4. Prestar servicios de asesoría financiera;

5. Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil;

6. Obrar como representante de tenedores de bonos;

7. Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Financiera, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

8. Actuar como custodios de valores. (D. 1498/2013, art. 1º; D. 2555/2010, Libro 37, Parte 2, art. 2.37.2.1.1).

9. Prestar el uso de red de sus oficinas mediante la celebración de contrato remunerado con el usuario. (arts. 2.34.1.1.1 y ss. del D. 2555/2010).

Obrar como agente de transferencia y registro de valores

¿Cuál es el rol de la fiduciaria al obrar como agente de transferencia y registro de valores?

[§ 525] La fiduciaria obra como agente de transferencia y registro de valores, cuando administra una emisión de títulos efectuada por un tercero, en donde su papel es únicamente la entrega de los valores emitidos, la anotación de la suscripción en los registros establecidos, la cancelación del importe de títulos y la recepción de dineros destinados a tal suscripción, actuando en todos los casos en nombre y por cuenta del emisor (EOSF, art. 29, num. 1º, lit. c)).

La función de transferencia se cumple tanto cuando se recibe el dinero del suscriptor del título o valor como cuando se cancela su importe o el de los rendimientos.

La función de registro se cumple en el momento de la colocación, en las negociaciones ulteriores y al momento de la cancelación de los rendimientos o del capital.

¿Qué ha dicho la doctrina sobre el rol de la fiduciaria como agente de transferencia y registro de valores?

[§ 526] DOCTRINA.—**Alcance de la expresión agente de transferencia y registro de valores** "(...) El rol de agente de transferencia y registro de valores (expresiones estas acuñadas en la Ley 45 de 1923 y reproducidas en la Ley 45 de 1990), es el que cumple el establecimiento de crédito cuando administra una emisión de títulos efectuada por un tercero, en donde su papel se contrae a la entrega de valores de una emisión, la anotación de la suscripción en los registros establecidos y, eventualmente, de transacciones ulteriores, la cancelación del importe de títulos y la recepción de dineros destinados a la aludida suscripción, actuando en todos los casos en nombre y por cuenta del emisor.

La función de transferencia se cumple tanto cuando se recibe el dinero del suscriptor del título o valor como cuando se cancela su importe o el de los rendimientos.

La función de registro se cumple en el momento de la colocación, en las negociaciones ulteriores y al momento de la cancelación de los rendimientos o del capital.

El papel del agente de transferencia y registro de valores es, como se deduce de lo expuesto, esencialmente instrumental. La realización de gestiones diferentes como la de promover la colocación de valores, la actuación como underwriter, etc., no están comprendidas en la órbita de acción del agente de transferencia y registro de valores y, por consiguiente, no pueden ser realizadas por los establecimientos de crédito".

(Superfinanciera, Conc. 2005054221-001, feb. 24/2006).

NOTA: A partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, este servicio fiduciario lo prestan las sociedades fiduciarias.

¿Pueden las fiduciarias celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras?

[§ 527] Sí, las fiduciarias pueden celebrar contratos de administración de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.

(EOSF, art. 29, num. 1º, lit. i); L. 795/2003, art. 4º).

Obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en los juzgados

¿Puede obrar la fiduciaria como síndico, curador o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado?

[§ 528] La fiduciaria puede obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin. (EOSF, art. 29, num. 1º, lit. e); L. 1306/2009, arts. 57 y 70).

Prestar servicios de asesoría

¿Qué tipo de asesorías existen?

[§ 529] Existen dos tipos de asesoría:

1. La asesoría de valores (D. 2555/2010, arts. 2.40.1.1.1 y ss.), y

2. La asesoría Financiera (EOSF., art. 29).

¿En qué consiste la asesoría de valores?

[§ 530] La asesoría de valores es una actividad del mercado de valores que únicamente puede ser desarrollada por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia conforme a las reglas que disponen el funcionamiento de los elementos e instrumentos requeridos para que los inversionistas puedan tomar decisiones de inversión según lo previsto en el Libro 40 del Decreto 2555 de 2010.

Para el efecto las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia elaborarán el perfil del inversionista, establecerán el perfil del producto, realizarán el análisis de conveniencia del producto para el inversionista, suministrarán recomendaciones profesionales, entregarán información y efectuarán la distribución de los productos, de conformidad con las reglas establecidas en atención a la calidad de los inversionistas y a las características de los productos.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.1.).

¿En qué consiste la asesoría financiera?

[§ 531] La asesoría financiera es la facultad que tienen las fiduciarias de aconsejar o guiar a sus clientes en relación con operaciones de tipo financiero de acuerdo con sus conocimientos específicos sobre el manejo del negocio que los mismos pretenden realizar.

(EOSF, art. 29, num. 1º, lit. f)).

¿Cuál es el alcance del deber de asesoría de la fiduciaria en los negocios fiduciarios?

[§ 532] El deber de asesoría no debe confundirse con el de información y salvo que el contrato sea de inversión, solamente será obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. El fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio según la naturaleza y condiciones de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 2.2.1, subnum. 2.2.1.2.2).

¿Qué normatividad debe cumplir la sociedad fiduciaria cuando desarrolle la actividad de asesoría de valores?

[§ 533] La sociedad fiduciaria en la actividad de asesoría, como intermediaria del mercado de valores, deberá cumplir con lo dispuesto en el Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, artículo 2.40.1.2.1. numerales 1º, 4º, 6º, y 7º Modificado por el artículo 1º del Decreto 661 de 2018 que adicionó el Libro 40 a la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de la asesoría de valores?

[§ 534] DOCTRINA.—**La asesoría como actividad del mercado de valores.** "(…) El Decreto 661 de 2018, por medio del cual se adicionó el Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, señala en su artículo 1º que "la asesoría es una actividad del mercado de valores que únicamente puede ser desarrollada por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia conforme a las reglas que disponen el funcionamiento de los elementos e instrumentos requeridos para que los inversionistas puedan tomar decisiones de inversión".

En esta misma línea, señala que "las entidades que desarrollen la actividad de asesoría deberán hacerlo a través de las **personas naturales que expresamente autoricen para la ejecución de dicha actividad**, las cuales deberán estar inscritas en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores —RNPMV— y contar con la certificación en la modalidad que les permita la realización de esta actividad" (Destacado por fuera del texto).

Entonces, tomando como punto de partida una interpretación gramatical de la disposición mencionada, se desprende que la norma únicamente hace alusión a la existencia de **personas naturales autorizadas** por parte del intermediario de valores para ejecutar la actividad de asesoría, inscritas en el RNPMV, más no de personas naturales vinculadas laboralmente al mismo.

(…).

Sin perjuicio de lo expuesto en este oficio, para el desarrollo de la asesoría como actividad del mercado de valores, los intermediarios del mercado de valores deberán tener en cuenta las instrucciones que para el efecto expida esta Superintendencia, incluyendo aquellas disposiciones particulares que puedan incluirse respecto a las personas naturales autorizadas por dichas entidades vigiladas para ejecutar la actividad referida, así como observar las reglas y/o deberes que eventualmente se incorporen en tales instrucciones frente al asunto consultado. (Superfinanciera. Conc. 2021138865-001, ago. 11/2021).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de la asesoría financiera?

[§ 535] DOCTRINA.—**El contrato de asesoría financiera no debe celebrarse como contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario.** "(...) En primer lugar, en cuanto al alcance de la prestación de servicios de asesoría financiera a que hace referencia el literal f) del numeral 1º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del

Sistema Financiero, es preciso señalar que se reduce a la facultad que tienen las fiduciarias de aconsejar o guiar a sus clientes en relación con operaciones de tipo financiero de acuerdo con sus conocimientos específicos sobre el manejo del negocio que los mismos pretenden realizar.

Como lo señala la doctrina, la actividad de asesorar o aconsejar "tiene un mayor contenido obligacional que la mera información y demanda del profesional de suministrar opiniones fundamentadas sobre las materias objeto de su labor, con el fin de ilustrar al cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta y de orientarlo en sus decisiones y escogencias (...)", con el objeto de "incitarlo o tratar de persuadirlo para que adopte la solución que parezca más conveniente para él". (Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Bogotá. Beneficencia de Cundinamarca contra Fiduciaria Central S.A., jul. 31/2000).

Bajo este entendido, es viable concluir que la actividad de asesorar supone orientar al cliente frente a una serie de alternativas de inversión, a partir de las cuales él, por su propia cuenta y sin que exista ningún tipo de presión por parte de la entidad que lo aconseja, escoja una o varias de ellas. Para cumplir esta finalidad, la fiduciaria debe suministrarle la información requerida conociendo previamente sus necesidades e intereses de negociación, de modo tal que sea inteligible para el cliente, así como exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trata.

En este orden de ideas, toda vez que el contrato de asesoría financiera que están autorizadas las fiduciarias para celebrar no supone la administración de bienes o derechos por parte de esta para un determinado fin, sino el simple consejo o asesoría, no deben celebrarse como contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario.

Lo anterior sin perjuicio de que "(...) pueda presentarse el caso de que la sociedad fiduciaria preste servicios de asesoría financiera dentro del contexto de las obligaciones originadas en la celebración de un contrato de fiducia de inversión, en el que la sociedad fiduciaria tiene la obligación, entre otras, de asesorar al fideicomitente para "la fijación de políticas, criterios y procedimientos que se deben seguir en la selección de los activos que deben adquirirse, mantenerse o liquidarse en relación con el portafolio de inversiones del contrato; la realización periódica de evaluaciones de riesgo de los emisores de los títulos en los cuales han de invertirse o se encuentran ya invertidos los recursos fideicomitidos; el análisis y el seguimiento permanente de la situación y perspectivas del mercado — incluyendo, en su caso, la elaboración de las respectivas proyecciones económicas y financieras— o la realización en fechas ciertas, de determinados pagos al fideicomiso o a otros terceros".

Ahora bien, en lo que se refiere a cuál clase de contrato debe celebrarse para la prestación de servicios de asesoría financiera por parte de una sociedad fiduciaria, a juicio de este despacho resulta jurídicamente viable celebrar un contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea la asesoría financiera en los términos arriba expuestos por parte de la fiduciaria. Vale la pena advertir que el contenido de las obligaciones establecidas en tal contrato deberá enmarcarse en la asesoría o consejo financiero en los términos señalados y no podrá hacerse extensivo a otro tipo de operaciones pues, en tal caso, la fiduciaria estaría actuando fuera de su marco legal". (Superfinanciera, Conc. 2008052712-001, sep. 25/2008).

Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil

¿En qué eventos pueden las sociedades fiduciarias emitir bonos?

[§ 536] Las sociedades fiduciarias pueden emitir bonos en los siguientes eventos:

a) Por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º, inc. 1º del Decreto 1026 de 1990; y

b) Por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión. (D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.2).

(EOSF, art. 29, num. 1º, lit. g); D. 1026/1990, art. 3º, inc. 1º).

¿Cuáles son las estipulaciones mínimas que debe tener el contrato de fiducia mercantil para la emisión de bonos?

[§ 537] En el contrato de fiducia o en el encargo fiduciario respectivo se estipulará por lo menos lo siguiente:

a) Los bienes que las sociedades fideicomitentes entreguen a la entidad fiduciaria para efectos de garantizar el empréstito, cuyo valor no podrá ser inferior a una vez y media el monto del empréstito y sus intereses;

b) La destinación del producto de la emisión y la forma de distribuir los recursos entre las sociedades que hayan constituido la fiducia o conferido el encargo fiduciario;

c) La obligación de las respectivas sociedades de entregar al fiduciario, por lo menos con cinco días comunes de anticipación al vencimiento respectivo, el dinero necesario para pagar los intereses y el capital;

d) La obligación del fiduciario de obtener del respectivo establecimiento de crédito los fondos necesarios para atender el pago o de vender los bienes de la fiducia que sean necesarios para el mismo fin, en el evento en que no se le entreguen oportunamente los dineros necesarios para cancelar el capital o los intereses. Lo anterior, sin perjuicio de que el fiduciario o, cuando sea del caso, el representante de los tenedores intente las acciones legales contra la sociedad incumplida, y

e) Las demás características de la emisión.

(EOSF, art. 149 num. 1º).

¿Qué es una emisión sindicada de bonos?

[§ 538] Es aquella emisión de bonos para ser colocada en oferta pública que realizan agrupada y simultáneamente un número plural de entidades, las cuales se constituyen en deudores solidarios de la misma, siempre y cuando:

1. Se constituya aval sobre la totalidad del capital e intereses que hayan de pagarse para atender la emisión sindicada,

o alternativamente, todos los emisores agrupados en la emisión sindicada se constituyan en deudores solidarios de la misma;

2. Se establezca un acuerdo escrito entre los emisores sindicados, donde se prevea, como mínimo:

a) La identificación de las entidades que realizarán la emisión sindicada;

b) Las reglas necesarias para la sindicación;

c) El monto total de la emisión sindicada y sus características;

d) El monto que aspira a recibir cada una de ellas del total de la colocación;

e) Las reglas que se establezcan para la distribución de dichos recursos entre los participantes de la sindicación;

f) El monto por el cual cada una de las entidades sindicadas responderá, de pactarse la sindicación a través de aval;

g) La obligación de pago de los bonos por cada una de las entidades que participan en la sindicación, la cual es de carácter personal, directo e incondicional;

h) El procedimiento a seguir cuando los emisores sindicados se constituyen en deudores solidarios de la emisión sindicada;

i) Los procedimientos específicos que deberán poner en práctica cada una de las entidades sindicadas, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se adquieran con los suscriptores de los valores emitidos;

j) La representación legal única de sus participantes, para todos los efectos de la emisión;

k) La relación entre dicha sindicación y el representante de tenedores de bonos;

l) Las demás que con el fin de cumplir los cometidos establecidos en la ley, resulten indispensables a juicio de la Superintendencia Financiera de Colombia;

3. Se confiera la administración de la emisión sindicada a una sola sociedad fiduciaria o a un depósito centralizado de valores.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.2).

¿Qué se debe cumplir para la realización de una emisión sindicada de bonos, por un número plural de entidades?

[§ 539] Se debe cumplir con lo siguiente:

1. Se debe constituir un aval sobre la totalidad del capital e intereses que hayan de pagarse para atender la emisión sindicada, o alternativamente, todos los emisores agrupados en la emisión sindicada se deben constituir en deudores solidarios de la misma;

2. Se debe establecer un acuerdo escrito entre los emisores sindicados, donde se prevea, lo establecido en el numeral 2º del artículo 6.4.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010.

3. Se debe conferir la administración de la emisión sindicada a una sola sociedad fiduciaria o a un depósito centralizado de valores.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.2).

¿Cuáles son los requisitos para la emisión sindicada de bonos?

[§ 540] Son requisitos para la emisión de bonos los siguientes:

1. El monto de la emisión de bonos objeto de inscripción en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) para realización de oferta pública o para inscripción en bolsa, no debe ser inferior a cincuenta y dos mil seiscientos veintiséis coma

cuatro unidades de valor tributario (UVT) (52.626,04), salvo que se trate de emisiones de bonos de riesgo, para las cuales no aplicará esta limitante.

2. Que las acciones se encuentren inscritas en bolsa de valores. Cuando se trate de realizar la emisión de bonos convertibles en acciones o de bonos con cupones para la suscripción de acciones, con el objeto de realizar oferta pública, o con el de posterior inscripción en bolsa.

3. Los bonos ordinarios que se vayan a colocar por oferta pública deberán ser inscritos en una bolsa de valores con anterioridad a la misma. Estarán exceptuados de esta obligación los bonos que hagan parte de una emisión de Segundo Mercado, cuya inscripción será voluntaria de conformidad con lo establecido en el artículo 5.2.3.2.1 del Decreto 2555 de 2010.

4. Ninguna entidad podrá efectuar una nueva emisión de bonos cuando incursa en cualquiera de los casos indicados en el numeral 4º del artículo 6.4.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010.

5. No podrán emitirse bonos con vencimientos inferiores a un (1) año. Sin embargo, cuando se trate de bonos convertibles en acciones, en el prospecto de emisión podrá preverse que la conversión puede realizarse antes de que haya transcurrido un año contado a partir de la suscripción del respectivo bono.

(D. 2555/2010 art. 6.4.1.1.3).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina respecto a la emisión de bonos?

[§ 541] DOCTRINA.—**Eventos en que el fideicomiso ha sido empleado para apoyar directamente la actividad mediante la emisión directa de bonos.** "(...) El fideicomiso ha sido empleado para apoyar directamente la actividad mediante la emisión directa de bonos, en dos eventos:

5.1.2.1. **Actuando en nombre de un fideicomiso constituido por un número plural de sociedades**

Así lo prevé el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual exige que en el contrato se prevea que el valor de los bienes transferidos al patrimonio represente, al menos, una vez y media el de los bonos que puedan emitirse, más sus intereses. Previsión que traduce una noción clásica cuantitativa en materia de coberturas, propia de los distintos tipos de garantías, que entiende como razonable que exista un margen o diferencia entre el valor de las obligaciones respaldadas y el superior de los bienes que vinculan como respaldo.

Así mismo, la forma de distribuir los recursos entre las entidades constituyentes y la obligación, de estos últimos, de proveer oportunamente de fondos a la fiduciaria para asegurar el pago del capital y los intereses.

5.1.2.2. **Actuando en nombre de un número plural de sociedades que cuenten con garantías especiales**

Cuando se trate de la emisión por cuenta de sociedades, caso en el cual y por definición, no estaríamos en el evento de una fiducia mercantil, pues de serlo actuaría en nombre del patrimonio autónomo, como titular del mismo. Puede pensarse en un mero encargo fiduciario, para cuyo desarrollo y ejecución recibiese una suma de dinero destinada a atender los costos de la emisión, que, por cierto, son elevados. Y ello para satisfacer la distinción doctrinaria en virtud de la cual tanto en la fiducia mercantil como en el encargo fiduciario debe entregarse un bien, transfiriéndolo a título de propiedad fiduciaria, en el primer caso y entregándolo en mera tenencia, en el último, en ambos casos en procura de la obtención de una finalidad. Pero cabría estructurar una fiducia mercantil que tuviese las mismas garantías y a cuyo patrimonio se aportaran, incluso, bienes susceptibles de liquidarse para atender el pago de pasivos.

En este evento la garantía especial ha de constituirse por el aval de un banco o por su constitución en codeudor solidario del monto de la emisión y exige incorporar en el contrato la obligación del fiduciario de obtener los fondos necesarios para realizar los pagos por el capital o intereses, así como la de vender los activos

en su poder con igual propósito". (RODRÍGUEZ AZUERO. Sergio. *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina.* Segunda edición 2017, Legis, Bogotá, págs. 532 a 534).

¿Cuáles son las condiciones que deben cumplir las sociedades fideicomitentes para emitir bonos?

[§ 542] Será necesario que las sociedades fideicomitentes cumplan todas las condiciones previstas por el Decreto 1026 de 1990. Sin embargo, no se requerirá que tengan el carácter de anónimas y bastará que las mismas se encuentren sometidas a la vigilancia de la superintendencia en el momento de la emisión.

De otra parte, el monto de la emisión no se sujetará a los límites previstos por los incisos primero, segundo y tercero del artículo 2º del Decreto 1026 de 1990.

(EOSF, art. 149, num. 2º).

Obrar como representante de tenedores de bonos

¿Es necesario tener un representante de los tenedores de los bonos colocados o negociados en el mercado de valores?

[§ 543] Sí. Los bonos emitidos para su colocación o negociación en el mercado de valores, deberán contar con un representante de los tenedores de los bonos.

Tratándose de bonos de riesgo podrá nombrarse un representante de dichos tenedores. (D. 1026/1990, art. 28; EOSF, art. 150; D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.5).

¿Pueden obrar las sociedades fiduciarias como representantes de tenedores de bonos?

[§ 544] De conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias pueden obrar como representante legal de tenedores de bonos. (D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.5 modificado por el D.1235/2020, art. 21, inc. 2º).

¿Cuándo la fiduciaria se encuentra inhabilitada para obrar como representante legal de los tenedores de bonos de una emisión?

[§ 545] La sociedad fiduciaria está inhabilitada cuando se encuentre en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que haya incumplido sus obligaciones como representante legal de tenedores de bonos en otra emisión;

2. Que sea beneficiario real de más del diez por ciento (10%) del capital social de la entidad emisora o que esta sea beneficiaria real del diez por ciento (10%) o más de su capital;

3. Que los beneficiarios reales de más de diez por ciento (10%) de su capital social, lo sean también de más del diez por ciento (10%) del capital de la sociedad emisora;

4. Que el representante legal de la entidad sea cónyuge o familiar hasta en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con algún miembro de la junta directiva o funcionario de nivel directivo de la entidad emisora, o de cualquier otra persona natural que se encuentre en alguno de los supuestos a que se refiere el numeral 2 del presente parágrafo.

5. Que tenga la calidad de gestor profesional o de sociedad administradora del fondo de capital privado que emite bonos.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.5 modificado por el D.1235/2020, art. 21, par. 1º).

¿Qué situaciones se entienden generadoras de conflictos de interés y qué debe hacer el representante legal de tenedores de bonos ante su ocurrencia?

[§ 546] Se entenderán como situaciones generadoras de conflictos de interés, que deben ser administradas y reveladas por el representante legal de los tenedores de bonos, entre otras:

1. Que ejerza funciones de asesoría de la entidad emisora en materias relacionadas con la emisión.

2. Que sea garante de una o más obligaciones de la sociedad emisora.

3. Que haya suscrito un contrato donde garantice colocar la totalidad o parte de la emisión.

4. Que sea beneficiario real de más del veinticinco por ciento (25%) del capital de una persona jurídica que se encuentre en uno de los supuestos a que se refieren los numerales 2 y 3 del presente parágrafo.

5. Que en forma individual o conjunta con su matriz y/o entidades vinculadas, sea titular de acreencias que representen más del diez por ciento (10%) del total de los pasivos de la entidad emisora de los bonos.

6. Que los beneficiarios reales de más del veinticinco por ciento (25%) del capital social lo sean también en la misma proporción de una persona jurídica que se encuentre bajo alguno de los supuestos previstos por los numerales 2, 3 o 5 del presente parágrafo.

7. Que tenga la calidad de inversionista de la emisión.

8. Las demás que puedan constituir una situación de conflicto de interés con los tenedores de bonos, a juicio de la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.5 modificado por el D.1235/2020, art. 21, par 2º).

¿Qué debe hacer la Sociedad fiduciaria cuando en el curso de la emisión se encuentre en una situación que la inhabilite?

[§ 547] La Sociedad fiduciaria en calidad de representante de los tenedores deberá convocar inmediatamente a la asamblea de tenedores para que decida sobre su reemplazo, cuando en el curso de la emisión se encuentre en una situación que lo inhabilite para continuar actuando en tal calidad.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.10, par.).

¿Quién designa al representante de los tenedores de bonos?

[§ 548] El representante de los tenedores de bonos será inicialmente designado por la sociedad emisora. (D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.10, inc. 1º).

La asamblea general de los tenedores de bonos podrá en cualquier tiempo remover al representante y designar su reemplazo. (D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.10, inc. 2º).

¿Qué documento deberá suscribir la fiduciaria en calidad de representante legal de los tenedores de los bonos con la entidad emisora?

[§ 549] La fiduciaria en calidad de representante de los tenedores de bonos deberá suscribir con la entidad emisora un contrato de representación de tenedores de bonos, el cual contendrá, cuando menos, lo siguiente:

a) Las cláusulas que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la entidad emisora y el representante legal de los tenedores de bonos;

b) Las obligaciones del representante legal de los tenedores de bonos, y

c) La obligación para la entidad emisora de suministrar al representante de los tenedores todas las informaciones

que requiera para el desempeño de sus funciones, y de permitirle inspeccionar, en la medida que sea necesario para el mismo fin, sus libros, documentos y demás bienes. Igualmente, en dicho contrato la entidad emisora ordenará a su revisor fiscal suministrar al representante de los tenedores todas las informaciones que requiera para el desempeño de sus funciones.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.7).

¿Cuáles son las funciones del representante de los tenedores de bonos?

[§ 550] El representante legal de los tenedores de bonos colocados o negociados en el mercado de valores tendrá las siguientes funciones:

a) Realizar todos los actos de administración y conservación que sean necesarios para el ejercicio de los derechos y la defensa de los intereses comunes de los tenedores;

b) Llevar a cabo los actos de disposición para los cuales lo faculte la asamblea de tenedores;

c) Actuar en nombre de los tenedores de bonos en los procesos judiciales y en los de quiebra o concordato, así como también en los que se adelanten como consecuencia de la toma de posesión de los bienes y haberes o la intervención administrativa de que sea objeto la entidad emisora. Para tal efecto, el representante de los tenedores deberá hacerse parte en el respectivo proceso dentro del término legal, para lo cual acompañará a su solicitud como prueba del crédito copia auténtica del contrato de emisión y una constancia con base en sus registros sobre el monto insoluto del empréstito y sus intereses;

d) Representar a los tenedores en todo lo concerniente a su interés común o colectivo;

e) Intervenir con voz pero sin voto en todas las reuniones de la asamblea de accionistas o junta de socios de la entidad emisora;

f) Convocar y presidir la asamblea de tenedores de bonos;

g) Solicitar a la Superintendencia Financiera de Colombia los informes que considere del caso y las revisiones indispensables de los libros de contabilidad y demás documentos de la sociedad emisora;

h) Informar a los tenedores de bonos y a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la mayor brevedad posible y por medios idóneos, sobre cualquier incumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad emisora y/o la sociedad administradora del fondo de capital privado.

i) Las demás funciones que se establezcan en el contrato o que le asigne la de tenedores de bonos.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.9).

¿Se debe inscribir el nombramiento del representante legal de los tenedores de los bonos?

[§ 551] Sí. El nombramiento del representante legal de los tenedores de bonos deberá inscribirse en la cámara de comercio del domicilio principal del emisor, con la copia del acto administrativo proferido por la autoridad pública que haya autorizado la emisión, en el cual conste que la entidad fue designada como representante de los tenedores y que no se encuentra inhabilitada para desarrollar dichas funciones. Efectuada

la inscripción, la persona nombrada conservará tal carácter hasta cuando se inscriba el nuevo representante.

Cuando la asamblea de tenedores de bonos designe un nuevo representante legal, el respectivo contrato suscrito con la entidad emisora y la persona designada como nuevo representante legal de los tenedores de bonos deberá suscribirse e inscribirse en el registro mercantil dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la realización de la asamblea.

(D. 2555/2010, arts. 6.4.1.1.7, inc. 5º y 6.4.1.1.11).

¿Para qué se requiere la inscripción del nombramiento del representante de los tenedores de los bonos?

[§ 552] La inscripción del nombramiento del representante se requiere para ejercer las funciones de su cargo, salvo en lo que se refiere a las actuaciones que cumpla durante el trámite de la solicitud de autorización de la emisión, para lo cual será suficiente la designación por parte del emisor.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.12).

¿Cómo se prueba la calidad de representante de los tenedores de bonos?

[§ 553] La certificación expedida por la cámara de comercio respecto de la persona que tenga la representación legal de los tenedores de bonos, constituirá prueba única de su personería.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.13).

¿Cuándo procede la renuncia del representante de los tenedores?

[§ 554] El representante legal de los tenedores de bonos sólo podrá renunciar al cargo por motivos graves que calificará la entidad estatal que haya autorizado la emisión de los bonos o por las justas causas previstas en el contrato de emisión.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.14).

¿Cuál es la responsabilidad del representante de los tenedores de los bonos?

[§ 555] El representante legal de los tenedores de bonos responderá hasta de la culpa leve.

(D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.37).

Actuar como custodios de valores

¿Quién puede ejercer la actividad de custodia de valores?

[§ 556] Solo las sociedades fiduciarias pueden ejercer la actividad de custodia de valores siempre que cuenten con previa autorización de la Superintendencia Financiera acreditando el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley para el efecto.

(D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.1).

¿Cuál es la naturaleza de la actividad de custodia de valores?

[§ 557] Esta actividad es una actividad del mercado de valores, por medio de la cual el custodio ejerce el cuidado y la vigilancia de los valores y recursos en dinero custodiado para el cumplimiento de operaciones sobre dichos valores.

(D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.1).

¿Pueden las sociedades fiduciarias ejercer la actividad de custodia?

[§ 558] Sí. La actividad de custodia de valores solo podrá ser ejercida por las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para el efecto, el custodio deberá celebrar con el custodiado el correspondiente contrato de custodia.

(D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.1. adicionado por el art. 1º del D. 1498/2013).

¿Quién autoriza a las sociedades fiduciarias la actividad de custodia?

[§ 559] La Superintendencia Financiera de Colombia es quién autoriza a las sociedades fiduciarias para ejercer la actividad de custodia, cuando acredite los requisitos exigidos en el artículo 2.37.2.1.3. D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.1. adicionado por el art. 1º del D. 1498/2013.

¿Puede una fiduciaria autorizada para ejercer custodio, custodiar los valores del fondo de inversión colectiva que ella misma administra?

[§ 560] No, en ningún caso la custodia de los valores que hacen parte de un fondo de inversión colectiva podrá ser realizada por la misma sociedad administradora del respectivo fondo o por el gestor externo en caso de existir.

(D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.4, par. 3º).

¿Cuáles son los servicios obligatorios de la fiduciaria en ejercicio de la actividad de custodia?

[§ 560-1] La fiduciaria de manera obligatoria deberá prestar los siguientes servicios:

1. Salvaguarda de los valores: Por medio del cual se custodian los valores, así como los recursos en dinero del custodiado para el cumplimiento de operaciones sobre dichos valores. De igual manera, se asegura que la anotación en cuenta a nombre del custodiado sea realizada en un depósito de valores, o en un subcustodio, según sea el caso.

La salvaguarda de los activos incluye el manejo de las cuentas bancarias del custodiado, con el propósito de realizar la compensación y liquidación de operaciones

que se realicen sobre los valores que son objeto de la actividad de custodia.

2. Compensación y liquidación de operaciones: Por medio del cual el custodio, de acuerdo con las instrucciones del custodiado o la persona autorizada por este, participa desde la etapa de confirmación en el proceso de la compensación de operaciones sobre valores, y realiza las labores necesarias para liquidar definitivamente las operaciones sobre valores que haya ratificado el custodiado.

3. Administración de derechos patrimoniales: Por medio del cual el custodio realiza el cobro de los rendimientos, dividendos y del capital asociados a los valores del custodiado.

(D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.2).

¿Cuáles son los servicios especiales que podrá prestar la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores que hacen parte de portafolios de fondos de inversión colectiva?

[§ 561] La fiduciaria podrá prestar adicionalmente los siguientes servicios especiales:

1. Valoración del portafolio del fondo de inversión colectiva y sus participaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento del mismo, las demás normas aplicables y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y

2. Contabilidad del fondo de inversión colectiva custodiado, de acuerdo con las reglas que sobre el particular establezca la Superintendencia Financiera de Colombia. Para el efecto, el administrador del fondo de inversión colectiva deberá suministrarle oportunamente al custodio toda la información necesaria para la prestación de este servicio.

Estos servicios especiales deberán ser prestados por parte de la misma entidad que presta al fondo de inversión colectiva custodiado, los servicios obligatorios y complementarios de custodia, cuando sea el caso.

(D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.4).

¿Cuáles son los servicios complementarios que podrá prestar la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores?

[§ 562] El custodio y el custodiado podrán pactar la prestación de los siguientes servicios complementarios por parte del custodio:

1. Administración de derechos políticos: Por medio del cual el custodio ejerce los derechos políticos inherentes a los valores objeto de custodia, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto le imparta el custodiado.

2. Valoración: Por medio del cual el custodio efectúa la valoración de los valores objeto de custodia de acuerdo con lo dispuesto en las normas aplicables a dichos valores.

3. Transferencia temporal de valores. El custodiado podrá autorizar al custodio para que actúe en nombre y por cuenta de este en calidad de agente de transferencia de valores para la administración, negociación y liquidación de las operaciones de transferencia temporal de valores realizadas respecto de los valores custodiados, en los términos previstos en el numeral 3º del artículo 2.37.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 modificado parcialmente por el artículo 9º del Decreto 1351 de 2019.

4. Obligaciones fiscales: Cumplimiento de las obligaciones fiscales que se encuentren en cabeza del custodiado,

respecto de los valores entregados en custodia.

5. Obligaciones cambiarias: Cumplimiento de las obligaciones cambiarias que se encuentren en cabeza del custodiado, respecto de los valores entregados en custodia.

(D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.3. adicionado por el art. 1º del D. 1498/2013).

¿Cuáles son las obligaciones especiales de la fiduciaria cuando actúa como custodio de valores de fondos de inversión colectiva?

[§ 563] Además de los servicios obligatorios establecidos en el artículo 2.37.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 y de las obligaciones establecidas en el artículo 2.37.2.1.4 del mismo decreto, deberán cumplir las siguientes obligaciones:

1. Asegurar que se haya realizado la anotación en cuenta de los derechos o saldos de los titulares de los valores en custodia, a nombre de la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva custodiado y del fondo de inversión colectiva del cual hagan parte.

2. Verificar el cumplimiento de las normas establecidas en el reglamento del fondo de inversión colectiva y de los límites, restricciones y prohibiciones legales aplicables a las operaciones del fondo que versen sobre los valores custodiados, así como cerciorarse que las instrucciones se ajustan a la política de inversión del fondo, al reglamento del fondo y a las demás normas aplicables a sus operaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.37.1.1.2 del decreto.

3. Efectuar, en caso de ejercerse como actividad complementaria, la valoración de los valores del fondo de inversión colectiva custodiado y de sus participaciones, de conformidad con las normas generales y especiales aplicables y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, dependiendo de la naturaleza de los activos a valorar.

4. Abstenerse de llevar a cabo operaciones prohibidas en el manejo de los fondos de inversión colectiva a los cuales les presta el servicio de custodia de valores y asegurarse del cumplimiento de las normas relacionadas con restricciones aplicables a fondos de inversión colectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.37.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

5. Informar inmediatamente y por escrito a la Superintendencia Financiera de Colombia, al organismo de autorregulación del mercado de valores y a la junta directiva de la respectiva sociedad administradora del fondo de inversión colectiva, la ocurrencia de cualquier evento que impida la normal y correcta ejecución de la labor de custodia, o que implique el incumplimiento del reglamento o de otras normas aplicables al fondo de inversión colectiva.

6. Impartir las órdenes necesarias para realizar los movimientos de las cuentas bancarias en las cuales se depositen dineros de los fondos de inversión colectiva custodiados, con el fin de compensar y liquidar las operaciones que se realicen sobre los valores respecto de los cuales se ejerce la custodia.

7. **Derogado. D. 1531/2019, art. 21.**

8. Llevar por separado la contabilidad del fondo de inversión colectiva custodiado, de acuerdo con las reglas que sobre el particular establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, velando por que dicha contabilidad refleje en forma fidedigna su situación financiera, en los casos en los que la sociedad administra-

dora del fondo delegue dicha actividad en el custodio.

9. Reportar diariamente a las sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva custodiados todos los movimientos realizados en virtud de las instrucciones recibidas.

10. Vigilar que el personal vinculado al custodio cumpla con sus obligaciones en la custodia de fondos de inversión colectiva incluyendo las reglas de gobierno corporativo y conducta y demás reglas establecidas en los manuales de procedimiento.

(D. 1498/2013, art.1º; que corrigió el art. 1º del D. 1243/2013 que adicionó el libro 37 al D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.5).

¿Cómo debe proceder la fiduciaria cuando la custodia la realice con entidades vinculadas?

[§ 564] Si custodia de valores se realiza con entidades administradoras de fondos de inversión colectiva vinculadas al custodio, sin perjuicio de lo dispuesto en normas de naturaleza especial, la fiduciaria en su calidad de custodio, como la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva, deberán establecer y aplicar consistentemente principios, políticas y procedimientos para la detección, prevención y manejo de conflictos de interés en la realización de dicha actividad. (D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.4, par. 1º).

¿La fiduciaria como custodio puede subcontratar la custodia de valores y otros activos ubicados en el exterior?

[§ 565] Sí, la fiduciaria en su calidad de custodio puede subcontratar la custodia de valores ubicados en el exterior relacionados con el servicio de custodia que presta, cuando ello resulte necesario para el cumplimiento de las finalidades de la custodia encomendada.

En este caso, designará y contratará bajo su cuenta y riesgo al subcustodio en el exterior (D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.6).

La fiduciaria informará a las sociedades administradoras de los fondos de inversión colectiva a los cuales les presta el servicio de custodia de valores, y a la Superintendencia Financiera de Colombia, la identificación completa, ubicación y datos de contacto del subcustodio contratado y los términos del contrato celebrado, remitiendo copia del mismo, así como de toda modificación al contrato, y la terminación del mismo o el reemplazo del subcustodio, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que tales eventos ocurran.

La fiduciaria deberá ejercer la vigilancia y el control necesarios sobre la situación y actividad del subcustodio contratado y el cumplimiento de las funciones y obligaciones a cargo de este. (D. 2555/2010, art. 2.37.1.1.6).

El negocio fiduciario en la reforma pensional

Ley 2381 de 2024

¿Pueden las fiduciarias administrar los recursos del componente de prima media del Pilar Contributivo del sistema pensional?

[§ 566] Sí, los recursos del Fondo de Ahorro del Pilar contributivo, el cual tiene por finalidad financiar las pensiones del nuevo esquema de pilares a cargo del Componente de Prima Media del Pilar Contributivo creado por la ley, se administrarán a través de patrimonios autónomos o encargos fiduciarios en las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en sociedades fiduciarias, sociedad comisionistas de bolsa o en compañías de seguros de vida vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(L. 2381/2024, art. 24, núm. 5).

¿Pueden las Sociedades Fiduciarias administrar el componente complementario de ahorro individual del Pilar Contributivo?

[§ 567] Sí. Las sociedades fiduciarias podrán administrar el Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo, para la cual deberán cumplir con los requisitos que establezca la ley.

(L. 2381/2024, art. 57).

¿Qué requisitos deben cumplir las sociedades fiduciarias para administrar el componente complementario de ahorro individual?

[§ 568] Las sociedades fiduciarias administradoras deberán:

a) Ser autorizadas previamente por parte de la Superintendencia Financiera para administrar los fondos de pensiones del componente complementario de ahorro individual.

b) Acreditar un capital mínimo para respaldar el desarrollo de la operación de administración de pensiones acorde con sus funciones y la exposición al riesgo operacional, según lo determine el Gobierno Nacional.

c) Disponer de capacidad humana y técnica especializada suficiente con el fin de cumplir adecuadamente con la administración de los recursos confiados.

(L. 2381/2024, art. 59).

¿Quiénes eligen el revisor fiscal de Fondos de Pensiones del Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo?

[§ 569] Los(as) afiliados(as) y accionistas de las entidades administradoras elegirán el(la) Revisor(a) Fiscal para el

control de la administración del respectivo fondo.

(L. 2381/2024, art. 62).

¿Cómo están representados los (as) afiliados (as) de los Fondos de Pensiones del Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo en la Junta Directiva de la sociedad fiduciaria?

[§ 570] Los(as) afiliados(as) tendrán como representantes en la junta directiva a los miembros independientes, un(a) representante del Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo y un(a) representante del Componente de Prima Media.

Al menos uno de estos representantes de los (as) afiliados (as) será una mujer.

Estos miembros junto con el(la) revisor(a) fiscal velarán por los intereses de los(as) afiliados(as).

(L. 2381/2024, art. 62).

¿Pueden las Sociedades Fiduciarias administrar los fondos generacionales del sistema pensional?

[§ 570-1] Sí. Las sociedades fiduciarias podrán se delegatarias para la administración e inversión de los recursos de los fondos generacionales con el objetivo de procurar a los(as) afiliados(as) una administración de los recursos enfocada en la optimización de la mesada pensional, teniendo en cuenta los riesgos de conversión de activos a ingresos para el retiro de los afiliados, y asumiendo un nivel de riesgo adecuado y decreciente a medida que se acerca la edad de retiro de los beneficiarios de cada fondo generacional.

En ningún caso, esta delegación podrá implicar la determinación, por parte de terceros diferentes de las sociedades Administradoras del Componente Complementario de Ahorro Individual, de los objetivos, principios o políticas generales de inversión de los recursos que administran.

En esta delegación de funciones las sociedades administradoras serán responsables de la debida diligencia en el cumplimiento de los deberes que defina el Gobierno, así como de contar con los mecanismos que aseguren el adecuado respaldo patrimonial de los delegatarios.

(L. 2381/2024, art. 63).

[§ 570-2] COMENTARIO.—**Vigencia y derogatoria de la Ley 2381 de 2024.** De conformidad con el artículo 94 de la Ley 2381 de 2024, la vigencia del sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común, previsto en dicha ley, entrará en vigor el 1º de julio de 2025.

Igualmente, según el inciso 1º y 2º del artículo 95 de dicha ley, señala que la misma rige a partir de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias. Sin perjuicio de lo anterior, las normas continuarán vigentes para atender el régimen de transición y el régimen de aquellos ya pensionados al momento de expedirse esta ley.

Respecto de administradoras del régimen de prima media, de las cuales versa el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 existentes del sector público y/o privado que subsisten y por tanto vienen administrando el régimen de prima media con prestación definida, se les ordenará dar continuidad para que reconozcan la prestación pensional de cada uno de los afiliados beneficiarios del régimen de transición propuesto en el artículo 76 de la citada ley.

CAPÍTULO QUINTO

Fondos de inversión colectiva - FIC

¿Qué son los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 571] Se entiende por fondos de inversión colectiva todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez el fondo entre en operación. Estos recursos serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Pueden las sociedades fiduciarias administrar fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 572] Sí, la Ley le permite a las sociedades fiduciarias administrar fondos de inversión colectiva, FIC a las Sociedades Comisionistas de Bolsa de Valores y a las Sociedades Administradoras de Inversión, las cuales en lo relativo a Fondos de Inversión Colectiva se denominarán genéricamente sociedades administradoras de Fondos de Inversión Colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.1, inc. 1º, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Se requiere autorización para la operación de los fondos de inversión colectiva FIC?

[§ 573] Sí, se requiere autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para la operación de las familias de fondos de inversión colectiva, el primer fondo de inversión colectiva perteneciente a cada familia de fondos de inversión colectiva y cada fondo de inversión colectiva que no haga parte de una familia, previa solicitud de la sociedad

fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva en caso de que dicha sociedad no esté administrando o no haya administrado al menos un fondo de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.2. inc. 1º. Modificado por el art. 5º del D. 265/2024).

¿Qué documentación se debe aportar a la solicitud de autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, para la operación de FIC y familias de Fondos de Inversión Colectiva?

[§ 574] En caso de que la sociedad administradora no esté administrando o no haya administrado al menos un fondo de inversión colectiva, deberá anexar a la solicitud de autorización la siguiente documentación:

1. Modelo del reglamento del Fondo de Inversión Colectiva y en el caso de la familia de fondos, el reglamento marco junto con el reglamento del primer Fondo de Inversión Colectiva que la conforme.

2. Copia del acta de Junta Directiva de la Sociedad fiduciaria administradora de Fondos de Inversión Colectiva mediante la cual se aprobó el o los respectivos modelos del reglamento.

3. Certificación expedida por el representante legal de la sociedad fiduciaria administradora de Fondos de Inversión Colectiva acerca de que la sociedad cumple con los requisitos para la constitución y funcionamiento de los FIC, previstos en el artículo 3.1.1.3.1. del Decreto 2555 de 2010, Sustituido. Parte 3 del Decreto 1242 de 2013, artículo 1º.

4. Modelo del documento representativo de las participaciones del Fondo de Inversión Colectiva, así como, un anexo en el que se describan los tipos de participaciones que se pretendan crear y sus condiciones, en el caso en que el reglamento establezca tal posibilidad.

5. Descripción del perfil exigido para formar parte del comité de inversiones.

6. Descripción de las calidades que tiene el gerente o el gestor externo del Fondo de Inversión Colectiva, según el caso.

7. Los demás aspectos que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las sociedades administradoras que no requieran de autorización por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia para la constitución de nuevos FIC o familias de FIC, deben remitir a la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los 10 días hábiles previos a la entrada en operación del respectivo FIC, la documentación señalada en los numerales 1 a 7 y adicionalmente un resumen del FIC que incluya:

a) Nombre o razón social de la sociedad administradora del FIC.

b) Fecha estimada de inicio de operaciones.

c) Identificación o nombre comercial del FIC y nombre de la familia de FIC, si aplica.

d) Monto del patrimonio mínimo definido en el respectivo reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.2, inc. 1º. Modificado por el D. 265/2024, art. 5º, inc. 2º. Sustituido. Parte 3 por el D. 1242/2013, art. 1º, Circular Básica Jurídica, Parte III, Título VI, Cap. III, num 7.2.).

¿Cuáles son los requisitos para la constitución y funcionamiento de los fondos de inversión colectiva, FIC o familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 575] La fiduciaria, al momento de la constitución y durante la vigencia del

fondo o familia de Fondos de Inversión Colectiva, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Tener capacidad administrativa e infraestructura tecnológica y operativa suficiente para administrar el respectivo fondo o familia de Fondos de Inversión Colectiva, o para realizar las actividades de gestión y distribución en caso de no haber sido estas delegadas. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

2. Contar con personal idóneo y de dedicación exclusiva para la administración de fondos o familias de Fondos de Inversión Colectiva, exclusividad que únicamente se predicará del gerente del Fondo de Inversión Colectiva (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

3. Tener una adecuada estructura de control interno. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

4. Tener implementado un sistema integral de información del Fondo de Inversión Colectiva o familia de Fondos de Inversión Colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 4º, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

5. Tener y cumplir con códigos de buen gobierno corporativo, incluyendo un código de conducta, para la administración del Fondo de Inversión Colectiva o familia de Fondos de Inversión Colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 5º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

6. Contar con planes de contingencia y continuidad de la operación, cuya finalidad primordial sea prevenir y, en caso de ser necesario, solucionar, los problemas, fallas e incidentes, que se puedan presentar en cualquiera de los dispositivos de procesamiento y conservación, que conforman el sistema integral de manejo y procesamiento de la información de los Fondos de Inversión Colectiva y las familias de Fondos de Inversión Colectiva bajo administración. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 6º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

7. Contar con un sistema de gestión y administración de los riesgos. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 7º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º);

8. Contar con la cobertura de que trata el artículo 3.1.1.3.4 del Decreto 2555 de 2010. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 8º, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º), y

9. Contar con una entidad que preste los servicios de custodia de valores en los términos establecidos en el Libro 37 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.1, núm. 9º. Modificado. D. 1745/2020, art. 84º).

¿Se deben calificar los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 576] Por regla general, no es obligación del fiduciario calificar los fondos de inversión colectiva.

Sólo se califican los fondos, así como a las sociedades administradoras cuando dicha obligación se ha establecido en los reglamentos.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.6. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué eventos es obligatorio calificar a los fondos de inversión colectiva, FIC y a la Sociedad Fiduciaria?

[§ 577] Es obligación del fiduciario calificar los fondos de inversión colectiva FIC y a la Sociedad Fiduciaria:

1. Cuando se establezca la obligación de la calificación del FIC y de la sociedad fiduciaria en el reglamento del fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.6.. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º), y

2. Cuando en el reglamento del fondo de inversión colectiva se establezca la posibilidad de emitir bonos. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.6, inc. 2º, num. 5º. Adicionado por el D. 53/2022, art. 7º).

Principios a observar en la administración de los fondos de inversión FIC

¿Cuáles son los principios a tener en cuenta para la administración de los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 578] La fiduciaria como administradora de los fondos de inversión colectiva deberá tener en cuenta los siguientes principios:

a) Profesionalidad.

b) Segregación.

c) Prevalencia de los intereses de los inversionistas.

d) Prevención para la administración de conflictos de interés.

e) Trato equitativo entre los inversionistas con características similares.

f) Preservación del buen funcionamiento del fondo de inversión colectiva e integridad del mercado en general.

g) Mejor ejecución del encargo.

(D. 2555/2013, arts. 3.1.1.1.2 a 3.1.1.1.8. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la profesionalidad?

[§ 579] La fiduciaria deberá actuar de manera profesional, con la diligencia exigible a un experto prudente y diligente en la administración de los fondos de inversión, de conformidad con la política de inversión de cada uno de ellos.

En el análisis de prudencia y diligencia de la fiduciaria deberá tenerse en cuenta la manera como hubiere actuado para la selección de las inversiones, independientemente de si las inversiones fueron exitosas o no. Así mismo, en el análisis de la diligencia respecto de una inversión en particular se deberá tener en cuenta el papel que dicha inversión tiene en la estrategia integral del respectivo fondo, de acuerdo con la política de inversión correspondiente.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la segregación?

[§ 580] Los activos que formen parte del fondo de inversión constituyen un patrimonio independiente y separado de los activos propios de la fiduciaria y de aquellos que esta administre en virtud de otros negocios.

Los activos del fondo no hacen parte de los de la fiduciaria, no constituyen prenda general de los acreedores de ésta y estarán excluidos de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos de cualquier procedimiento de insolvencia

o de cualquier otra acción contra la sociedad administradora.

En todo caso, cuando la fiduciaria actúe por cuenta de un fondo se considerará que compromete únicamente los recursos del respectivo fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la prevalencia de los intereses de los inversionistas?

[§ 581] La fiduciaria deberá administrar los fondos de inversión dando prevalencia a los intereses de los inversionistas sobre cualquier otro interés, incluyendo los de la sociedad, sus accionistas; sus administradores; sus funcionarios, sus filiales o subsidiarias, su matriz o las filiales o subsidiarias de ésta.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la prevención y administración de conflictos de interés?

[§ 582] La fiduciaria deberá establecer en sus normas de gobierno corporativo, las políticas y los mecanismos idóneos que le permitan prevenir y administrar los posibles conflictos de interés en los que puedan incurrir sus funcionarios o la sociedad, de conformidad con las reglas previstas en esta parte de la cartilla.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste el trato equitativo entre los inversionistas con características similares?

[§ 583] En la administración del fondo de inversión, la fiduciaria está obligada a otorgar igual tratamiento a los inversionistas que se encuentren en las mismas condiciones objetivas.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.6. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la preservación del buen funcionamiento del fondo de inversión e integridad de mercado en general?

[§ 584] La fiduciaria en desarrollo de su gestión deberá actuar evitando la ocurrencia de situaciones que pongan en riesgo la normal y adecuada continuidad de la operación de los fondos de inversión bajo su administración o la integridad del mercado.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.7. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la mejor ejecución del encargo?

[§ 585] La fiduciaria deberá gestionar el fondo de inversión colectiva en las mejores condiciones posibles para los adherentes, teniendo en cuenta las características de las operaciones a realizar, la situación del mercado al momento de la ejecución, los costos asociados, la oportunidad de mejorar el precio y demás factores relevantes.

Para tales efectos, se entiende que la sociedad administradora logra una ejecución óptima de una operación cuando obra con el cuidado necesario para propender porque el precio y las demás calidades correspondan a condiciones insuperables disponibles en el mercado al momento de la negociación, teniendo en cuenta la clase, el valor y el tamaño de la operación.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.8. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Participaciones en los fondos de inversión colectiva, FIC

¿Cuál es el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva FIC en operación?

[§ 586] Todo Fondo de Inversión Colectiva en operación deberá tener un patrimonio mínimo en participaciones definido en el respectivo reglamento, el cual no podrá ser inferior al equivalente a treinta y nueve mil quinientos (39.500) Unidades de Valor Tributario (UVT).

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.5, inc. 1º. Modificado. D. 1387/2022, art. 3º, inc. 1º).

¿Cuál es el plazo para reunir el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva, FIC?

[§ 587] La sociedad fiduciaria tendrá un plazo de un (1) año, contado a partir de la entrada en operación del respectivo Fondo de Inversión Colectiva, para reunir el monto mínimo de participaciones.

Este plazo puede ser prorrogado por la Superintendencia Financiera de Colombia por una sola vez hasta por seis (6) meses, previa solicitud justificada de la sociedad fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.5, inc. 2º. Modificado. D. 1387/2022, art. 3º, inc. 2º).

¿Cuál es la consecuencia jurídica de no reunirse el monto mínimo de participaciones de un fondo de inversión colectiva FIC en el plazo fijado?

[§ 588] Si transcurrido el plazo para reunir el monto mínimo de participaciones o su prorroga, la sociedad fiduciaria no ha reunido el monto mínimo de participaciones, se perderá la respectiva autorización y se deberá proceder a liquidar el Fondo de Inversión Colectiva, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5 del artículo 3.1.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010.

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles en el mercado produzcan una reducción del patrimonio mínimo del Fondo de Inversión Colectiva, la sociedad administradora del respectivo fondo podrá solicitar a la Superintendencia Financiera de Colombia la autorización para que en un plazo no superior a sesenta (60) días calendario, prorrogable hasta por un máximo de treinta (30) días calendario, se realicen los actos necesarios tendientes a subsanar dichas circunstancias. La sociedad administradora deberá remitir a la Superintendencia Financiera de Colombia la información relacionada con las diferentes decisiones y actuaciones que se ejecuten en relación con las situaciones descritas en este parágrafo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.3.5, inc. 2º. Modificado. D. 1387/2022, art. 3º, inc. 2º).

¿Cuándo se constituyen las participaciones y qué documentos debe presentar la sociedad fiduciaria a su constitución?

[§ 589] Las participaciones en el fondo de inversión colectiva se constituirán una vez el inversionista realice la entrega

efectiva de recursos y se identifique plenamente la propiedad de los mismos.

La fiduciaria deberá entregar en el mismo acto la constancia documental de la entrega de los recursos y, a más tardar al día hábil siguiente, deberá poner a disposición del inversionista el documento representativo de su inversión con la indicación del número de unidades correspondientes a su participación en el respectivo fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el límite de participación por inversionista en un fondo de inversión colectiva, FIC?

[§ 590] Durante la vigencia del fondo de inversión colectiva, un solo inversionista no podrá mantener directa o indirectamente a través de una cuenta ómnibus, una participación que exceda el porcentaje del valor del patrimonio del fondo que establezca la sociedad administradora en el reglamento, teniendo en cuenta los riesgos asumidos en la gestión del fondo, su tamaño y naturaleza, la liquidez de los activos, la política de inversión y el perfil de los inversionistas, entre otros.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.2. Modificado parcialmente por el D. 265/2024, art. 9º).

¿Qué son las cuentas ómnibus?

[§ 590-1] Es una cuenta administrada por el distribuidor especializado por parte de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva, bajo la cual se agrupan uno o más inversionistas registrados previamente de manera individual ante dicha entidad, con el fin de que el distribuidor especializado actúe a nombre propio y por cuenta de ellos, constituyéndose como un inversionista en un único fondo de inversión colectiva.

Un distribuidor especializado puede administrar diferentes cuentas ómnibus para hacer parte de distintos fondos de inversión colectiva, cuentas estas que a su vez no podrán incluir como inversionistas a otras cuentas ómnibus.

La identidad de los inversionistas finales únicamente será conocida por el distribuidor especializado de fondos de inversión colectiva administrador de la cuenta ómnibus, sin perjuicio de que las autoridades competentes puedan conocerla en ejercicio de sus funciones.

(D. 255/2010, art. 3.1.4.2.2. Modificado por el D. 1242/2013, art. 1°).

¿Cuáles son las obligaciones de los distribuidores especializados de fondos de inversión colectiva en el manejo de las cuentas ómnibus?

[§ 590-2] Los distribuidores especializados de fondos de inversión colectiva, en el manejo de las cuentas ómnibus, además de las obligaciones establecidas en el artículo 3.1.4.1.6 del Decreto 1242 de 2013, deberán cumplir las siguientes obligaciones especiales:

1. Expresar de manera clara que actúa en nombre propio y por cuenta de los inversionistas que hacen parte de la cuenta ómnibus.

2. Contar con la autorización previa, escrita y expresa de los inversionistas para ser parte de una cuenta ómnibus.

3. Informar debidamente a los inversionistas los riesgos y el funcionamiento de una cuenta ómnibus.

4. Mantener disponible y actualizada la información relacionada con la participación de los inversionistas de las cuentas ómnibus que administra, de conformidad con la información suministrada por la sociedad administradora del respectivo fondo de inversión colectiva.

5. Contar con mecanismos que permitan a los inversionistas de la cuenta ómnibus ejercer por medio del distribuidor especializado los derechos políticos inherentes a las participaciones de los fondos de inversión colectiva de los que son parte a través de la cuenta ómnibus.

6. Ejercer los derechos políticos inherentes a las participaciones de los fondos de inversión colectiva manejadas a través de la cuenta ómnibus, de conformidad con el procedimiento establecido en el reglamento de la cuenta ómnibus.

7. Entregar a los inversionistas que hacen parte de la cuenta ómnibus un extracto de cuenta individual de sus participaciones en concordancia con lo establecido en el artículo 3.1.1.9.9 y en el reglamento del respectivo fondo de inversión colectiva.

8. Realizar inversiones o desinversiones en los fondos de inversión colectiva conforme a las instrucciones impartidas por los inversionistas que hacen parte de la cuenta ómnibus.

9. Contar con un reglamento de funcionamiento de la cuenta ómnibus, el cual deberá ser aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia y aceptado por el inversionista.

10. Llevar información separada de cada una de las cuentas ómnibus que maneja de conformidad con las instrucciones que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia para el reconocimiento, medición, presentación y revelación de la Información con fines de supervisión de los portafolios de terceros, los negocios fiduciarios y cualquier otro recurso administrado por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia con fines de supervisión de conformidad con el Decreto 2420 de 2015.

11. Las demás obligaciones que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.2.3. Modificado por el D. 1242/2013, art. 1°).

¿Cuándo no se aplica el límite de participación por inversionista en un fondo de inversión colectiva, FIC?

[§ 591] El límite de participación por inversionista en un fondo de inversión colectiva, no se aplicará:

1. Durante el primer año de operación del fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.2, par 1º. Modificado. D. 1235/2020, art. 15).

2. Cuando se presenten situaciones extraordinarias que afecten de manera grave la operación del fondo de inversión colectiva, la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva podrá dejar de aplicar el presente límite de manera temporal, siempre y cuando se garanticen los derechos de los inversionistas del fondo de inversión colectiva y se informe de manera simultánea a la Superintendencia Financiera de Colombia. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.2, par 1º. Modificado. D. 1235/2020, art. 15).

3. A la cuenta ómnibus administrada por el distribuidor especializado de que trata el artículo 3.1.4.2.2 del Decreto 2555 de 2010. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.2, par 1º. Modificado. D. 1235/2020, art. 15).

¿Puede haber distintos tipos de participaciones en los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 592] Los fondos de inversión colectiva pueden tener distintos tipos de participaciones bajo un mismo reglamento y plan de inversiones, creadas de

conformidad con los tipos de inversionistas que se vinculen al fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cada tipo de participación en un FIC puede otorgar derechos y obligaciones diferentes a los inversionistas que las adquieran?

[§ 593] Sí, cada tipo de participación podrá otorgar derechos y obligaciones diferentes a los inversionistas que las adquieran, en aspectos tales como monto de las comisiones de administración y reglas para realizar los aportes y redimir las participaciones.

A su vez cada tipo de participación dará lugar a un valor de unidad independiente.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

En los reglamentos de los FIC se debe incluir una explicación detallada de cada tipo de participación, las diferencias entre ellas y los derechos y obligaciones que otorgan, según corresponda. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI. Cap. III, num. 2º, subnum. 2.5.).

¿Qué tipos de participaciones pueden establecer en los reglamentos de los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 594] Los reglamentos de los FIC pueden establecer los siguientes cuatro tipos de participación de acuerdo con el tipo de inversionista y el pago de comisión a favor del FIC, a saber:

1. Participaciones suscritas por clientes inversionistas que pagan una comisión a favor del FIC al momento de entrada al fondo.

2. Participaciones suscritas por clientes inversionistas que pagan una comisión a favor del FIC diferida a plazos previamente establecidos y pagaderos durante el tiempo que el inversionista mantenga su participación en el FIC. En caso de que el inversionista haga un retiro total de sus inversiones, éste debe pagar el saldo restante de la comisión, si lo hubiere, a favor del FIC. En caso de retiro parcial, el inversionista debe pagar la prorrata del saldo restante de la comisión a favor del FIC, si lo hubiere.

3. Participaciones suscritas por clientes inversionistas que pagan una comisión a favor del FIC pagadera en la fecha de retiro de la inversión. En caso de que el retiro sea parcial, el inversionista debe pagar la prorrata de la comisión aplicable.

2.5.4. Participaciones suscritas por inversionistas institucionales que pagan una comisión a favor del FIC, en los términos previstos en el reglamento.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, num. 2º, subnums. 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3 y 2.5.4).

¿Pueden establecerse otros o adicionales tipos de participaciones en los reglamentos de los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 595] Sí. En todo caso, los reglamentos de los FIC deben garantizar que entre los inversionistas que compartan características objetivas, tales como, (i) tipo de inversionista, (ii) redención de la inversión, (iii) reglas para realizar los aportes, o (iv) monto o pago de la comisión, no existan tratos inequitativos o discriminatorios.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI .Cap. III sub-

num. 2.5.4. inc. 2º en concordancia D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.6. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el procedimiento para la redención de las participaciones?

[§ 596] El procedimiento para la redención de las participaciones y el plazo máximo para su trámite será el establecido en el reglamento y en el prospecto del fondo, en concordancia con la política de inversión.

El retiro o reembolso por concepto de redención de participaciones deberá calcularse con base en el valor de la participación vigente para el día en que efectivamente se realice la solicitud de retiro y reembolso. El valor se expresará en moneda legal con cargo a las cuentas de patrimonio y abono a cuentas por pagar.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es la base para liquidar la redención de las participaciones con anterioridad a la vigencia del plazo?

[§ 597] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.1.1.7.2 del Decreto 2555 de 2010, y en particular en lo que se refiere a los fondos de inversión colectiva cerrados, cualquier retiro o reembolso por concepto de redención de participaciones que se solicite con anterioridad a la vigencia del plazo determinado previamente para la redención de participaciones, debe calcularse con base en el valor de la participación vigente para el día en que se inicie efectivamente dicho plazo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Cap. III, num. 2.4).

¿Cuándo puede suspenderse la redención de las participaciones de los fondos de inversión colectiva?

[§ 598] Cuando la junta directiva de la fiduciaria lo autorice, de conformidad con lo establecido en el respectivo reglamento. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Esta decisión debe comunicarse a la Superintendencia Financiera de Colombia, sustentando técnica y económicamente la decisión adoptada en beneficio de los inversionistas y, de manera inmediata, clara y precisa a los inversionistas a través de los mecanismos establecidos en el reglamento. (CBJ. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, subnum. 2.3.).

¿Puede la asamblea de inversionistas del Fondo de Inversión Colectiva aprobar la suspensión de la redención de las participaciones?

[§ 599] Sí. La asamblea de inversionistas podrá aprobar la suspensión de la redención de las participaciones de los fondos de inversión colectiva, sólo en los eventos contemplados en el reglamento del fondo e indicando las implicaciones de esta medida y los procedimientos que permitan restablecer las condiciones que habiliten la redención. Cualquier suspensión deberá ser informada por escrito de inmediato a la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.5. lit. f), num. 4º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, num 2º, subnum. 2.3. inc. 2º).

Tipos de fondos de inversión colectiva, FIC

¿Cuáles son los tipos de fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 600] Los Fondos de inversión colectiva, FIC pueden ser:

a) Fondos de inversión colectiva abiertos.

b) Fondos de inversión colectiva cerrados.

La clasificación anterior depende de la manera como se estructure la obligación de redimir las participaciones de los inversionistas.

(D. 2555/2010, arts. 3.1.1.2.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Fondos de inversión colectiva abiertos

¿Qué es un fondo de inversión colectiva abierto?

[§ 601] Es aquel en el que la sociedad administradora está obligada a redimir las participaciones de los inversionistas en cualquier momento, durante la vigencia del fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, en su reglamento podrán acordarse pactos de permanencia mínima para la redención de las participaciones de los inversionistas, caso en el cual deberá establecerse el cobro de penalidades por redenciones anticipadas, las cuales constituirán un ingreso para el respectivo fondo (D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Los fondos de inversión serán abiertos, siempre que en el reglamento no se disponga otra cosa (D. 2555/2010, arts. 3.1.1.2.2, 3.1.1.2.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo se representan las participaciones en los fondos de inversión colectiva abiertos?

[§ 602] Los aportes de los inversionistas en los fondos abiertos están representados en derechos de participación, de lo cual se dejará constancia en los documentos, registros electrónicos o comprobantes que se prevean en el respectivo reglamento.

Estos documentos no tendrán el carácter ni las prerrogativas propias de los títulos valores, no se consideran como valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005, ni serán negociables.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.3, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué advertencia debe incluirse en los documentos, registros electrónicos o comprobantes que representen las participaciones en un fondo de inversión colectiva abierto?

[§ 603] Los documentos, registros electrónicos o comprobantes que representen las participaciones del Fondo de Inversión Colectiva Abierto deberán incluir la siguiente advertencia:

"El presente documento no constituye título valor, tampoco constituye un valor, ni será negociable; tan sólo establece el valor de las participaciones en el momento en que se realiza el aporte por parte del inversionista. El valor de las participaciones depende de la valoración del portafolio a precios de mercado".

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.3, inc. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el plazo para tramitar la redención de las participaciones en los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia?

[§ 604] Tratándose de los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia, el plazo para tramitar la redención no podrá superar tres (3) días hábiles, y en caso de que estén involucrados activos internacionales dicho plazo no podrá superar cinco (5) días hábiles.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.2, Par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Fondo de inversión colectiva cerrado

¿Qué es un fondo de inversión colectiva cerrado?

[§ 605] Es el fondo en el que la fiduciaria únicamente está obligada a redimir las participaciones de los inversionistas al final del plazo previsto para la duración del fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.4, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

No obstante, lo anterior, pueden crearse fondos de inversión colectiva cerrados en los cuales se establezcan plazos determinados para la redención de las participaciones, los cuales deberán estar previamente determinados en el reglamento y no podrá ser inferior a treinta (30) días comunes.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.4, par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Pueden los inversionistas comprometerse a suscribir participaciones a través de una promesa?

[§ 606] Sí. En los fondos de inversión colectiva cerrados, los inversionistas podrán comprometerse a suscribir participaciones a través de una promesa en la cual se obliguen incondicionalmente a pagar una determinada suma de dinero en las condiciones establecidas en el reglamento, de acuerdo con las necesidades de capital del respectivo fondo de inversión colectiva cerrado.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.1, par. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué están representados los derechos de participación de los inversionistas en el fondo de inversión colectiva cerrado y qué calidad tienen?

[§ 607] En el fondo cerrado 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.

Estos valores podrán estar inscritos o no en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE; de conformidad con lo establecido en el reglamento.

Cuando la sociedad fiduciaria decida que las participaciones se negocien en sistemas de negociación de valores, deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores y establecerlo expresamente en el reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Los fondos de inversión colectiva cerrados pueden redimir parcial y anticipadamente participaciones?

[§ 608] Sí los fondos de inversión colectiva cerrados podrán redimir parcial y anticipadamente participaciones en los siguientes eventos, siempre y cuando sus reglamentos así lo prevean:

1. Cuando se trate de ventas anticipadas o redenciones y amortizaciones de activos ilíquidos; y

2. De manera periódica, el mayor valor de los aportes de los inversionistas de conformidad con el valor inicial de los mismos o los rendimientos de los activos del fondo de inversión colectiva.

En estos casos, la redención se realizará a prorrata de las participaciones de los inversionistas en el fondo de inversión colectiva, evento en el cual se dará aplicación a lo establecido en el artículo 3.1.1.7.2 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En los fondos de inversión colectiva cerrados puede preverse la posibilidad de distribución del mayor valor de los aportes?

[§ 609] Sí, en los reglamentos puede preverse la posibilidad de distribuir el mayor valor de los aportes mediante la reducción del valor de la unidad.

En todos los casos la reducción del valor de los aportes no podrá conllevar la reducción del valor inicial del derecho pactado en el respectivo reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuándo se entienden inscritos automáticamente en el Registro Nacional de Valores y Emisores RNVE los valores emitidos por los fondos de inversión colectiva cerrados?

[§ 610] Los valores emitidos por los fondos de inversión colectiva cerrados que así lo establezcan en su reglamento, se entienden inscritos automáticamente en el Registro Nacional de Valores y Emisores RNVE; así como autorizada su oferta pública una vez la Superintendencia Financiera autorice la constitución del fondo y el reglamento respectivo.

(D. 2555/2010, art. 5.2.2.1.3. Modificado. D. 1242/2013, art. 2º).

¿Pueden hacerse aportes en especie en los fondos de inversión colectiva cerrados?

[§ 611] Sí, en los fondos de inversión colectiva cerrados se podrá establecer en el reglamento que se acepten aportes en especie, de conformidad con las políticas de inversiones y los criterios aplicables para la valoración de los aportes en especie.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.1, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Es válido que en una compraventa de participaciones de un FIC se limite el derecho del comprador a percibir las distribuciones que se encuentran pendientes de pago?

[§ 611-1] Sí, es válido definir un periodo o fecha ex distribución, tiempo durante el cual se entiende que una operación de compraventa de participaciones de fondos de inversión colectiva inscritas en sistemas de negociación de valores no comprende el derecho a percibir las distribuciones pendientes de pago por parte del comprador.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.6.6. Adicionado. D. 265/2024 art. 10).

¿Los fondos de inversión colectiva cerrados pueden readquirir sus participaciones?

[§ 611-2] Si, los fondos de inversión colectiva cerrados pueden readquirir sus participaciones en condiciones de igualdad y garantizando transparencia en la operación, para lo cual se deberá tener en cuenta las siguientes reglas:

1. El comité de inversiones del fondo de inversión colectiva cerrados deberá autorizar la respectiva operación de readquisición de participaciones, para lo cual deberá tener en cuenta los efectos en el valor de la unidad y el impacto para los inversionistas que conserven su participación, así como para el desarrollo de la política de inversión del fondo de inversión colectiva.

2. Se deberá dar cumplimiento a los requerimientos sobre revelación de información definidos en el numeral 5.7 del artículo 5.2.4.3.1 del Decreto 2555 de 2010. En el caso de fondos de inversión colectiva cerrados no listados, se deberá dar cumplimiento a lo establecido en el mencionado artículo a través de la página Web de la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva.

3. El fondo de inversión colectiva cerrado solo podrá readquirir sus participaciones con los recursos líquidos que al momento tenga a su disposición, y no podrá tomar endeudamiento para dichos propósitos.

4. Los reglamentos de los fondos de inversión colectiva cerrados deben determinar expresamente la posibilidad de realizar la readquisición de participaciones.

5. Cuando el fondo de inversión colectiva cerrado adquiera unidades de participación de propiedad de la sociedad administradora, matriz, subordinadas de esta y sus administradores, se deberán cumplir las políticas y procedimientos para la administración y gestión de conflictos de interés.

6. Las operaciones anuales de readquisición de unidades de participación no pueden ser superiores al diez por ciento (10%) del patrimonio del fondo de inversión colectiva cerrado y una vez se ejecute la operación de adquisición, las unidades deberán ser destruidas.

7. Deberán establecerse políticas de gestión de los riesgos asociados a

la readquisición de títulos de participación, particularmente el riesgo de liquidez y de disponibilidad de los recursos para atender los pagos derivados de dicha readquisición, garantizando la participación en condiciones equitativas para todos los inversionistas interesados en procesos abiertos y transparentes.

8. Cuando se trate de fondos de inversión colectiva cerrados listados, el procedimiento para la realización de la readquisición será el establecido por el Sistema de Negociación de Valores en el cual se encuentre listada la respectiva participación. Para el caso de los fondos de inversión colectiva cerrados no listados el precio no puede superar el menor valor entre el valor patrimonial, el valor de la última transacción realizada en el mercado secundario o el valor de mercado determinado según las metodologías de valoración establecidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, En todo caso, se deberá garantizar la formación transparente del precio de la readquisición.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.7.6. Adicionado. D. 265/20254, art. 11).

Cuadro resumen de las generalidades de los tipos de fondos de inversión

[§ 612] A continuación se presenta un cuadro resumen didáctico que explica las características propias de cada uno de los tipos de fondos de inversión y a continuación del mismo la característica común de los FIC abiertos y cerrados:

Fondo de inversión colectiva abierto	Fondo de inversión colectiva cerrado
La fiduciaria se encuentra obligada a redimir las participaciones de los inversionistas en cualquier momento. Se podrán acordar pactos de permanencia mínima para la redención de las participaciones de los inversionistas, caso en el cual debe establecerse cobro de penalidad por redenciones anticipadas.	La redención de la totalidad de las participaciones sólo se puede realizar al final del plazo previsto para la duración del fondo. Se puede acordar plazos determinados para la redención de las participaciones, plazo que no podrá ser inferior a 30 días comunes.
Los aportes se constituyen con la entrega efectiva y plena identificación de los recursos.	Los aportes se constituyen con la entrega efectiva y plena identificación de los recursos. Los inversionistas pueden comprometerse a suscribir participaciones a través de una promesa en la cual se obliguen incondicionalmente a pagar una determinada suma de dinero.
Los aportes son en recursos	Los aportes pueden ser en especie, de acuerdo con la política de inversión.
Los derechos de participación de los inversionistas constan en documentos que no tienen el carácter ni las prerrogativas propias de los títulos valores, no se consideran como valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005, ni serán negociables.	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.

Fondo de inversión colectiva abierto	Fondo de inversión colectiva cerrado
Los derechos de participación pueden constar en los documentos, registros electrónicos o los comprobantes que se prevean en el respectivo reglamento.	Los derechos de participación constarán en documentos que tienen la calidad de valores, y podrán estar inscritos o no en el RNVE de conformidad con lo establecido en el reglamento.
En el reglamento y en el prospecto del fondo se deberá definir el plazo máximo para el trámite de redención de las participaciones, en concordancia con la política de inversión. Tratándose de fondos abiertos sin pacto de permanencia, el plazo para tramitar la redención de las participaciones no podrá superar tres (3) días hábiles, y en el caso de que estén involucrados activos internacionales el plazo no podrá superar cinco (5) días hábiles.	En el reglamento y en el prospecto del fondo se deberá definir el plazo máximo para el trámite de redención de las participaciones, en concordancia con la política de inversión.

Característica común de los fondos de inversión colectiva abiertos y cerrados

Durante la vigencia del fondo de inversión colectiva, un solo inversionista no podrá mantener directa o indirectamente a través de una cuenta ómnibus, una participación que exceda el porcentaje del valor del patrimonio del fondo que establezca la sociedad administradora en el reglamento teniendo en cuenta los riesgos asumidos en la gestión del fondo, su tamaño y naturaleza, la liquidez de los activos, la política de inversión y el perfil de los inversionistas, entre otros.

Familias de fondos de inversión colectiva, FIC

¿En qué consiste una familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 613] La familia de fondos de inversión colectiva consiste en un grupo de más de un fondo de inversión colectiva, creada por la sociedad fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Deben ser autorizados los demás fondos que se creen como parte de una familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 614] No. Toda vez que, las familias de fondos de inversión y el primer fondo de inversión colectiva deberán ser autorizadas en los términos del artículo 3.1.1.3.2 del Decreto 2555 de 2010 modificado por el artículo 5º del Decreto 265 de 2024, en consecuencia, los demás fondos que se creen como parte de dicha familia, no requieren autorización, sin perjuicio de informar a la Superintendencia Financiera de Colombia la creación de dichos fondos dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrada en funcionamiento del respectivo fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5. inc. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las condiciones para la constitución de familias de fondos de inversión colectiva?

[§ 615] Las siguientes son las condiciones que deben cumplirse para la

constitución de familias de fondos de inversión:

1. Que la totalidad de las inversiones se realicen en bonos y/o acciones inscritos en el RNVE y/o se encuentren listados en sistemas de cotización de valores del extranjero, siempre y cuando no haya operaciones de naturaleza apalancada. La Superintendencia Financiera podrá determinar otros valores inscritos en el RNVE o que se encuentren en sistemas de cotización de valores del extranjero que puedan incluirse en estas familias.

NOTA: La definición de operación de naturaleza apalancada se aborda en el Código Interno 637-1.

2. Que se trate de fondos bursátiles que repliquen o sigan índices de mercados reconocidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3. Que se trate de fondos de inversión colectiva inmobiliario.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué requisitos debe cumplir la familia de fondos de inversión colectiva inmobiliaria?

[§ 616] La familia de fondos de inversión colectiva inmobiliario deben cumplir con lo siguiente:

a) La Superintendencia Financiera determinará la destinación de los inmuebles y proyectos inmobiliarios en los que deberán invertir los fondos de inversión colectiva inmobiliarios que se pretendan incluir como parte de la respectiva familia.

b) La creación de fondos de inversión colectiva inmobiliarios pertenecientes a familias de fondos deberá ser notificada a la Superintendencia Financiera con una antelación no inferior a cinco (5) días respecto de la fecha de la entrada en funcionamiento del respectivo fondo, con el fin de que dicha entidad pueda pronunciarse al respecto si lo considera necesario.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5, núm. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué condición establece la ley para la constitución de una familia de fondos de inversión colectiva inmobiliaria?

[§ 617] Una familia de fondos inversión colectiva no podrá estar conformada por otras familias de fondos de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5, par. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cada fondo de inversión colectiva perteneciente a una familia de fondos de inversión constituye un patrimonio independiente y separado?

[§ 618] Sí, los activos que conforman cada fondo de inversión colectiva pertenecientes a una misma familia de fondos de inversión, constituyen un patrimonio independiente y separado de los demás fondos de inversión colectiva que hagan parte de dicha familia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son los tipos de familias de fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 619] La Superintendencia Financiera de Colombia clasifica las familias de fondos de inversión colectiva en los siguientes tipos:

1. Familias de fondos de inversión colectiva, inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2º, subnum. 2.1.).

2. Familias de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2º, subnum. 2.2.).

¿Cuáles son las inversiones que pueden realizar las familias de fondos de inversión colectiva, inscritos en el RNVE y en fondos extranjeros?

[§ 620] El tipo de Familia de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros, bajo la cual se pueden crear fondos individuales pueden tener dentro de su política de inversión exclusivamente, alguna o algunas de las siguientes inversiones, siempre y cuando no correspondan a operaciones de naturaleza apalancada y se establezcan políticas claras con relación a la diversificación de las inversiones:

1. Las inversiones definidas dentro de los numerales 2.1.1 y 2.1.2 del Capítulo II del Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica.

2. Títulos de deuda externa de emisores locales o del exterior que cuenten con una calificación de grado de inversión otorgada por una sociedad calificadora reconocida internacionalmente, incluidos los *time deposits* con permanencia superior a un día.

3. Acciones emitidas por entidades del exterior o certificados de depósitos negociables representativos de dichas acciones o de emisores locales (ADR y GDR) transados en bolsas de valores reconocidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

4. Instrumentos financieros derivados con fines de cobertura.

5. Instrumentos financieros derivados básicos *(plain vanilla)* con fines de inversión, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 3.1.1.4.6 del Decreto 2555 de 2010 y cuyo subyacente se encuentre explícitamente contenido en la política de inversión del respectivo FIC.

6. Participación en fondos que, en adición al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el numeral 2.6 del Capítulo III del Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica, que correspondan a fondos representativos de índices de renta fija o de acciones, incluidos los *Exchange Traded Funds* (ETFs por sus siglas en inglés) y participaciones en fondos mutuos o de inversión internacionales o esquemas de inversión colectiva que tengan estándares de regulación y supervisión equivalentes a los del FIC que realiza la inversión, y cuyos activos admisibles correspondan únicamente a los descritos en los numerales 2.2.1. al 2.2.3 del Capítulo II del Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica.

7. Las inversiones descritas en el numeral 2.2.6 del Capítulo II del Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica, pueden realizarse siempre y cuando los fondos en mención no correspondan a *hedge funds*, no se encuentren apalancados, y cumplan las condiciones de que trata el numeral 2.2, subnumeral 2.2.7 del Capítulo II del Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera. Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2.2, subnums. del 2.2.1 al 2.2.7).

¿Cuáles son las inversiones que pueden realizar las familias de fondos de inversión colectiva, inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero?

[§ 620-1] Las inversiones que pueden realizar estos tipos de familia son las siguientes:

1. En bonos y/o acciones, inscritos en el RNVE y/o se encuentren listados en sistemas de cotización de valores del extranjero, siempre y cuando no haya operaciones de naturaleza apalancada o que se encuentren listados en sistemas de cotización de valores del extranjero que puedan incluirse en estas familias. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.2.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2º, subnum. 2.1, inc. 1º).

2. En depósitos en cuentas de ahorro y corrientes de establecimientos de crédito nacionales y bancos del exterior con una calificación de grado de inversión otorgada por una sociedad calificadora reconocida internacionalmente, de conformidad con el perfil de riesgo y la política de inversión del respectivo fondo y de la realización de operaciones activas del mercado monetario entre otros, en desarrollo de la realización de la gestión (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2º, subnum. 2.1, inc. 2º).

3. En operaciones en instrumentos financieros derivados de cobertura, de acuerdo con lo establecido en sus reglamentos, como parte de la gestión del riesgo de mercado. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2º, subnum. 2.1, inc. 3º).

¿Cuáles son las subcategorías de las familias de los Fondos de Inversión Colectiva inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero?

[§ 621] Las familias de los Fondos de Inversión Colectiva FIC , inscritos en el RNVE y en sistemas de cotización de valores del extranjero pueden tener las siguientes subcategorías las cuales pueden incluir exclusivamente los valores o activos, indicados en la Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. II, num. 2 subnums. 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3, siempre y cuando no correspondan a operaciones de naturaleza apalancada:

1.1. Familia de FIC de valores de renta fija. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II. Tít. VI, Cap. II, num. 2, subnum. 2.1.1).

Bajo esta subcategoría de familia se pueden constituir FIC cuyas inversiones incluyan exclusivamente:

a) Títulos de deuda inscritos en el RNVE que cuenten con una calificación mínima de AA+ emitida por una sociedad calificadora de riesgo autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Títulos de contenido crediticio derivados de procesos de titularización de emisores inscritos en el RNVE que cuenten con una calificación mínima de AA+ emitida por una sociedad calificadora de riesgo autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

c) Participaciones en FIC abiertos sin pacto de permanencia establecidos en Colombia, cuya política de inversión considere como activos admisibles únicamente los mencionados en los nume-

rales anteriores y no realicen operaciones de naturaleza apalancada.

1.2. Familias de FIC de valores de renta variable (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. II, num. 2, subnumeral 2.1.2).

Bajo esta subcategoría de familia se pueden constituir FIC cuyas inversiones incluyan exclusivamente:

a) Acciones o títulos participativos inscritos en el RNVE.

b) Acciones o títulos de participación listados en sistemas de cotización de valores del extranjero, de acuerdo con lo previsto en el Título 6 del Libro 15 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

c) Títulos participativos o mixtos derivados de procesos de titularización inscritos en el RNVE cuyos activos subyacentes sean distintos a cartera hipotecaria.

d) Participaciones en FIC abiertos sin pacto de permanencia y en fondos bursátiles establecidos en Colombia, cuya política de inversión considere como activos admisibles únicamente los mencionados en los numerales anteriores y no realicen operaciones de naturaleza apalancada.

1.3. Familia de FIC mixtos (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. II, num. 2 subnumeral 2.1.3).

Bajo esta subcategoría de familia se pueden constituir FIC cuya política de inversión incorpore exclusivamente activos de las dos categorías mencionadas en los numerales 2.1.1 y 2.1.2 del Capítulo II, Título VI, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica.

2. Familias de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros

Se establece un nuevo tipo de familia adicional a las tres descritas en el numeral 3.1.1.2.5 del Decreto 2555 de 2010, bajo la cual se pueden crear fondos individuales que tengan dentro de su política de inversión exclusivamente, alguna o algunas de las siguientes inversiones, siempre y cuando no correspondan a operaciones de naturaleza apalancada y se establezcan políticas claras con relación a la diversificación de las inversiones:

2.1. Las inversiones definidas dentro de los numerales 2.1.1 y 2.1.2 del Capítulo II, Título VI, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica.

2.2. Títulos de deuda externa de emisores locales o del exterior que cuenten con una calificación de grado de inversión otorgada por una sociedad calificadora reconocida internacionalmente, incluidos los *time deposits* con permanencia superior a un día.

2.3. Acciones emitidas por entidades del exterior o certificados de depósitos negociables representativos de dichas acciones o de emisores locales (ADR y GDR) transados en bolsas de valores reconocidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.4. Instrumentos financieros derivados con fines de cobertura.

2.5. Instrumentos financieros derivados básicos (*plain vanilla)* con fines de inversión siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 3.1.1.4.6 del Decreto 2555 de 2010 y cuyo subyacente se encuentre explícitamente contenido en la política de inversión del respectivo FIC.

2.6. Participación en fondos que, en adición al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el numeral 2.6 del Capítulo II, Título VI, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014, correspondan a fondos representativos de índices de renta fija o de acciones, incluidos los ETFs (por sus siglas en inglés *Exchange*

Traded Funds) y participaciones en fondos mutuos o de inversión internacionales o esquemas de inversión colectiva que tengan estándares de regulación y supervisión equivalentes a los del FIC que realiza la inversión, y cuyos activos admisibles correspondan únicamente a los descritos en los numerales 2.2.1 al 2.2.3 del Capítulo II, Título VI, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica.

2.7. Las inversiones descritas en el numeral 2.2.6 del Capítulo II, Título VI, Parte III de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014, pueden realizarse siempre y cuando los fondos en mención no correspondan a *hedge funds*, no se encuentren apalancados, y cumplan las siguientes condiciones:

La calificación de la deuda soberana del país donde esté constituida la entidad encargada de la gestión del fondo y la bolsa de valores en el que se transan las cuotas o participaciones, debe corresponder a grado de inversión otorgada por una sociedad calificadora de riesgos reconocida internacionalmente.

Las participaciones o derechos de participación de los fondos o vehículos de inversión deben contar con una política de redenciones coherente con las del FIC que realiza la inversión y/o poder ser transadas en una bolsa de valores reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

La entidad encargada de la gestión del fondo y el fondo deben estar registrados y fiscalizados o supervisados por los organismos o autoridades de supervisión pertinentes en los países en los cuales se encuentren constituidos.

La entidad encargada de la gestión del fondo o su matriz debe acreditar un mínimo de diez mil millones de dólares (USD $ 10.000 millones) en activos administrados por cuenta de terceros y un mínimo de cinco (5) años de experiencia en la gestión de los activos administrados.

En el caso de los fondos mutuos o de inversión internacionales se deberá verificar al momento de la inversión que el mismo cuente por lo menos con diez (10) aportantes o adherentes no vinculados a la entidad encargada de la gestión y un monto mínimo de cincuenta millones de dólares (USD $ 50 millones) en activos, excluido el valor de los aportes efectuados por el FIC y las entidades vinculadas al administrador y/o gestor del FIC.

En el prospecto o reglamento del fondo extranjero se debe especificar claramente el o los objetivos del mismo, sus políticas de inversión y administración de riesgos, así como los mecanismos de custodia de los valores.

En el fondo mutuo o de inversión internacional ningún partícipe o adherente puede tener una concentración superior al diez por ciento (10%) del valor del referido fondo. Esta condición puede acreditarse a través del reglamento o prospecto del fondo mutuo de inversión o por medio de carta o certificación expedida por la entidad encargada de la gestión del mismo.

Tratándose de participaciones en fondos representativos de índices de acciones o de renta fija, incluidos los ETFs, los índices deben corresponder a aquellos elaborados por bolsas de valores o entidades del exterior con una experiencia no inferior a diez (10) años en esta materia, que sean internacionalmente reconocidas a juicio de la Superintendencia Financiera de Colombia, y fiscalizadas o supervisadas por los organismos reguladores/supervisores pertinentes de los países en los cuales se encuentren constituidas.

El valor de rescate de la cuota o unidad del respectivo fondo debe ser difundido mediante sistemas públicos de información financiera de carácter internacional.

Que la jurisdicción en la cual se encuentren constituidos el administrador, gestor y/o el distribuidor no corresponda a un paraíso fiscal en el Decreto 2193 de 2013.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. II, num. 2).

¿Cuáles son los valores o activos que puede incluir la Familia de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros?

[§ 622] Las Familias de FIC sobre valores inscritos en el RNVE, valores y fondos extranjeros, dentro de su política de inversión exclusivamente pueden incluir las inversiones definidas en los subnumerales del 2.2.1 al 2.2.7. del numeral 2º de la Parte III, Título VI, Capítulo II de la Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera.

Revelación de información y mecanismos de información

¿Cómo debe ser la revelación de la información del Fondo de inversión colectiva FIC por parte de la sociedad fiduciaria?

[§ 623] La sociedad fiduciaria debe obrar de manera transparente, asegurando el suministro de información de manera veraz, imparcial, oportuna, completa, exacta, pertinente y útil.

Toda información deberá ser presentada de forma sencilla y comprensible para los inversionistas y el público en general.

Las estipulaciones que impliquen limitaciones a los derechos de los inversionistas deberán ser presentadas de forma resaltada y en letra fácilmente entendible.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.1, incs. 1º y 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son los mecanismos de revelación de la información?

[§ 624] Las fiduciarias deberán mantener informados a los inversionistas sobre los fondos de inversión colectiva a través de los siguientes mecanismos de revelación de la información:

1. Reglamento.
2. Prospecto.
3. Ficha técnica.
4. Extracto de cuenta.
5. Informe de rendición de cuentas.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.1, inc. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son los medios de suministro de la información?

[§ 625] La información, contenida en el reglamento, el prospecto y la ficha técnica, deberá estar disponible a través

del sitio web que para el efecto haya habilitado la sociedad fiduciaria para los fondos de inversión colectiva y por medios impresos, a solicitud del consumidor financiero.

La sociedad fiduciaria deberá comunicar, de manera suficiente y adecuada a los inversionistas, la disponibilidad de la respectiva información y los mecanismos para acceder a esta.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.2. Modificado parcialmente. D. 1745/2020, art. 85).

¿Qué advertencia debe ser incluida en los mecanismos de información?

[§ 626] En los mecanismos de información deberá figurar la siguiente advertencia de forma visible, clara y destacada: "Las obligaciones de la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva relacionadas con la gestión del portafolio son de medio y no, de resultado. Los dineros entregados por los inversionistas a los fondos de inversión 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. La inversión en el fondo de inversión colectiva está sujeta a los riesgos de inversión, derivados de la evolución de los precios de los activos que componen el portafolio del respectivo fondo de inversión colectiva".

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué es el reglamento y cuál debe ser su contenido?

[§ 627] El reglamento es el documento que identifica y describe el fondo de inversión colectiva, con todos los parámetros y reglas que rigen su funcionamiento, así como las relaciones de la fiduciaria con los inversionistas.

Debe estar escrito en idioma castellano y con un lenguaje claro y de fácil entendimiento, sin cláusulas abusivas, ambiguas, confusas o ininteligibles, el cual deberá ponerse a disposición de los inversionistas.

Su contenido es el contemplado en el artículo 3.1.1.9.5 del Decreto 2555 de 2010, Sustituido por el artículo 1º Decreto 1242 de 2013 y debe incluir la información mínima descrita en los anexos 1, 2 y 3 referidos en el numeral subnumeral 2.1 del numeral del Capítulo III, Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¿Qué deben disponer los reglamentos de los fondos de inversión cerrados que pretendan inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE y listar en bolsas de valores o sistemas de negociación de valores?

[§ 628] Deberán disponer que las participaciones se expresan en unidades enteras, esto es, sin fracciones.

De igual manera, este tipo de fondos podrán disponer en sus reglamentos que la constitución y redención de las participaciones podrá realizarse únicamente en unidades enteras.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III. núm. 2º, subnum. 2.1, inc. 3º).

¿Qué se entiende por reglamento marco de familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 629] Se entiende por reglamento marco de familia de fondos de inversión colectiva el documento escrito mediante el cual de forma clara y precisa se establecen las condiciones de carácter general aplicables a los fondos de inversión colectiva que integran la familia de fondos.

Dicho documento deberá estar escrito con un lenguaje claro y de fácil entendimiento sin cláusulas ambiguas, confusas o ininteligibles.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué debe contener el reglamento marco de la familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 630] El reglamento marco de la familia de Fondos de Inversión Colectiva deberá contener:

1. Como mínimo el reglamento marco de las familias de fondos de inversión colectiva debe contener la siguiente información:

Capítulo I. Plan estratégico de la familia de fondos de inversión colectiva.

1.1. Plan de negocio.

1.1.1. Objetivos perseguidos con la creación de la familia de FIC.

1.1.2. Tipos de FIC que se agruparán en la familia, criterios de agrupación y características generales que los diferenciarán.

1.1.3. Tipos de subyacentes que conformarían los portafolios de los FIC agrupados en la familia 1.1.4. Mercado objetivo.

Capítulo II. Aspectos generales de la familia de fondos de inversión colectiva.

2.1. Sociedad administradora.

2.2. Categoría de la familia de FIC de acuerdo con el artículo 3.1.1.2.5 del Decreto 2555 de 2010 y el numeral 1.1 del capítulo segundo, título VIII de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014.

2.3. Criterios generales de duración de la familia de FIC.

Capítulo III. Política de inversión de la familia de fondos de inversión colectiva.

3. Políticas generales asociadas a la gestión de Riesgos de la familia de FIC.

Capítulo IV. Políticas generales aplicables a la selección y remuneración de actividades delegadas.

4.1. Políticas generales aplicables para gestión externa o extranjera.

4.2. Políticas generales aplicables a la prestación de servicios complementarios por parte del custodio de valores.

4.3. Políticas generales de distribución especializada. (Anexo Nº 4 "Contenido mínimo del reglamento marco de las familias de fondos de inversión colectiva)". (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Par. III. Tít. VI. Cap. III. num. 2º, subnum. 2.1, inc. 2º).

2. Las reglas generales aplicables a la familia de Fondos Inversión Colectiva correspondiente, dado que las condiciones específicas deberán ser desarrolladas en el reglamento de cada uno de los Fondo de Inversión Colectiva que hagan parte de una familia. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III. num. 2º, subnum. 2.1. inc. 2º).

3. Un plan estratégico de la familia de fondos de inversión colectiva, en el cual se describa de manera general el

plan de negocio que la sociedad fiduciaria tiene para la respectiva familia, los tipos de subyacentes que conformarían los fondos que hacen parte de esta, así como el término estimado para llevar a cabo dicho plan. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.4. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III. num. 2º, subnum. 2.1, inc. 4º).

¿Quién debe aprobar la modificación del reglamento de los fondos de inversión colectiva y el marco de la familia de fondos de inversión colectiva?

[§ 631] Las reformas que se introduzcan en el reglamento de los fondos de inversión colectiva o en el reglamento marco de la familia de fondos de inversión colectiva deberán ser aprobadas, previamente, por la junta directiva de la sociedad fiduciaria y enviadas a la Superintendencia Financiera de Colombia, de forma previa a su entrada en vigencia, la cual podrá solicitar los ajustes que estime necesarios.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.6, inc. 1º. Modificado. D. 265/2024, art. 12).

¿Qué requisitos deben cumplir las reformas al reglamento de los fondos de inversión colectiva que impliquen afectación negativa de los derechos económicos de los inversionistas?

[§ 632] Las reformas al reglamento que impliquen afectación negativa de los derechos económicos de los inversionistas deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Contar con una aprobación expresa de la junta directiva de la sociedad fiduciaria, la cual deberá estar acompañada de un soporte técnico que respalde dicha aprobación.

2. Informar a los inversionistas las reformas que serán realizadas y en el caso de los fondos de inversión colectiva cerrados y abiertos con pacto de permanencia la posibilidad que tienen de retirarse del fondo de inversión colectiva.

3. Publicar la información a los inversionistas mediante alguno de los siguientes mecanismos:

a) Una publicación en un diario de amplia circulación nacional,

b) Páginas de internet,

c) Otro medio de comunicación electrónica, o

d) Mediante el envío de una comunicación dirigida a cada uno de los inversionistas.

La comunicación deberá incluir el mecanismo a través del cual podrán ejercer su derecho y el plazo máximo que tiene el inversionista para pronunciarse, que deberá ser mínimo de un (1) mes contado a partir de la fecha del recibo efectivo de la comunicación.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.6, inc. 2º. Modificado. D. 265/2024, art. 12).

NOTA: Para profundizar sobre el tema se sugiere consultar el Capítulo III Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica.

¿Qué derechos tienen los inversionistas de los fondos de inversión colectiva cerrados y abiertos con pacto de permanencia respecto de la reforma del reglamento?

[§ 633] Los inversionistas de los fondos de inversión colectiva cerrados y

abiertos con pacto de permanencia tienen derecho a manifestar formalmente a la sociedad fiduciaria su desacuerdo con las modificaciones y podrán solicitar la redención de sus participaciones sin que por este hecho se genere sanción ni penalidad de ningún tipo.

Dicha redención podrá realizarse en un plazo máximo de un (1) mes contado a partir del vencimiento del plazo máximo que tiene el inversionista para pronunciarse, el cual está establecido en el Decreto 2555 de 2010, artículo 3.1.1.9.6, inciso 2º modificado por el Decreto 265 de 2024, artículo 12 y será responsabilidad de la sociedad fiduciaria y del respectivo fondo de inversión colectiva y de los órganos de gobierno del mismo garantizar el adecuado ejercicio de dicho derecho.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.6, inc. 3º. Modificado por el D. 265/2024, art. 12).

¿Qué es el prospecto?

[§ 634] El prospecto es el documento que utiliza la fiduciaria para la comercialización de los fondos de inversión colectiva bajo su administración.

El prospecto deberá darse a conocer previamente a la vinculación de los inversionistas, dejando constancia del recibo de la copia escrita del mismo y la aceptación y entendimiento de la información allí consignada.

La entrega, constancia de recibo y de entendimiento podrá realizarse también por medio electrónico, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de recibo de la información, su aceptación y entendimiento en los términos que establezca el reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.7, inc. 1º. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo se debe formalizar el prospecto?

[§ 635] El prospecto deberá constar por escrito en idioma castellano, con un lenguaje claro y de fácil entendimiento, guardar concordancia con la información del reglamento y no contener afirmaciones que puedan inducir a error a los clientes.

Además, debe contener en un mensaje claro y visible, el ofrecimiento de la sociedad fiduciaria de entregar el reglamento cuando el cliente lo solicite, si considera que requiere una mayor información y debe contener lo contemplado en el artículo 3.1.1.9.7 del Decreto 2555 de 2010, sustituido por el Decreto 1242 de 2013, artículo 1º e incluir la información mínima descrita en el anexo 5 “CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PROSPECTOS”, referido en el subnumeral 2.7 numeral 2º del Capítulo III, Título VI de la Parte III de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¿Qué es la ficha técnica y qué debe contener?

[§ 636] La ficha técnica es un documento informativo estandarizado que contendrá la información básica de cada fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.8, inc. 1º. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º).

Debe contener e implementarse de conformidad con lo establecido en el “ANEXO 6 Instructivo Y Formato de la Ficha Técnica” de la Circular Básica Jurídica.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, subnum. 3.2, inc. 1º).

¿Cada cuánto debe actualizarse y publicarse la ficha técnica?

[§ 637] La ficha técnica deberá actualizarse y publicarse mensualmente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al último día calendario del mes. La fecha de corte de la información será el último día calendario del mes que se está informando.

Adicionalmente, se debe mantener en la página web las fichas técnicas correspondientes a los últimos seis (6) meses.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI. Cap. III, subnum. 3.2, inc. 2º).

¿Qué contiene el extracto de cuenta?

[§ 638] El extracto de cuenta debe contener la información mínima de que trata el subnumeral 3.1.2. del numeral 3º de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Capítulo III, con una periodicidad de corte de información por lo menos trimestral.

La sociedad fiduciaria debe mantener el extracto de cuenta a disposición del inversionista a través de la página Web de la sociedad fiduciaria conforme con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, artículo 3.1.1.9.9, modificado por el Decreto 265 de 2024, artículo 1º.

¿Qué debe contener el informe de rendición de cuentas?

[§ 639] La fiduciaria deberá rendir un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados o transferidos en virtud del acuerdo celebrado, entre las partes, respecto de aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, incluyendo el balance general del fondo de inversión colectiva y el estado de resultados del mismo. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.10, inc. 1º. Sustituido. Parte III. D. 1242/2013, art. 1º).

El reporte debe identificar los elementos esenciales del modelo de negocio empleado y constituirse en un mecanismo de comunicación entre el administrador del FIC y sus inversionistas de manera que provea a sus lectores de un entendimiento completo acerca de la condición financiera del respectivo FIC, los cambios en éste y los resultados de las operaciones adelantadas.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. III, num. 4º, subnum. 4.1, inc 1º).

¿Con qué periodicidad debe hacer la fiduciaria el informe de rendición de cuentas?

[§ 640] El informe de rendición de cuentas se hará por lo menos cada seis (6) meses, con cortes a 30 de junio y 31 de diciembre, salvo que en el reglamento de la cartera colectiva se disponga una periodicidad menor. La realización del informe deberá efectuarse en un plazo máximo de quince (15) días comunes contados desde la fecha del respectivo corte.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.10. par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre los mecanismos de revelación de la información?

[§ 641] DOCTRINA.—**El reglamento del fondo de inversión colectiva refleja los elementos esenciales de la relación de la SAFI con el**

inversionista; entre tanto, el prospecto es una síntesis del reglamento con el cual se comercializa el fondo al inversionista. "(…) La SAFI* deberá mantener informados a los inversionistas, al menos a través del reglamento, el prospecto, la ficha técnica, el extracto de cuenta y el informe de rendición de cuentas. En verdad y dado que parte de estos documentos son estáticos o cuya modificación resulta de un proceso que toma algún tiempo, resulta obvio que además se mantenga toda la información sobreviniente que tenga relevancia disponible en redes y páginas a las cuales tengan acceso los interesados, como también se prevé, así como en las oficinas de las entidades que participen en la promoción o distribución de los productos.

Se insiste en la necesidad de advertir en forma explícita que las obligaciones de la Safi son de medio y no de resultado (…).

(…).

El reglamento es el corazón del esquema de los fondos de inversión colectiva porque en él deben reflejarse todos los elementos esenciales de la relación contractual con la clientela. Debe existir un marco mediante el cual se establecen las condiciones generales de los fondos que integran la familia y el plan de negocios que se propone desarrollar, junto con los tipos de subyacentes que integrarían los fondos y el término estimado para llevarlo a cabo.

(…).

El prospecto corresponde a la información precontractual de informar que hemos tratado al hablar de que el fiduciario es un profesional. Es una síntesis del reglamento y, por esa vía, del fondo de inversión colectiva (FIC) y debe entregarse a los potenciales inversionistas antes de su vinculación ofreciéndoles la entrega del reglamento si lo desean". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis Editores. Bogotá, págs. 425, 426 y 427).

NOTA: Significado Safi*: Sociedad administradora de Fondos de Inversión.

[§ 642] DOCTRINA.—**La ficha técnica de cada FIC administrado debe contener la información básica del vehículo, con el fin de permitirle al inversionista conocer el valor de sus inversiones en el mercado. "**(…) En términos generales, las sociedades administradoras de FIC deberán atender los mecanismos de revelación de información dispuestos en el Capítulo 9 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010, dentro de los cuales se encuentra la Ficha Técnica que es un "documento informativo estandarizado" de los FIC, que tiene, entre otros objetivos, facilitar la comparación a nivel de la industria.

(…).

(…) se debe tener en cuenta que el Anexo 6, dentro de su objetivo, establece la obligación de diseñar y adoptar la Ficha Técnica para cada FIC que se administre, lo cual conlleva disponer la información básica de cada vehículo y "poner en práctica mecanismos adecuados de divulgación que le permitan al público conocer permanentemente el valor de mercado de las inversiones que conforman su portafolio". Lo anterior, con independencia de si el FIC cuente o no con tipos de participaciones para sus inversionistas.

En tal sentido, es importante que la Ficha Técnica contemple la información completa del FIC, incluyendo aquella referente a las participaciones, en la medida en que cada una genera derechos y obligaciones diferentes, de lo contrario no se estaría cumpliendo con el objetivo antes mencionado". (Superfinanciera. Conc. 2019078535-004 del 2 de agosto de 2019).

¿Cuáles son los medios de suministro de los mecanismos de revelación de información?

[§ 643] La información del reglamento, prospecto y ficha técnica deberá estar disponible, a través del sitio web que para el efecto deberá habilitar la sociedad fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva y por medios impresos, a solicitud del consumidor financiero.

La sociedad fiduciaria deberá comunicar, de manera suficiente y adecuada a los inversionistas, la disponibilidad de la respectiva información y los mecanismos para acceder a esta.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.2. Modificado. D. 1745/2020, art. 85).

¿Qué clase de obligaciones contrae el fiduciario en relación con la gestión del portafolio de los fondos?

[§ 644] La sociedad fiduciaria, en la gestión de los recursos del fondo, adquiere obligaciones de medio y no de resultado. Por lo tanto, la sociedad administradora se abstendrá de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para las participaciones constituidas, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos.

Lo anterior sin perjuicio de que el fondo pueda estructurar mecanismos de cobertura que busquen asegurar la recuperación del capital o una rentabilidad mínima determinada, siempre y cuando la sociedad fiduciaria no comprometa su propio patrimonio para el efecto.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.5. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué efectos comporta que las obligaciones que contrae el fiduciario, en relación con la gestión del portafolio de los fondos, sean de medio y no de resultado?

[§ 645] Que la inversión en el fondo 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.

En consecuencia, los dineros entregados por los inversionistas al fondo no son depósitos, ni generan para la sociedad fiduciaria 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.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.9.3. Sustituido. D. 1242/2013, art. 1º).

Políticas de inversión

¿En qué documentos debe estar definida la política de inversión del fondo de inversión colectiva?

[§ 646] La política de inversión del fondo de inversión o la familia de fondos de inversión colectiva deberá estar definida de manera previa y clara en el reglamento y en el prospecto, de forma tal que sea comprensible para los inversionistas y al público en general.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué debe contener la política de inversión?

[§ 647] La política de inversión contemplará, por lo menos, los siguientes aspectos:

1. Plan de inversiones del fondo, indicando, como mínimo, lo siguiente:

a) Objetivo del fondo o familia de fondos de inversión colectiva;

b) Relación de los activos que se consideran aceptables para invertir, de conformidad con el tipo de fondo o familia de fondos de inversión colectiva;

c) Diversificación del portafolio de acuerdo con el perfil de riesgo del fondo, la administración del riesgo y los requerimientos de liquidez que prevea la sociedad administradora;

d) Determinación de los límites mínimos y máximos por tipo de activo y por emisor u originador;

e) Determinación de los niveles de inversión, directa o indirecta, en valores cuyo emisor, avalista, aceptante, garante sea la matriz, las subordinadas de ésta o las subordinadas de la sociedad administradora, si es del caso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.1.1.10.2 del Decreto 2555 de 2010, modificado numeral 2 por el artículo 14 del Decreto 265 de 2024 y numeral 7 por el artículo 13 del Decreto 53 de 2022; y

f) Plazo promedio ponderado de las inversiones del fondo, de conformidad con el perfil de riesgo propuesto, tratándose de títulos de renta fija.

2. Los parámetros para el manejo de las operaciones del mercado monetario que empleará la sociedad administradora del fondo, teniendo en cuenta la clase del fondo de que se trate.

3. Perfil de riesgo del fondo. Dicho perfil deberá fundamentarse en la descripción y el análisis de los riesgos que puedan influir en el portafolio de inversiones.

4. Política en relación con los depósitos en cuentas corrientes o de ahorros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.1.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010 Sustituido. Parte 3. Decreto 1242 de 2013, artículo 1º; modificado numeral 2 por el artículo 14 del Decreto 265 de 2024 y numeral 7 por el artículo 13 del Decreto 53 de 2022.

5. Política de gestión de riesgos, en la cual se deberán describir los riesgos que pueden influir en el resultado del fondo de inversión colectiva, y la manera de administrarlos.

Los demás aspectos que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué debe incorporar el objeto del Fondo de Inversión Colectiva o la familia de Fondos de Inversión Colectiva?

[§ 648] Debe incorporar el objetivo de inversión del respectivo FIC, el cual comprende al menos aspectos tales como el propósito del fondo en términos de estabilidad o crecimiento de capital, tasa y/o índice de referencia, cuando a ello haya lugar.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, num. 2.2, inc. 2º).

¿Bajo qué circunstancias el fondo puede ajustar provisionalmente su política de inversión?

[§ 649] Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles en el mercado hagan imposible el cumplimiento de la política de inversión del fondo, la sociedad fiduciaria podrá ajustar de manera provisional y conforme a su buen juicio profesional dicha política.

Los cambios efectuados deberán ser informados de manera efectiva e inmediata a los inversionistas y a la Superintendencia Financiera de Colombia, detallando las medidas adoptadas y la justificación técnica de las mismas. La calificación de la imposibilidad deberá ser reconocida como un hecho generalizado en el mercado.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son los activos aceptables para invertir?

[§ 650] Las sociedades fiduciarias podrán integrar a los portafolios de los fondos cualquier activo o derecho de contenido económico, según sea su naturaleza, entre otros:

1. Valores inscritos o no en el Registro Nacional de Valores y Emisores - RNVE.

2. Títulos valores, documentos de contenido crediticio y cualquier otro documento representativo de obligaciones dinerarias.

3. Valores emitidos por entidades bancarias del exterior.

4. Valores emitidos por empresas extranjeras del sector real cuyas acciones aparezcan inscritas en una o varias bolsas de valores internacionalmente reconocidas.

5. Bonos emitidos por organismos multilaterales de crédito, gobiernos extranjeros o entidades públicas.

6. Participaciones en fondos de inversión extranjeros o fondos que emulen índices nacionales o extranjeros.

7. Participaciones en otros fondos de inversión colectiva nacionales.

8. Divisas, con las limitaciones establecidas en el régimen cambiario, en cuanto al pago de la redención de participaciones; e

9. Inmuebles y proyectos inmobiliarios.

10. Commodities.

11. Instrumentos financieros derivados con fines de inversión.

Igualmente se podrán realizar depósitos en cuentas corrientes o de ahorros, en los términos y condiciones que se establezcan en el reglamento.

La Superintendencia Financiera podrá determinar los activos o derechos de contenido económico que, por su naturaleza, perfil de riesgo o complejidad sólo sean admisibles para Fondos de Inversión Colectiva destinados a inversionistas profesionales.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué se entiende por operaciones de naturaleza apalancada en los fondos de inversión colectiva?

[§ 650-1] Son aquellas operaciones que permiten ampliar la exposición del fondo de inversión colectiva por encima del valor de su patrimonio, las cuales podrán realizarse siempre que esté expresamente establecido en el reglamento del respectivo fondo de inversión colectiva**.**

No constituyen operaciones de naturaleza apalancada:

a) Los créditos intradía y las operaciones pasivas de reporto, repo y simultáneas intradía que la sociedad administradora realice para cumplir operaciones en el mercado en nombre del fondo de inversión colectiva.

b) Los derivados con fines de cobertura;

c) Los derivados con fines de inversión definidos en el artículo 3.1.1.4.6 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.5.1. Modificado. D. 265/2024, art. 7º).

¿Cuál debe ser el contenido mínimo de la política de inversión?

[§ 651] La política de inversión de los fondos de inversión colectiva debe indicar

además de los aspectos señalados en el artículo 3.1.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010, lo siguiente:

1. El plazo de vencimiento máximo de las inversiones de renta fija.

2. La calificación mínima de los valores en los cuales se invertirá, en los casos que aplique.

3. Si el fondo tendrá algún nivel de apalancamiento y a través de qué operaciones lo realizará.

4. El límite máximo de apalancamiento del fondo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III. num. 2, subnum. 2.2. D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.2.).

¿Qué aspecto debe incluir la política de inversión sobre la gestión de liquidez?

[§ 652] En particular, respecto de la gestión de la liquidez, se debe incluir si el manejo de los depósitos en cuentas corrientes o de ahorro se realizará en establecimientos de créditos nacionales y/o extranjeros, así como la calificación mínima con la que deberá contar la respectiva entidad. (Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III. Tít. VI, Cap. III, num. 2.2, inc. 4º).

En los casos en los cuales la política de inversión prevea la realización de operaciones o la adquisición de activos en moneda extranjera, la política de inversión deberá establecer el límite máximo de exposición cambiaria del portafolio, es decir, la posición denominada en moneda extranjera que no se encuentre cubierta, respecto del total del valor del respectivo fondo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera. Parte III. Tít. VI. Cap. III, num. 2.2 inc. 5º).

Sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.5.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, la política de inversión de los fondos de inversión colectiva inmobiliarios podrá hacer referencia únicamente a operaciones apalancadas relacionadas con operaciones de endeudamiento.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014. Superfinanciera, Parte III. Tít. VI. Cap. III, num. 2.2. inc. 6º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la responsabilidad de las sociedades fiduciarias y/o los gestores externos sobre la política de inversión?

[§ 652-1] DOCTRINA.—**Es responsabilidad directa de las sociedades administradoras y/o gestores externos la revisión de la admisibilidad de un título conforme con la política de inversión del fondo al momento de adquirirlo.** "(...) De acuerdo con lo establecido por los artículos 3.1.1.4.1, 3.1.1.4.2 y 3.1.1.4.4 del Decreto 2555 de 2010, corresponde a las sociedades administradoras establecer en los reglamentos y prospectos de los fondos de inversión colectiva y de las familias de los fondos de inversión colectiva que administran, de forma previa, clara y comprensible, cuál es la política de inversión definida para esos vehículos, lo cual incluye la relación de los activos y derechos de contenido económico que se consideran aceptables para invertir, según su naturaleza, y/o las características generales que deberán tener en cuenta el administrador y el gestor en caso de existir para entenderlos como admisibles.

En ese orden, la decisión de realizar determinada inversión en un activo o derecho de contenido económico específico debe atender a una evaluación cuidadosa de la sociedad administradora y/o del gestor externo en caso de existir, de forma tal que la materialización de dicha inversión responda en todo momento a lo que de manera expresa establece el reglamento del respectivo fondo de inversión colectiva o familia

de fondos de inversión colectiva, entendiendo, a modo ilustrativo y en consideración a lo que se menciona en su consulta, que, por ejemplo, una acción no es lo mismo que un título participativo en un fondo o en un patrimonio autónomo, así se negocien en la misma rueda o hagan parte de un mismo índice.

(…).

Bajo ese entendido, es responsabilidad directa de las sociedades administradoras y/o gestores externos en caso de existir, hacer la revisión previa del contenido de los reglamentos de los fondos y familias de fondos que administran a efectos de determinar si la inversión en determinado título (*v.gr.* un título participativo en un patrimonio autónomo) es o no admisible a la luz de lo que plantea una lectura integral y armónica de dichas reglas, y, por lo tanto, si se requiere o no realizar la modificación de estos reglamentos.

(…).

Considera esta Superintendencia que dicha revisión particular debería tener en cuenta, entre otros, la naturaleza del fondo de inversión colectiva, su objetivo y oferta de valor frente a los inversionistas y al mercado en general, la forma en la que se integra su portafolio de inversión según lo previsto en su reglamento y los distintos escenarios que eventualmente pueda plantear cada reglamento respecto a su aplicación y eventual modificación, así como la naturaleza del activo en el que se tiene la intención de invertir". (Superfinanciera. Conc. 2024075762-002, jun. 7/2024).

Custodia de los valores que integran el portafolio del fondo de inversión colectiva

¿Qué bienes se entregan en custodia?

[§ 653] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de inversión deberán contratar la custodia de los valores que integran el portafolio de los fondos de inversión colectiva que administren, con entidades que de conformidad con el artículo 2.37.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 puedan ejecutar la actividad de custodia de valores. También podrán ser objeto de custodia los derechos de participación de los fondos de inversión colectiva abiertos, conforme a lo señalado en el parágrafo 3 del artículo 3.1.1.6.1 del Decreto 2555 de 2010.

Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de inversión colectiva ejercerán las actividades complementarias a la custodia de valores cuando estas no sean desarrolladas por el custodio.

Los derechos de participación de los fondos de inversión colectiva abiertos a los que se refiere el artículo 3.1.1.6.3 del Decreto 2555 de 2010, podrán ser objeto de custodia, de conformidad con lo previsto en el Libro 37 de la Parte 2.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.3.1. Modificado. D. 1745/2020, art. 89. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º, D. 1239/2024, art. 27).

¿Qué entidades pueden ser custodios?

[§ 654] Solo las sociedades fiduciarias pueden ejercer la actividad de custodia de valores siempre que cuenten con previa autorización de la Superintendencia Financiera. (D. 2555/2010. art. 2.37.2.1.1. Adicionado. D. 1498/2013 art. 1º).

En ningún caso la custodia de los valores que hacen parte de un fondo de

inversión colectiva podrá ser realizada por la misma sociedad administradora del respectivo fondo (D. 2555/2010. art. 2.37.2.1.4, par. 3º. Adicionado. D. 1498/2013 art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones especiales del custodio de valores para los fondos de inversión colectiva?

[§ 655] Las entidades autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, además de los servicios obligatorios establecidos en el artículo 2.37.1.1.2 y las obligaciones señaladas en el artículo 2.37.2.1.4 del Decreto 2555 de 2010, deben cumplir con las siguientes obligaciones especiales:

1. Asegurar que se haya realizado la anotación en cuenta de los derechos o saldos de los titulares de los valores cuya custodia se le encomiendan. Dicha anotación deberá hacerse a nombre de la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva custodiado, seguido por el nombre o identificación del fondo de inversión colectiva del cual hagan parte. Para el efecto, la respectiva sociedad administradora del fondo de inversión colectiva, deberá mantener actualizado un registro que contenga la información respecto de quiénes son los inversionistas del respectivo fondo.

2. Verificar el cumplimiento de las normas establecidas en el reglamento del fondo de inversión colectiva y de los límites, restricciones y prohibiciones legales aplicables a las operaciones del fondo de inversión colectiva que versen sobre los valores custodiados, Así mismo, deberá cerciorarse que las instrucciones se ajustan a la política de inversión del fondo, al reglamento del fondo y a las demás normas aplicables a sus operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.37.1.1.2 del presente decreto.

3. Efectuar, en caso de ejercerse como actividad complementaria, la valoración de los valores del fondo de inversión colectiva custodiado y de sus participaciones, de conformidad con las normas generales y especiales aplicables y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, dependiendo de la naturaleza de los activos a valorar.

4. Abstenerse de llevar a cabo operaciones prohibidas en el manejo de los fondos de inversión colectiva a los cuales les presta el servicio de custodia de valores y asegurarse del cumplimiento de las normas relacionadas con restricciones aplicables a fondos de inversión colectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.37.1.1.2 del presente decreto.

5. Informar inmediatamente y por escrito a la Superintendencia Financiera de Colombia, al organismo de autorregulación del mercado de valores y a la Junta Directiva de la respectiva sociedad administradora del fondo de inversión colectiva, la ocurrencia de cualquier evento que impida la normal y correcta ejecución de la labor de custodia, o que implique el incumplimiento del reglamento o de otras normas aplicables al fondo de inversión colectiva.

6. Impartir las órdenes necesarias para realizar los movimientos de las cuentas bancarias en las cuales se depositen dineros de los fondos de inversión colectiva custodiados, con el fin de compensar y liquidar las operaciones que se realicen sobre los valores respecto de los cuales se ejerce la custodia.

7. Asegurarse de que los gastos en que incurren los fondos de inversión colectiva respecto de los cuales se realiza

la actividad de custodia, relacionados con las operaciones sobre los valores objeto de custodia, corresponden con los señalados en el respectivo reglamento.

8. Llevar por separado la contabilidad del fondo de inversión colectiva custodiado, de acuerdo con las reglas que sobre el particular establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, velando por que dicha contabilidad refleje en forma fidedigna su situación financiera, en los casos en los que la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva custodiado delegue dicha actividad en el custodio.

9. Reportar diariamente a las sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva custodiados todos los movimientos realizados en virtud de las instrucciones recibidas. Cuando la información verse sobre otros casos, la periodicidad con la que se reporte la información al custodiado, será definida en el contrato de custodia, pero no podrá ser superior a un (1) mes. Dichos reportes podrán efectuarse por medios electrónicos.

10. Vigilar que el personal vinculado al custodio cumpla con sus obligaciones en la custodia de fondos de inversión colectiva incluyendo las reglas de gobierno corporativo y conducta y demás reglas establecidas en los manuales de procedimiento.

(D. 2555/2010, art. 2.37.2.1.5 del Decreto 2555/2020. Adicionado. D. 1498/2013, art. 1º).

¿Cómo se pueden prevenir los conflictos de interés cuando la actividad de custodia de valores se realiza con entidades vinculadas?

[§ 656] En el caso de que la actividad de custodia de valores se realice con entidades vinculadas, sin perjuicio de lo dispuesto en normas de naturaleza especial, tanto el custodio como el custodiado deberán establecer y aplicar consistentemente principios, políticas y procedimientos para la detección, prevención y manejo de conflictos de interés en la realización de dicha actividad.

(D. 2555/2010, arts. 2.37.1.1.4, par. 1º y 2.37.1.1.5. Adicionado. D. 1498/2013, art. 1º).

Administración de los fondos de inversión colectiva, FIC

¿Quién ejerce la administración de los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 657] La actividad de administración de los fondos de inversión colectiva la ejerce la fiduciaria, la cual podrá contratar a terceros para que ejecuten las actividades de gestión y de distribución de los fondos.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.1.1. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidad de la sociedad fiduciaria?

[§ 658] La fiduciaria en la administración de los fondos de inversión deberá cumplir las siguientes obligaciones:

1. Consagrar su actividad de administración exclusivamente en favor de los intereses de los inversionistas o de los beneficiarios designados por ellos.

2. Entregar la custodia de los valores que integran el portafolio del fondo a una de las sociedades mencionadas en el artículo 2.37.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 modificado por el artículo 88 del Decreto 1745 de 2020 de conformidad con lo establecido en el reglamento y en la normatividad aplicable, así como suministrar al custodio la información necesaria para la correcta ejecución de las funciones de custodia.

3. Realizar la salvaguarda y el ejercicio de los derechos patrimoniales de los activos diferentes a valores que hagan parte del portafolio de los fondos de inversión colectiva, para lo cual debe contar con los mecanismos idóneos que le permitan ejecutar de manera adecuada la presente obligación.

4. Identificar, medir, controlar, gestionar y administrar los riesgos asociados a la actividad de administración del fondo.

5. Efectuar la valoración del portafolio del fondo y de sus participaciones, de conformidad con lo previsto en la normatividad aplicable y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, obligación que podrá ser cumplida por el custodio de conformidad con lo acordado entre el administrador y el custodio.

6. Ejercer oportunamente los derechos patrimoniales de los activos del fondo de inversión colectiva, cuando éstos sean diferentes a valores entregados en custodia.

7. Llevar por separado la contabilidad del fondo de acuerdo con las reglas que sobre el particular establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, obligación que podrá ser cumplida por parte del custodio de valores previo acuerdo entre éste y la fiduciaria.

8. Establecer y mantener actualizados los mecanismos de suministro de información del fondo, en los términos de las normas aplicables y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera.

9. Verificar el envío oportuno de la información que debe remitirse a los

inversionistas y a la Superintendencia Financiera, y que el contenido de la misma cumpla con las condiciones establecidas en la parte 3 del Decreto 2555 de 2010 y por la mencionada Superintendencia.

10. Asegurar el mantenimiento de la reserva de la información que conozca con ocasión de la actividad de administración de los fondos de inversión colectiva, y adoptar políticas, procedimientos y mecanismos para evitar el uso de información privilegiada o reservada relacionada con los fondos de inversión colectiva administrados, sus activos, estrategias, negocios y operaciones, sin perjuicio del cumplimiento de los deberes de información a la Superintendencia Financiera de Colombia.

11. Garantizar la independencia de funciones y del personal responsable de la administración de los fondos, para lo cual deberá contar con estructuras organizacionales adecuadas para lograr este objetivo.

12. Capacitar a todas las personas vinculadas contractualmente con la entidad que participan en el funcionamiento y la distribución de los fondos, sin perjuicio de las obligaciones que el distribuidor especializado tenga frente a su fuerza de ventas.

13. Vigilar que el personal vinculado cumpla con sus obligaciones en la administración del fondo, incluyendo las reglas de gobierno corporativo, conducta y demás reglas establecidas en los manuales de procedimiento.

14. Informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los hechos o situaciones que impidan el normal desarrollo del fondo o el adecuado cumplimiento de sus funciones como administrador, o cuando se den causales de liquidación del fondo. Dicho aviso deberá darse de manera inmediata a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que el administrador tuvo o debió tener conocimiento de los hechos. Este informe deberá ser suscrito por el representante legal de la sociedad administradora.

15. Presentar a las asambleas de inversionistas, cuando haya lugar a ello, toda la información necesaria que permita establecer el estado del fondo; en todo caso, como mínimo deberán presentarse los estados financieros básicos de propósito general, la descripción general del portafolio, la evolución del valor de la participación, del valor del fondo y de la participación de cada inversionista dentro de la misma.

16. Adoptar medidas de control y reglas de conducta necesarias, apropiadas y suficientes, que se orienten a evitar que los fondos puedan ser utilizados como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dineros u otros bienes provenientes de actividades ilícitas, para realizar evasión tributaria o para dar apariencia de legalidad a las actividades ilícitas o a las transacciones y recursos vinculados con los mismos.

17. Contar con manuales de control interno, gobierno corporativo incluyendo el código de conducta, y los demás manuales necesarios para el cumplimiento de la normatividad aplicable.

18. Abstenerse de efectuar prácticas discriminatorias o inequitativas entre los inversionistas de un mismo fondo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.1.1.6.5 del Decreto 2555 de 2010.

19. Ejercer los derechos políticos inherentes a los valores administrados colectivamente, de conformidad con las políticas que defina la junta directiva, excepto en los casos en que se haya delegado dicha obligación en el custodio de valores.

20. Cumplir con las políticas, directrices, mecanismos y procedimientos que señale la junta directiva para la actividad de administración de fondos de inversión colectiva.

21. Identificar, controlar y gestionar situaciones generadoras de conflictos de interés en la actividad de administración del fondo, según las reglas establecidas en las normas aplicables y las directrices señaladas por la junta directiva.

22. Entregar oportunamente a la Superintendencia Financiera y al autorregulador del mercado de valores la información que para el cumplimiento de sus funciones requieran acerca de la administración de los fondos de inversión colectiva.

23. Establecer las condiciones de los informes periódicos que deberá rendirle el gestor externo sobre la gestión realizada y sus resultados.

24. Ejercer supervisión permanente sobre el personal vinculado a la administración de los fondos de inversión colectiva.

25. Cumplir a cabalidad con los demás aspectos necesarios para la adecuada administración del fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.1.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué consiste la actividad de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva y por quién podrá ser realizada?

[§ 659] La actividad de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva comprende la toma de decisiones de inversión y desinversión de las operaciones del fondo, así como la identificación, medición, control y gestión de los riesgos inherentes al portafolio, y podrá ser desarrollada directamente por la sociedad fiduciaria administradora del fondo de inversión colectiva, o por intermedio de un gestor externo o por un gestor extranjero.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Quién es el gestor externo?

[§ 660] El gestor externo es la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva diferente a la fiduciaria administradora del respectivo fondo, al cual se le encomienda la actividad de gestión del portafolio de dicho fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.2. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Solo podrán ser sociedades administradoras las sociedades fiduciarias, las sociedades comisionistas de bolsa de valores y las sociedades administradoras de inversión. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.1.1, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿La contratación de un gestor externo exime a la fiduciaria de su responsabilidad frente a los inversionistas?

[§ 661] No, la fiduciaria sigue siendo responsable ante los inversionistas del fondo de inversión colectiva que administra.

Sin embargo, la responsabilidad por la gestión de portafolios ante la Superintendencia Financiera de Colombia recaerá completamente en el gestor externo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones del gestor externo y extranjero en la actividad de gestión del portafolio del fondo de inversión colectiva?

[§ 662] Las obligaciones del gestor del portafolio son las siguientes:

1. Tener la capacidad administrativa e infraestructura tecnológica y operativa para ejercer la actividad de gestión de portafolio de fondos de inversión colectiva, de acuerdo con la naturaleza subyacentes y de los riesgos inherentes a éstos.

2. Ejecutar la política de inversión del fondo de conformidad con el reglamento y buscando la mejor ejecución de las operaciones, para lo cual deberá implementar los mecanismos adecuados de seguimiento y supervisión.

3. Identificar, medir, gestionar, administrar y controlar los riesgos de la actividad de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva, así como los inherentes a cada portafolio, para lo cual el gestor externo deberá desarrollar y mantener sistemas adecuados de control íntegro y de identificación, medición, control y gestión de riesgos.

4. Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés según las reglas y normas aplicables y las directrices de la Junta Directiva del gestor de inversiones.

5. Valorar el portafolio del fondo y de sus participaciones si así lo establece el reglamento, de conformidad con las normas aplicables y las instrucciones de la Superintendencia Financiera, siempre que la sociedad no haya entregado el desarrollo de esa actividad al custodio de valores.

6. Contar con políticas y procedimientos que garanticen la ejecución objetiva y transparente respecto de los fondos que gestione, sin privilegiar a ningún fondo de los que administra.

7. Verificar y garantizar la existencia y validez del negocio jurídico que da origen a los activos aceptables para invertir establecidos en el artículo 3.1.1.4.4 del Decreto 2555 de 2010, que no cuenten con mercados organizados.

8. Entregar oportunamente al administrador del fondo de inversión colectiva, a la Superintendencia Financiera, al autorregulador del mercado de valores, toda la información que para el cumplimiento de sus funciones requieran acerca de la gestión realizada, obligación que cumplirá la sociedad administradora cuando haya gestor extranjero.

9. Escoger los intermediarios necesarios para la realización de las operaciones de los fondos de inversión colectiva gestionados basándose en criterios objetivos señalados en el reglamento.

10. Vigilar y supervisar permanentemente que el personal vinculado al gestor cumpla con sus obligaciones en la gestión de los fondos, incluyendo las reglas de gobierno corporativo, de conducta y demás establecidas en los manuales de procedimiento.

11. Informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los hechos o situaciones que impidan el cumplimiento de sus funciones, o cuando se presente causal de liquidación prevista en el numeral 4º del artículo 3.1.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010, de manera inmediata a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que tuvo o debió tener conocimiento del hecho. Esta obligación será cumplida por la fiduciaria cuando exista gestor extranjero.

12. Adoptar medidas de control y reglas de conducta necesarias, apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que los

fondos puedan ser utilizados como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dineros y otros bienes provenientes de actividades ilícitas, para realizar evasión tributaria o para dar apariencia de legalidad a actividades ilícitas o a las transacciones y recursos vinculados con las mismas.

13. Contar con manuales de control interno, gobierno corporativo incluyendo el código de conducta y los demás manuales necesarios para el cumplimiento de las normas aplicables.

14. Asegurar el mantenimiento de la reserva de la información que conozca con ocasión de su actividad y adoptar políticas, procedimientos y mecanismos para evitar el uso indebido de información privilegiada o reservada relacionada con los activos, las estrategias, negocios y operaciones del fondo respecto del cual se ejerce la gestión, sin perjuicio del cumplimiento de los deberes de información a la Superintendencia Financiera.

15. Presentar a la fiduciaria informes periódicos sobre la gestión realizada y sus resultados, por lo menos una vez al mes, poniendo a disposición toda la documentación e información de soporte.

16. Acudir a la fiduciaria cuando considere que se requiere de su intervención, con la finalidad de garantizar la adecuada gestión del portafolio gestionado.

17. Abstenerse de incurrir en abusos de mercado en el manejo del portafolio respecto del cual realiza la gestión.

18. Cumplir con las políticas, directrices, mecanismos y procedimientos que señales la Junta Directiva de quien ejerza la actividad de gestión del fondo para el ejercicio de su actividad.

19. Cumplir a cabalidad con los demás aspectos necesarios para la adecuada gestión del portafolio del fondo respecto del cual realiza dicha actividad.

20. Las demás que se establezcan en el contrato de gestión de portafolio del fondo de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es la responsabilidad y el alcance de las obligaciones del gestor del portafolio del fondo de inversión colectiva?

[§ 663] Quién ejerza la actividad de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva adquiere obligaciones de medio y no, de resultado. Esto implica una adecuada ejecución de la política de inversión del fondo de inversión colectiva gestionado.

En consecuencia, el gestor de portafolios se abstendrá de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para las participaciones constituidas, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Quién puede ser el gestor extranjero y qué deberá acreditar?

[§ 664] El gestor extranjero deberá ser una persona jurídica constituida fuera del territorio nacional, que de conformidad con su objeto social y la regulación aplicable realice la actividad de gestión de portafolios de terceros.

Adicionalmente, deberá ser un experto en la administración del portafolio definido para el respectivo fondo de inversión colectiva según lo señalado en el reglamento, y deberá contar con los

requisitos de experiencia, idoneidad y solvencia moral señalados en el respectivo reglamento.

El gestor extranjero podrá acreditar los requisitos aquí establecidos mediante la experiencia, idoneidad y solvencia moral de sus socios y de las personas naturales que vincule para el cumplimiento de la labor de gestión de portafolios de fondos de inversión colectiva, de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el reglamento del respectivo fondo de inversión colectivo, deberá establecerse el procedimiento y los criterios de selección del gestor externo extranjero, así como los estándares mínimos que se aplicarán para realizar su designación, y contratación, seguimiento y remoción.

(D. 2555/2010, arts. 3.1.3.2.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Quién es el responsable por la gestión del portafolio en caso de contratación de un gestor extranjero?

[§ 665] La responsabilidad se mantiene a cargo de la sociedad fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 3.1.3.2.3. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre el papel de asesoría de la sociedad fiduciaria como gestor externo de un FIC?

[§ 666] DOCTRINA.—**No es necesario que la sociedad fiduciaria preste el servicio de asesoría de valores cuando actúa como gestor externo, por cuanto dicha gestión no implica la interacción del gestor externo con los clientes adherentes.** "(...) No obstante, se debe precisar que, respecto de la actividad de gestión externa de portafolios, cuando ésta se realice por una persona distinta al administrador y al distribuidor no necesariamente se debe prestar el servicio de asesoría, toda vez que cuando se ejecuta la actividad de gestión no se contempla la interacción con los clientes adherentes del fondo y por lo tanto no se está de cara a la actividad de distribución o de administración del FIC.

Sin embargo, es deber de la Sociedad Fiduciaria determinar si las actividades que desarrolla o desarrollará, en virtud a sus actividades autorizadas, entre ellas la celebración y ejecución de contratos de fiducia de inversión y la administración y gestión de FIC, pueden encontrarse sujetas a las actividades de asesoría conforme al alcance previsto en los numerales 4 y 6 del artículo 2.40.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010". (Superfinanciera. Conc. 2022156438-010, oct. 10/2022).

¿Está obligada la sociedad fiduciaria a cumplir con el deber de asesoría de valores para la distribución de fondos de inversión colectiva?

[§ 666-1] Sí. La sociedad fiduciaria debe cumplir con el deber de asesoría de valores para la distribución de fondos de inversión colectiva y la atención de los inversionistas mientras se encuentren vinculados a los mismos. (D. 2555/2010, art. 2.40.1.2.1, núm. 4º. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

Para el efecto, la sociedad fiduciaria elaborará el perfil de los inversionistas, establecerá los perfiles de los fondos de inversión colectiva, realizará el análisis de conveniencia de los fondos de inversión colectiva para el inversionista, suministrará recomendaciones profesionales, entregará información y efectuará la distribución de los fondos de inversión colectiva, de conformidad con las reglas establecidas en atención a la calidad de los inversionistas y a las características de los mismos. (D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.1, inc. 2º. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

La sociedad fiduciaria desarrollará la actividad de asesoría, a través de las personas naturales que expresamente autorice para la ejecución de dicha acti-

vidad, las cuales deberán estar inscritas en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV) y contar con la certificación en la modalidad que les permita la realización de esta actividad. (D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.1, inc. 3º. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018. Modificado parcialmente D. 1239/2024).

¿Qué se entiende por recomendación profesional?

[§ 666-2] Se entiende por recomendación profesional el suministro de una recomendación individual o personalizada a un inversionista, que tenga en cuenta el perfil del cliente y el perfil del fondo de inversión colectiva, para la realización de inversiones.

La recomendación profesional comprende una opinión idónea sobre una determinada inversión dada a un inversionista o a su ordenante para comprar, vender, suscribir, conservar, disponer o realizar cualquier otra transacción.

Se entiende que la recomendación es individual o personalizada cuando se dirige al inversionista debidamente identificado y tiene en cuenta sus condiciones particulares.

La opinión es idónea cuando se elabora con fundamento en el perfil del cliente y el perfil del fondo de inversión colectiva, de tal suerte que incorpore un análisis profesional que responda debidamente al interés del inversionista destinatario de la misma.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.2. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Qué calidades debe reunir la recomendación profesional?

[§ 666-3] La recomendación profesional debe ser documentada por la sociedad fiduciaria que ofrece o distribuye el producto, a través de un medio verificable. (D. 2555/2010, art. 2.40.4.1.1. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

El medio verificable de una recomendación profesional debe incluir, por lo menos, una síntesis de los argumentos que le sirven de fundamento, la modalidad en la cual se presta la asesoría (independiente o no independiente), la identificación de la persona que presta la asesoría y su forma de vinculación con la sociedad fiduciaria.

En todo caso la información debe ser transparente, comprensible y completa y se deberá entregar de forma que no resulte engañosa. (D. 2555/2010, art. 2.40.4.1.2. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Puede la sociedad fiduciaria utilizar herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad de asesoría, incluyendo el suministro de recomendaciones profesionales?

[§ 666-4] La sociedad fiduciaria podrá utilizar herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad de asesoría, incluyendo el suministro de recomendaciones profesionales, y en general se deberá cumplir con todas las etapas de la asesoría, de conformidad con las instrucciones que para el efecto determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

En todo caso, la sociedad fiduciaria que ofrece o la entidad que distribuye el fondo de inversión colectiva, según corresponda, deberá establecer los términos y condiciones a partir de los cuales las entidades podrán suministrar recomendaciones profesionales cuando el cliente lo solicite o cuando sobrevenga una circunstancia que afecte de manera sustancial la inversión, de acuerdo con

lo definido en el inciso tercero del artículo 2.40.2.1.4 del Decreto 2555 de 2010.

Las entidades no podrán exonerarse de su responsabilidad por el suministro de una recomendación profesional con ocasión de fallas de cualquier naturaleza que afecten las herramientas tecnológicas utilizadas para dicho propósito.

(D. 2555/2010, art. 2.40.5.1.1. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿En qué se diferencia el consejo profesional de la recomendación profesional?

[§ 666-5] El consejo profesional es aquel que ofrece profesionales como los abogados, contadores, auditores y revisores, entre otros, en la medida en que el mismo sea parte de un servicio profesional que se presta de manera conexa para la realización de actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público mediante valores y está regulado por lo previsto en el estatuto profesional que rige la actividad correspondiente y la normativa aplicable a la prestación del respectivo servicio. En consecuencia, en ningún caso se entiende suministro de asesoría de inversiones en valores y no se someterá a las reglas de la recomendación profesional.

El consejo profesional debe cumplir con las siguientes condiciones:

1. Se suministra sobre la base de los conocimientos y experiencia que es propia de la correspondiente profesión.

2. Cualquier opinión sobre la inversión en valores tiene carácter accesorio a la actividad profesional de la persona que la suministra.

3. La remuneración que recibe la persona que suministra el consejo profesional corresponde a las actividades propias del ejercicio de la profesión y en ningún caso al suministro de asesoría de inversiones en valores.

4. La persona que brinda el consejo profesional no se promueve o publicita como asesor de inversiones en valores.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.4. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Se consideran como recomendación profesional los informes de investigación y comunicaciones generales?

[§ 666-6] No. Los informes de investigación sobre inversiones y las comunicaciones de carácter general relativas a las mismas, que incorporen una descripción del fondo de inversión colectiva y promuevan sus beneficios para los destinatarios, que se remitan a un inversionista, cualquiera sea el canal o medio de distribución, no se considerarán como una recomendación profesional en los términos del artículo 2.40.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010, No obstante, dichos informes de investigación y comunicaciones generales recibirán el tratamiento de recomendaciones profesionales cuando cumplan con los criterios que determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

En las comunicaciones generales se debe incluir una leyenda con el siguiente texto: "*El contenido de la presente comunicación o mensaje no constituye una recomendación profesional para realizar inversiones en los términos del artículo 2.40.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 o las normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen*".

Además, los mensajes o comunicaciones que se utilicen para difundir recomendaciones generales no pueden incluir un

lenguaje o contenido que induzca al receptor a pensar que la inversión es adecuada en atención a su perfil.

El envío o entrega de los informes de investigación y/o de las comunicaciones generales no reemplazan o sustituyen el suministro de la recomendación profesional.

Para la elaboración y distribución de informes de investigación y de comunicaciones generales no se requiere ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.3. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Qué se entiende por perfil del cliente?

[§ 666-7] La evaluación que se efectúe sobre la situación financiera, intereses y necesidades del cliente para determinar el perfil de los fondos de inversión colectiva en los cuales resulta conveniente la realización de inversiones. Para construir el perfil del cliente se debe analizar como mínimo la información que el mismo entregue sobre los siguientes aspectos: conocimiento en inversiones, experiencia, objetivos de inversión, tolerancia al riesgo, capacidad para asumir pérdidas, horizonte de tiempo, capacidad para realizar contribuciones y para cumplir con requerimientos de garantías.

Es obligación de los clientes suministrar la información requerida para la elaboración y actualización del perfil del cliente.

Las sociedades fiduciarias deberán contar con políticas y procedimientos para la elaboración y actualización del perfil del cliente.

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá determinar aspectos y elementos adicionales que se deben considerar para la elaboración del perfil del cliente, teniendo en cuenta el tipo de cliente y la clasificación de los productos que le serán ofrecidos.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.5. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Qué se entiende por perfil del producto?

[§ 666-8] El perfil del producto es el resultado del análisis profesional de su complejidad, estructura, activos subyacentes, rentabilidad, riesgo, liquidez, volatilidad, costos, estructura de remuneración, calidad de la información disponible, prelación de pago y demás aspectos que se deben considerar para determinar las necesidades de inversión que satisface y los potenciales inversionistas que podrían ser destinatarios del mismo.

La sociedad fiduciaria deberá revisar de forma periódica el perfil de los fondos de inversión colectiva y en todo caso deberán proceder a su actualización cuando se produzcan cambios materiales en los principales elementos que se utilizan para el análisis de los mismos.

La sociedad fiduciaria deberá contar con políticas y procedimientos para la elaboración y actualización del perfil del fondo de inversión colectiva.

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá determinar los aspectos y elementos adicionales que se deben considerar para la elaboración del perfil del producto.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.6. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿En el marco del deber de asesoría, cómo se clasifican los fondos de inversión colectiva y qué criterios se debe tener en cuenta para ello?

[§ 666-9] Los fondos de inversión colectiva que se ofrezcan a los clientes

se clasifican en simples y complejos. La Superintendencia Financiera de Colombia determinará la categoría en que se clasifican los diferentes fondos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) La complejidad de su estructura;

b) Los riesgos asociados y la facilidad para analizarlos;

c) La información disponible y la transparencia de la misma para efectos de valoración;

d) Las limitaciones para salir de la posición de inversión en el fondo de inversión colectiva;

e) La complejidad de las fórmulas de remuneración;

f) La incorporación de condiciones en los mecanismos de protección del capital.

Para la clasificación de los productos la Superintendencia Financiera de Colombia puede aplicar uno o varios criterios según lo considere pertinente. Así mismo, puede definir los fondos de inversión colectiva con la generalidad o especificidad que considere adecuada.

La Superintendencia Financiera de Colombia realizará también la clasificación para los fondos de inversión colectiva del exterior con base en los criterios establecidos por la ley y podrá adoptar los criterios adicionales que considere pertinentes para el efecto.

(D. 2555/2010, art. 2.40.2.1.2. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿En qué consiste el análisis de conveniencia?

[§ 666-10] Consiste en la evaluación que realiza la sociedad fiduciaria para determinar si el perfil del fondo de inversión colectiva es adecuado para un inversionista de acuerdo con el perfil del cliente.

El análisis de conveniencia no comprende el suministro de una recomendación profesional al inversionista en los términos del artículo 2.40.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deberán contar con políticas y procedimientos para la realización profesional del análisis de conveniencia.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.1.7. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Qué se requiere para la distribución de fondos de inversión colectiva complejos a los clientes inversionistas?

[§ 666-11] Para la distribución de fondos de inversión colectiva complejos a los clientes inversionistas se requiere el suministro de una recomendación profesional y se deben adoptar políticas y procedimientos de conformidad con los criterios que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes:

a) La información debe ser suficiente para el entendimiento del fondo de inversión colectiva por parte del cliente inversionista;

b) El perfil del fondo de inversión colectiva debe ser adecuado para el perfil del cliente al cual se le ofrece;

c) La estructura de riesgo-remuneración debe ser conveniente para los intereses y necesidades del cliente inversionista;

d) Al cliente inversionista se le podrán ofrecer fondos de inversión colectiva alternativos que puedan ser menos

complejos y/o costosos, en caso que los mismos sean distribuidos por la misma entidad que atiende al cliente inversionista.

(D. 2555/2010, arts. 2.40.1.3.1, num. 4º y 2.40.2.1.3. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Se requiere el suministro de la recomendación profesional para la distribución de fondos de inversión colectiva simples a los clientes inversionistas?

[§ 666-12] Sí, no obstante, cuando el cliente inversionista haya renunciado a su derecho a recibir la recomendación, la distribución de fondos de inversión colectiva simples se podrá realizar sin el suministro de una recomendación profesional.

El cliente inversionista puede renunciar a recibir una recomendación profesional respecto de productos simples siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) De forma previa a la renuncia el cliente inversionista recibe la información del fondo de inversión colectiva simple y una explicación de sus características y riesgos;

b) El cliente inversionista manifiesta, de forma expresa, que conoce y entiende el fondo de inversión colectiva simple y por tanto renuncia a recibir una recomendación profesional respecto de transacciones en el mismo. La decisión del cliente deberá constar en un formato físico o electrónico, especialmente diseñado para este propósito que explique las consecuencias de la misma. Por lo tanto, no valdrá como renuncia una cláusula contenida en un contrato de adhesión;

c) La entidad que distribuye u ofrece el producto simple debe en todo caso realizar el análisis de conveniencia de forma previa a la realización de la inversión.

El cliente inversionista podrá efectuar una renuncia con carácter general respecto de aquellos fondos de inversión colectiva simples en los cuales hubiere realizado inversiones previas.

(D. 2555/2010, arts. 2.40.1.3.1, núm. 4º y 2.40.2.1.4. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Es vinculante la recomendación profesional para el inversionista?

[§ 666-13] No. El inversionista que recibe la recomendación profesional tiene la libertad de proceder de conformidad con la misma o de actuar de forma diversa. En este último caso, en el evento de que se trate de clientes inversionistas que deciden realizar su inversión en condiciones más riesgosas que las incorporadas en la recomendación profesional, se deberá dejar registro de dicha decisión de forma previa a la realización de la operación, a través de un medio verificable.

(D. 2555/2010, arts. 2.40.1.3.2. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Cuáles son las modalidades y condiciones para el suministro de la asesoría?

[§ 666-14] Al suministrar asesoría, la sociedad fiduciaria autorizada para el desarrollo de la actividad de asesoría, informará al cliente de manera previa y expresa, bajo cuál de las siguientes modalidades suministran asesoría:

I. Modalidad independiente: La sociedad fiduciaria deberá documentar y dar cumplimiento a las siguientes condiciones al momento del suministro de la respectiva asesoría:

1. Se realiza un análisis del mercado relevante de los fondos de inversión colectiva disponibles en que podría invertir el inversionista para recomendar la opción que pueda satisfacer de mejor forma las necesidades del cliente en atención a su perfil. El análisis no se puede limitar a los fondos de inversión colectiva ofrecidos por la entidad que atiende el cliente o por sus vinculados.

2. La entidad y las personas que suministran la asesoría no pueden recibir beneficios monetarios o no monetarios proporcionados por un tercero —entendido este como una persona que no es parte de la relación—, o por una persona que actúe por cuenta de un tercero en relación con la distribución del fondo de inversión colectiva a sus clientes.

3. La entidad y las personas naturales que suministran la asesoría deben estar libres de todo conflicto de interés de tal suerte que puedan actuar buscando exclusivamente el mayor beneficio para el cliente.

En desarrollo de esta modalidad la entidad podría recomendar fondos de inversión colectiva propios o de sus vinculados siempre que se cumplan las condiciones de los tres numerales anteriores.

II. Modalidad no independiente: Se considera que las sociedades fiduciarias suministran la asesoría bajo esta modalidad cuando no se cumplen los términos previstos en el numeral I.

A través de esta modalidad, el suministro de asesoría se debe realizar cumpliendo con las siguientes condiciones:

1. Se le debe informar al inversionista, de forma previa y a través de medio verificable, que la asesoría se suministra bajo la modalidad no independiente y las diferencias con la modalidad independiente.

2. Se debe revelar al inversionista, de forma previa y por medio verificable, el alcance de las limitaciones de la asesoría y las circunstancias por las cuales ella se suministra bajo la presente modalidad.

(D. 2555/2010, arts. 2.40.3.1.1. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Qué obligaciones deben cumplir los asesores?

[§ 666-15] La persona natural que participa en la actividad de asesoría debe estar inscrita en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV) y contar con la certificación en la modalidad que le permita cumplir con la totalidad de las reglas previstas en Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010. Así mismo, el asesor debe conocer y entender el perfil del cliente y el perfil del fondo de inversión colectiva que sugiere de forma previa al suministro de recomendaciones profesionales.

(D. 2555/2010, art. 2.40.1.3.3. Adicionado por el art. 1º del D. 661/2018).

¿Cómo se clasifican los inversionistas?

[§ 666-16] Los inversionistas se clasifican en inversionistas profesionales y clientes inversionistas.

a) Inversionista profesional:

Podrá tener la calidad de "inversionista profesional" todo cliente que cuente con la experiencia y conocimientos necesarios para comprender, evaluar y gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a cualquier decisión de inversión.

Para efectos de ser categorizado como "inversionista profesional", el cliente deberá acreditar al intermediario, al momento de la clasificación, un patrimonio igual

o superior a ciento cincuenta y siete mil ochocientos setenta y ocho coma doce (157.878,12) Unidades de Valor Tributario - UVT y al menos una de las siguientes condiciones:

1. Ser titular de un portafolio de inversión de valores igual o superior a setenta y ocho mil novecientos treinta y nueve coma cero seis (78.939,06) Unidades de Valor Tributario - UVT, o

2. Haber realizado directa o indirectamente quince (15) o más operaciones de enajenación o de adquisición, durante un período de sesenta (60) días calendario, en un tiempo que no supere los dos años anteriores al momento en que se vaya a realizar la clasificación del cliente. El valor agregado de estas operaciones debe ser igual o superior al equivalente a quinientos cincuenta y dos mil quinientos setenta y tres coma cuarenta y un (552.573,41) Unidades de Valor Tributario (UVT).

Para determinar el valor del portafolio a que hace mención el numeral 1 del presente artículo, se deberán tener en cuenta los valores que estén a nombre del cliente en un depósito de valores debidamente autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia o en un custodio extranjero y además serán tenidas en cuenta las inversiones realizadas por medio de contratos de fiducia de inversión, administración de portafolios de terceros, las participaciones que el inversionista tenga en fondos de inversión y, demás vehículos que administren recursos del inversionista, distintos a los de seguridad social.

Para determinar el período de sesenta (60) días calendario a que hace mención el numeral 2 del presente artículo, se tendrá como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de las operaciones de adquisición o enajenación de valores realizadas.

Los intermediarios deberán adoptar políticas y procedimientos que les permitan establecer la experiencia y conocimientos del inversionista.

(D. 2555/2010, art. 7.2.1.1.2. Modificado parcialmente, inc. 2º y nums. 1º y 2º. D. 2642/2022).

b) Cliente inversionista.

Tendrán la categoría de "cliente inversionista" aquellos clientes que no tengan la calidad de "inversionista profesional".

(D. 2555/2010, art. 7.2.1.1.4).

¿Qué otros tipos de clientes son categorizados como inversionista profesional?

[§ 666-17] Podrán ser categorizados como "inversionista profesional" además de los señalados en el artículo 7.2.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010:

1. Las personas que tengan vigente la certificación de profesional del mercado como operador otorgada por un organismo autorregulador del mercado de valores;

2. Los organismos financieros extranjeros y multilaterales;

3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y

4. Aquellos inversionistas clasificados como inversionista profesional, o su equivalente, en las jurisdicciones que hacen parte de la Alianza del Pacífico.

(D. 2555/2010, art. 7.2.1.1.3).

¿Es obligatorio categorizar a los clientes?

[§ 666-18] Sí. La sociedad fiduciaria debe clasificar a sus clientes en alguna de las dos (2) categorías, inversionista profesional o cliente inversionista, e

informarles oportunamente la categoría a la cual pertenecen y el régimen de protección que les aplica.

(D. 2555/2010, art. 7.2.1.1.5.).

¿En qué consiste la solicitud de protección como cliente inversionista?

[§ 666-19] Consiste en informarle al cliente profesional al momento de clasificarlo en dicha calidad, que tiene derecho a solicitar el tratamiento de "cliente inversionista", de manera general o de manera particular respecto de un tipo de operaciones en el mercado de valores. En este último evento, el "inversionista profesional" podrá solicitar tal protección cada vez que se inicie la realización del nuevo tipo de operaciones. El cambio de categoría deberá constar en cualquier medio verificable.

El "inversionista profesional" también podrá solicitar ser tratado como "cliente inversionista" únicamente para efectos de la aplicación del Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, incluso en aquellos mercados o fondos de inversión colectiva que sólo están habilitados para los inversionistas profesionales".

(D. 2555/2010, art. 7.2.1.1.6. Modificado. D. 1745/2020, art. 125, inc. 1º. Adicionado. D. 1291/2020, art. 8º, inc. 2º).

¿Qué requisitos debe cumplir la sociedad fiduciaria en cuanto a la identificación, prevención, administración y revelación de los conflictos de interés que puedan afectar el desarrollo de la actividad de asesoría?

[§ 666-20] Contar con políticas y procedimientos, aprobados por la Junta Directiva u órgano equivalente.

Las políticas y procedimientos se deben orientar a privilegiar en todo caso el interés de los clientes y su contenido mínimo es el siguiente:

a) Identificación de las situaciones de conflicto de interés en que pueda estar incursa la entidad y la forma de administrarlos;

b) Identificación de las situaciones de conflicto de interés en que pueden estar incursos los asesores, particularmente aquellas relacionadas con la distribución de los productos propios de la entidad con la cual tienen relación y de los que son ofrecidos por los vinculados de esta, entendiendo por tales a quienes se definen en el artículo 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010;

c) Tratamiento de los incentivos monetarios y no monetarios que puedan llegar a recibir la entidad y/o quienes participan en la actividad de asesoría;

d) Independencia de quienes suministran la asesoría en relación con las personas que participan en la elaboración de informes de investigación sobre inversiones que podrían ser recomendadas a los clientes;

e) Reglas para que la realización simultánea de actividades no dé lugar a situaciones de conflicto de interés que afecten la actividad de asesoría;

f) Esquemas de remuneración de los asesores que tengan en cuenta la salvaguarda de los intereses de los clientes en el cumplimiento de la actividad de asesoría;

g) Reglas relativas a los flujos de información para que no se afecte el cumplimiento de la actividad de asesoría;

h) Mecanismos que permitan informar de manera oportuna a los clientes sobre los conflictos de interés y la forma en que son administrados por la entidad.

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá ampliar el contenido de las políticas y procedimientos requeridos por el presente artículo y fijar los criterios técnicos para su elaboración.

(D. 2555/2010, art. 2.40.3.2.1.).

¿Cómo se compone la fuerza de ventas de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado?

[§ 667] La fuerza de ventas se compone de los sujetos promotores vinculados a la sociedad fiduciaria administradora del FIC o al distribuidor especializado por cualquier medio, para desarrollar la distribución de los fondos de inversión colectiva distribuidos. Vinculación que podrá realizarse directamente con las personas naturales denominados sujetos promotores o indirectamente a través de personas jurídicas con las cuales se celebre un contrato con dicho objeto.

Las actuaciones de la fuerza de ventas en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad fiduciaria administradora del fondo de inversión colectiva o al distribuidor especializado, y cualquier infracción, error u omisión en que incurra la fuerza de ventas en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva o del distribuidor especializado.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.3.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿La fuerza de ventas de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado tienen que cumplir con el deber de asesoría de valores?

[§ 668] Sí. La recomendación profesional que se suministra en cumplimiento del deber de asesoría de que trata el artículo 3.1.4.1.3 del Decreto 2555 de 2010 la realizarán los sujetos promotores, vinculados a la sociedad fiduciaria administradora del FIC o al distribuidor especializado.

No obstante, lo anterior, la sociedad administradora o el distribuidor especializado serán los responsables del cumplimiento de este deber.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.3.1, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones que los promotores de la sociedad fiduciaria administradora del FIC o el distribuidor especializado tienen que cumplir con el deber de asesoría de valores?

[§ 669] La sociedad fiduciaria de fondos de inversión colectiva o el distribuidor especializado, según corresponda, deberán asegurarse de que los sujetos promotores cumplan las siguientes obligaciones:

1. Identificarse como sujeto promotor de la respectiva sociedad administradora de fondos de inversión colectiva o del distribuidor especializado.

2. Entregar y presentar a los potenciales inversionistas toda la información necesaria y suficiente, proporcionada por la sociedad administradora o por el distribuidor especializado, para conocer las características y los riesgos de los fondos de inversión colectiva promovidos y tomar la decisión de inversión o de no inversión en los mismos.

3. No hacer afirmaciones que puedan conducir a apreciaciones falsas, engañosas o inexactas sobre el fondo de inversión, su objetivo de inversión, el riesgo asociado, gastos, o cualquier otro aspecto.

4. Verificar que el inversionista conozca, entienda y acepte el reglamento y el prospecto del fondo de inversión colectiva.

5. Remitir las órdenes de constitución de participaciones a la sociedad administradora, de forma diligente y oportuna.

6. Las demás que sean connaturales al desarrollo profesional de la actividad de distribución de fondos de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.3.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones del distribuidor respecto de la fuerza de ventas?

[§ 670] El distribuidor deberá cumplir las siguientes obligaciones, en aras de permitir el adecuado ejercicio de la distribución de los fondos de inversión colectiva por parte de la fuerza de ventas:

1. Mantener una relación actualizada de los sujetos promotores vinculados.

2. Dotar a los sujetos promotores de toda la información necesaria para la distribución de los fondos de inversión colectiva distribuidos.

3. Contratar sujetos promotores calificados e idóneos, asegurar que los materiales y la información empleados para promover la constitución de participaciones reflejan la realidad económica y jurídica de los fondos de inversión colectiva distribuidos, y evitar mensajes equívocos, inexactos o engañosos o falsas ponderaciones. Para estos efectos, deberá implementar programas de capacitación y actualización permanente.

4. Implementar mecanismos para prevenir que la información recibida de los consumidores financieros pueda ser utilizada para propósitos distintos a la distribución de los fondos de inversión colectiva administrados, así como prevenir que sea compartida con terceros, salvo autorización expresa y por escrito del titular de la información.

5. Implementar políticas y mecanismos para dar cumplimiento al deber de asesoría especial de que trata el presente título.

6. Implementar programas de capacitación del personal, teniendo en cuenta el tamaño y las actividades de la entidad, de modo tal que la fuerza de ventas conozca y comprenda las normas y los procedimientos aplicables en el cumplimiento de sus funciones, y se mantenga al día con los cambios de la regulación y las prácticas de la industria. Las sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva o los distribuidores especializados llevarán un registro de los programas anuales de capacitación del personal y de las actividades cumplidas en desarrollo de los mismos.

7. Asegurar que el personal de la fuerza de ventas cumpla con los demás requerimientos que para el mismo determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.3.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Órganos de los Fondos de Inversión Colectiva, FIC

¿Cuáles son los órganos de los Fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 671] Los órganos de los Fondos de Inversión Colectiva FIC son:

1. La junta directiva (D. 2555/2010, arts. 3.1.5.1.1 y ss. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

2. El gerente (D. 2555/2010, arts. 3.1.5.2.1. y ss. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

3. El comité de inversiones (D. 2555/2010, arts. 3.1.5.3.1 y ss. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

4. El revisor fiscal (D. 2555/2010, arts. 3.1.5.4.1 y ss. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

5. La asamblea de inversionistas (D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones de la junta directiva de la sociedad fiduciaria?

[§ 672] La junta directiva de la fiduciaria tendrá las siguientes obligaciones en la gestión de los fondos de inversión colectiva.

1. Definir las políticas y procedimientos aplicables al desarrollo de la actividad de administración de fondos de inversión colectiva y determinar los criterios o condiciones bajo los cuales la fiduciaria desarrollará todas o algunas de las demás actividades relacionadas con los fondos de inversión colectiva administrados. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

2. Definir para cuales fondos de inversión colectiva o familias de fondos ejercerá la gestión del portafolio de manera directa, y para cuales dicha gestión sea delegada a un gestor externo. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

3. Realizar la designación de la entidad que prestará los servicios de custodia de valores y de las actividades complementarias a la misma que prestará el custodio. (D. 2555/2010, num. 1º, art. 3.1.5.1.1, num. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

4. Definir los criterios o estándares aplicables a la selección de entidades encargadas de la gestión, y de la custodia de los fondos de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

5. Definir una adecuada estructura organizacional para garantizar el cumplimiento e independencia de las unciones propias de la actividad de administración de fondos de inversión colectiva, así como del personal responsable de las mismas. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

6. Establecer políticas, directrices y procedimientos de gobierno corporativo y de control interno, orientadas a administrar los riesgos que puedan afectar a los fondos. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 8º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

7. Fijar los procedimientos y políticas para determinar el proceso de valoración del portafolio de los fondos de inversión colectiva y de sus participaciones, el cual

deberá ser cumplido por la fiduciaria o por el gestor o custodio del respectivo fondo, según lo establezca el reglamento. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 4º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

8. Fijar medidas de control que permitan vigilar el cumplimiento de las reglas establecidas para la valoración de los fondos de inversión colectiva administrados. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 4º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

9. Determinar las políticas para adoptar medidas de control y reglas de conducta apropiadas y suficientes, que se orienten a evitar que los fondos de inversión colectiva puedan ser utilizados como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dineros u otros bienes provenientes de actividades ilícitas, para realizar evasión tributaria o para dar apariencia de legalidad a actividades ilícitas o a las transacciones y recursos vinculados con las mismas. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 5º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

10. Aprobar los manuales para el control y prevención del lavado de activos, de gobierno corporativo incluyendo el código de conducta, de control interno, y los demás necesarios para el cumplimiento de las normas aplicables. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 6º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

11. Establecer políticas de cualquier otro aspecto que tenga relevancia con el adecuado funcionamiento y la correcta administración del fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 7º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

12. Diseñar políticas, directrices y procedimientos de gobierno corporativo y de control interno, orientadas a administrar los riesgos que puedan afectar a los fondos de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 8º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

13. Determinar políticas, directrices y procedimientos para garantizar la calidad de la información divulgada al público en general, a los inversionistas y a la Superintendencia Financiera de Colombia. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 9º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

14. Establecer políticas y adoptar los mecanismos que sean necesarios para evitar el uso de información privilegiada o reservada y manipulación de la rentabilidad o del valor de la unidad. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 10. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

15. Diseñar y aprobar las políticas para la presentación a las asambleas de inversionistas de toda la información necesaria que permita establecer el estado de los fondos de inversión colectivas, incluyendo como mínimo: los estados financieros básicos de propósito general, la descripción general del portafolio, y la evolución del valor de participación, del valor del fondo y de la participación de cada inversionista dentro del mismo. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 11. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

16. Definir las situaciones constitutivas de conflictos de interés, así como los procedimientos para su prevención y administración. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 12. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

17. Establecer políticas, directrices y procedimientos para el ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores administrados colectivamente, cuando dicha actividad no haya sido delegada voluntariamente en el custodio de dichos valores. Dichas políticas, directrices y procedimientos deberán definir expresamente los casos en que la

fiduciaria podrá abstenerse de participar en las deliberaciones y votaciones, en razón, entre otras, de la poca materialidad de la participación social o de los asuntos a ser decididos. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 13. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

18. Fijar las directrices de los programas de capacitación para los funcionarios encargados de las tareas relacionadas con la administración de los fondos de inversión colectivas. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 14º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

19. Definir los mecanismos que serán implementados para el seguimiento del cumplimiento de las funciones del personal vinculado contractualmente al gestor externo, en relación con la gestión del fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 15. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

20. Dictar políticas y mecanismos para solucionar de manera efectiva y oportuna los problemas detectados y reportados por las áreas involucradas en la actividad de administración del fondo, y por el revisor fiscal sobre asuntos que puedan afectar el adecuado funcionamiento y administración del fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 16. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

21. Determinar los mecanismos que eviten la aplicación de prácticas discriminatorias o inequitativas entre los inversionistas de un mismo fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 17. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

22. Determinar el contenido mínimo de los informes que deberá presentar quien ejecute la actividad de gestión del fondo. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 18. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

23. Nombrar el gerente del fondo y su suplente cuando haya lugar. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 19. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

24. Autorizar al fondo de inversión colectiva realizar emisiones de bonos. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, num. 20. Modificado. D. 53/2022, art. 9º).

25. Cuando no exista gestor externo, la junta directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 3.1.5.1.2 del presente decreto en cuanto a la gestión de fondos de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, par. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

26. Cuando la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva no realice la distribución de los fondos de inversión colectiva por medio del distribuidor especializado, la junta directiva de la sociedad administradora deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 3.1.5.1.3 del presente decreto en cuanto a la distribución de fondos de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

27. Las demás establecidas a cargo de la junta directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva en otras normas legales o reglamentarias. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1. num. 21. adicionado D. 53/2022, art. 9º).

¿La junta directiva del gestor externo también tiene obligaciones a su cargo?

[§ 673] Sí, la junta directiva del gestor externo con respecto a la gestión del portafolios de fondos de inversión colectiva debe cumplir las obligaciones de que trata el artículo 3.1.5.1.2 del Decreto 2555 de 2013, Sustituido. Parte 3. Decreto 1242 de 2013, artículo 1º.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.1.1, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Quién ejecuta la gestión del fondo y las decisiones de inversión?

[§ 674] El gerente de cada fondo de inversión colectiva estará encargado de la ejecución de la gestión del portafolio del fondo, por cuenta de quien realice la actividad de gestión.

El gerente será una persona natural de dedicación exclusiva, con su respectivo suplente, nombrado por la junta directiva de la fiduciaria, del gestor externo o del gestor extranjero, según sea el caso.

Las decisiones se deberán tomar de manera profesional, con la diligencia exigible a un experto prudente y diligente en la gestión de fondos de inversión colectiva, observando la política de inversión del fondo, el reglamento y las normas aplicables.

Una misma persona podrá ser gerente de múltiples fondos administrados por la fiduciaria, o gestionados por el gestor externo o el gestor extranjero; así como de los fondos que hagan parte de una misma familia de fondos o de varias familias de fondos de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.2.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué funcionarios debe tener el Fondo de Inversión Colectiva?

[§ 675] Un gerente con su respectivo suplente, personas naturales de dedicación exclusiva, nombrados por la junta directiva del gestor externo, del gestor extranjero o de la sociedad administradora del fondo de inversión colectiva, según sea el caso.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.2.1, inc. 1º).

¿Qué calidades tienen el gerente y el suplente del fondo?

[§ 675-1] El gerente y su respectivo suplente se consideran administradores de la fiduciaria con funciones exclusivamente vinculadas a la gestión de los fondos, y deberán acreditar la experiencia específica en la administración y gestión de los riesgos correspondientes al fondo de inversión colectiva que van a administrar.

Igualmente, deberán contar con la inscripción vigente en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV).

La designación de estos funcionarios no exonera a la junta directiva de la responsabilidad prevista en el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la Ley 22 de 1995, o cualquier norma que lo modifique, sustituya o derogue, ni del cumplimiento de los deberes establecidos en la parte 3 del Decreto 2555 de 2010 y en las normas legales.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.2.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º. Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Part. III, Tit. VI, Cap. III, num 1.2, subnum. 1.2.1, inc. 1º).

¿Cuáles son las funciones del gerente del fondo?

[§ 676] El gerente y, en su ausencia, el respectivo suplente, deberán cumplir las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las obligaciones propias de los demás administradores de la fiduciaria:

1. En la toma de decisiones de inversión deberá tener en cuenta las políticas diseñadas por la junta directiva de la sociedad gestora para identificar, medir, gestionar y administrar los riesgos.

2. Documentar con detalle y precisión los problemas detectados en los envíos de información de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva a los inversionistas y a la Superintendencia Financiera de Colombia, categorizados por fecha de ocurrencia, frecuencia e impacto. Así mismo, deberá documentar los mecanismos implementados para evitar la reincidencia de las fallas detectadas.

3. Asegurarse de que la sociedad gestora cuente con personal idóneo para el cumplimiento de las obligaciones de información.

4. Proponer a los órganos de administración el desarrollo de programas, planes y estrategias orientadas al cumplimiento eficaz de las obligaciones de información a cargo de la sociedad gestora.

5. Cumplir con las directrices, mecanismos y procedimientos señalados por la junta directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva, y vigilar su cumplimiento por las demás personas vinculadas contractualmente cuyas funciones se encuentren relacionadas con la gestión propia.

6. Informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los hechos que imposibiliten o dificulten el cumplimiento de sus funciones, previa información a la junta directiva.

7. Presentar la información a la asamblea de inversionistas, de conformidad con lo señalado en el numeral 15 del artículo 3.1.3.1.3 del presente decreto.

8. Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés, según las reglas establecidas en las normas aplicables y las directrices señaladas por la junta directiva de la sociedad gestora.

9. Acudir a la junta directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva en los eventos en que considere que se requiere su intervención, con la finalidad de garantizar la adecuada gestión del fondo de inversión colectiva.

10. Ejercer una supervisión permanente sobre el personal vinculado a la gestión del portafolio fondo de inversión colectiva gestionado, y

11 Las demás asignadas por la junta directiva de la sociedad gestora, sin perjuicio de las responsabilidades asignadas a la misma.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.2.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuándo actúa el suplente del gerente del fondo?

[§ 677] El suplente solo actuará en caso de ausencias temporales o absolutas del principal.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.2.3, par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º, Part. III, Tit. VI, Cap. III, num 1.2, subnum. 1.2.1, inc. 2º).

¿Quién debe constituir el comité de inversiones?

[§ 678] El gestor externo o el gestor extranjero, o la sociedad fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva, en caso de que no haya gestor externo o extranjero, deben constituir un comité de inversiones del fondo de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.3.1, inc. 1º, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es la responsabilidad del comité de inversiones?

[§ 679] El comité de inversiones constituido por la fiduciaria es responsable del análisis de las inversiones y de los emisores, así como de la definición de los cupos de inversión y las políticas para adquisición y liquidación de inversiones, teniendo en cuenta la política de riesgos de la entidad administradora y del fondo de inversión.

La fiduciaria podrá tener un mismo comité de inversiones para todos los fondos de inversión colectiva gestionados por la sociedad fiduciaria administradora o gestor externo o extranjero según corresponda.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.3.1, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo se consideran los miembros del comité de inversiones?

[§ 680] Los miembros del comité de inversiones se considerarán administradores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 o cualquier otra norma que lo modifique, sustituya o derogue. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.3.1, inc. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

La constitución del comité de inversiones no exonera a la junta directiva de la sociedad administradora o al gestor externo, cuando exista, de la responsabilidad prevista en el artículo 200 modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 del Código de Comercio o cualquier otra norma que lo modifique, sustituya o derogue, ni del cumplimiento de los deberes establecidos en las normas legales y en la normatividad aplicable. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.3.1, inc. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo deben estar conformados los comités de inversiones en los fondos de inversión colectiva, FIC?

[§ 681] Los comités de inversiones de los fondos de inversión colectiva deben estar conformados por un número impar de miembros y deben considerar dentro de las políticas de inversión las disposiciones existentes sobre gobierno corporativo, en particular aquellas que resulten pertinentes del código país adoptado por los emisores de valores inscritos en el RNVE.

Para los fondos de inversión colectiva que se encuentren en proceso de liquidación no es necesario mantener un comité de inversiones, salvo que la asamblea general de inversionistas disponga lo contrario.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Cap. III, num. 1.2, subnum. 1.2.2, inc. 1º).

¿Cuáles son las funciones del revisor fiscal?

[§ 682] El revisor fiscal de la respectiva sociedad fiduciaria, del gestor externo y del distribuidor especializado ejercerá las funciones propias de su cargo respecto de cada uno de los fondos que la respectiva entidad administre, gestione o distribuya. Los reportes o informes relativos al fondo se deberán presentar de forma independiente a los referidos a la sociedad fiduciaria, gestor externo o distribuidor especializado. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.4.1, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Además del revisor fiscal, el fondo puede contratar un auditor externo, con cargo a sus recursos, según las reglas que se establezcan en el reglamento en cuanto hace a sus funciones y designación. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.4.1, par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Inversionistas

¿Quiénes son los inversionistas?

[§ 683] Son inversionistas los participantes de los fondos.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.5.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la vinculación de una persona a un Fondo de Inversión Colectiva, FIC?

[§ 683-1] DOCTRINA.—**La plena identificación del propietario de los recursos es un elemento constitutivo de la vinculación al FIC junto con la entrega de los recursos.** "(...) Sobre el particular, sea lo primero poner de presente lo manifestado por la Dirección General de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante el Concepto 1-201-010-010871, radicado ante esta Superintendencia bajo el número 2010040382-000 del 4 de junio de 2010, en relación con la vinculación formal de una persona a un FIC, en los siguientes términos:

(...) la inclusión de 'la plena identificación de la propiedad de los recursos' debe ser interpretada como un elemento constitutivo de la mencionada vinculación.

Lo anterior significa que un inversionista (...) sólo se reputará como tal, y por ende gozará de los derechos y prerrogativas de un partícipe, cuando concurran dos eventos:

a) Que se realice la entrega efectiva de los recursos, y

b) Que, **como parte del proceso de conocimiento del cliente, la entidad receptora de esos recursos haya realizado la plena identificación de la propiedad de los recursos**.

En este sentido, la entrega de recursos a través de cualquiera de sus formas, solo se tendrá como constitutiva las participaciones en un fondo (...), cuando confluya la entrega de los recursos con la identificación de la propiedad de los mismos, momento a partir del cual operará la emisión de la documentación representativa de las participaciones (...).

(...).

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3.1.1.6.1 del Decreto 2555 de 2010 respecto de la constitución de participaciones en un FIC, puesto que dicha actividad implica que la sociedad administradora no solo debe registrar, sino que además debe llevar a cabo una gestión eficiente y efectiva para la identificación de los aportes, bajo el entendido que, en los términos del concepto en cita, "(...) la plena identificación de la propiedad de los recursos debe ser interpretado como un elemento constitutivo de la mencionada vinculación (...)", la cual es formalizada con la emisión del documento representativo de las unidades participación en el respectivo Fondo de Inversión Colectiva.

(...).

Por lo tanto, en cumplimiento de los procedimientos en comento, la sociedad administradora de un FIC debe realizar la identificación correspondiente, a efectos de que el cliente pueda ostentar la calidad de inversionista en el marco del mandato conferido a la entidad vigilada. (Superfinanciera. Conc. 2020126047-008, jul./2020).

¿Cuáles son los derechos de los inversionistas?

[§ 684] Además de los expresamente pactados en el reglamento y de aquellos asignados por normas especiales, por las normas de protección al consumidor y por las normas de protección a los inversionistas en el mercado de valores, los inversionistas o los beneficiarios designados por ellos, tendrán los siguientes derechos:

a) Participar en los resultados económicos generados en el giro ordinario de las operaciones del fondo.

b) Examinar los documentos relacionados con el fondo en la forma y en los términos previstos en el reglamente, a excepción de aquellos que se refieran exclusivamente a los demás inversionistas, los cuales nunca podrán ser consultados por inversionistas diferentes del propio interesado. (...).

d) Negociar sus participaciones en el fondo, de conformidad con la naturaleza de los documentos representativos de dichas participaciones.

e) Solicitar la redención total o parcial de sus participaciones en el fondo, de conformidad con lo establecido en el reglamento,

f) Ejercer los derechos políticos derivados de su participación, a través de la asamblea de inversionistas.

g) Recibir un trato igualitario cuando se encuentre en igualdad de circunstancias objetivas con otros inversionistas del mismo fondo de inversión colectiva.

(D. 2555/2010, arts. 3.1.5.5.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Pueden ser inversionistas del fondo que administran o gestionan, el gestor externo o la fiduciaria?

[§ 685] Sí, La fiduciaria, así como el gestor externo, puede invertir directa o indirectamente en los fondos que administran, evento en el cual, en el reglamento y en el prospecto, deberá establecerse expresamente: a) el porcentaje máximo de participaciones que la respectiva entidad podrá suscribir; y b) la sociedad administradora, o el gestor externo deberá conservar las participaciones que haya adquirido durante un plazo mínimo de un (1) año cuando el término de duración del fondo de inversión colectiva sea superior a dicho plazo, o durante la mitad del término previsto para la duración del fondo cuando este sea inferior a un (1) año.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 2º. Modificado. D. 265/2024, art. 14).

¿Quiénes constituyen la asamblea?

[§ 686] La asamblea la constituyen los respectivos inversionistas, reunidos con el quórum y en las condiciones establecidas en el del artículo 3.1.5.6.2. del Decreto 2555 de 2010 y en lo no previsto en él, se aplicarán las normas del Código de Comercio previstas para la asamblea de accionistas de la sociedad anónima, cuando no sean contrarias a su naturaleza.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuándo se reúne la asamblea?

[§ 687] La asamblea de inversionistas se reunirá cuando sea convocada por la sociedad fiduciaria administradora, por el revisor fiscal, por los inversionistas del fondo que representen no menos del veinticinco por ciento (25%) de las participaciones, o por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El respectivo orden del día deberá figurar en la convocatoria, la que se realizará a través de una publicación en un diario de amplia circulación nacional señalado para el efecto en el reglamento y en el sitio web de la sociedad administradora.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.2, incs. 1º y 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Con qué quórum delibera la Asamblea de Inversionistas?

[§ 688] La asamblea podrá deliberar con la presencia de un número plural de

inversionistas que represente por lo menos el cincuenta y un por ciento (51%) de las participaciones del respectivo fondo. Salvo que el reglamento prevea una mayoría inferior, las decisiones de la asamblea se tomarán mediante el voto favorable de por lo menos la mitad más una de las participaciones presentes en la respectiva reunión. Cada participación otorga un voto. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.2. inc. 2º. Modificado D. 265/2024, art. 18).

Salvo que el reglamento prevea una mayoría superior, que no podrá superar el setenta por ciento (70%) de las participaciones presentes en la respectiva reunión, las decisiones de la asamblea se tomarán mediante el voto favorable de por lo menos la mitad más una de las participaciones presentes en la respectiva reunión. Cada participación otorga un voto. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.2, inc. 3º. Modificado. D. 1984/2018, art. 2º).

La participación de la sociedad fiduciaria como inversionista del fondo que administra, no se tendrá en cuenta para determinar el quórum deliberatorio, ni le dará derecho a voto alguno. (D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.2, inc. 4º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las funciones de la asamblea?

[§ 689] Son funciones de la asamblea de inversionistas, además de las señaladas en el reglamento:

1. Designar, cuando lo considere conveniente, un auditor externo para el fondo.

2. Disponer que la administración del fondo se entregue a otra sociedad legalmente autorizada para el efecto.

3. Decretar la liquidación del fondo y, cuando sea del caso, designar el liquidador.

4. Aprobar o improbar el proyecto de fusión del fondo.

5. Solicitar a la sociedad administradora del fondo realizar la remoción del gestor externo, de conformidad con las causales descritas en el reglamento.

6. Las demás expresamente asignadas por la ley.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué mecanismos se pueden utilizar para la toma de decisiones?

[§ 690] Para la toma de decisiones se puede optar por alguno de los siguientes mecanismos:

a) El sistema del voto por escrito, para lo cual será necesario que los documentos que se envíen a los inversionistas contengan la información necesaria, a fin de que estos dispongan de elementos de juicio suficientes y adecuados para tomar la respectiva decisión.

(L. 222/95, art. 20; D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.3, par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

b) La consulta universal, que debe estar establecida en el reglamento del fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el procedimiento para realizar la consulta universal?

[§ 691] Para realizar la consulta universal se deberá seguir el siguiente procedimiento:

1. La decisión de adelantar la consulta será informada a la Superintendencia Financiera de Colombia, quien podrá presentar observaciones a la misma.

2. Se elaborará una consulta, en la que se detallarán los temas objeto de votación, incluyendo la información necesaria para adoptar una decisión consciente e informada.

3. La fiduciaria enviará el documento contentivo de la consulta a la dirección física o electrónica registrada por cada uno de los inversionistas.

4. Una vez remitida la consulta, los inversionistas podrán solicitar a la fiduciaria, en un plazo que no exceda de quince (15) días, toda la información que consideren conveniente en relación con el fondo. Esta información deberá ser puesta a su disposición a través de los medios más idóneos para tal fin.

5. Los inversionistas deberán responder a la consulta dirigiendo una comunicación a la dirección de la fiduciaria del respectivo fondo o al correo electrónico que la fiduciaria destine para este fin, dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción del documento contentivo de la consulta.

6. Para que la consulta sea válida se requiere que responda al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de las participaciones del fondo, sin tener en cuenta la participación de la fiduciaria, salvo que el reglamento prevea un porcentaje superior que no podrá superar el setenta por ciento (70%) de las participaciones.

7. Las decisiones se tomarán de acuerdo con la mayoría establecida en el artículo 3.1.5.6.2 del Decreto 2555 de 2010.

8. Para el conteo de votos la fiduciaria deberá documentar el número de comunicaciones recibidas, así como los votos a favor y en contra de la consulta.

9. La fiduciaria deberá informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los resultados de la consulta, allegando para tal fin un escrito detallado de la misma y las decisiones adoptadas, el cual deberá ser suscrito por el gerente del respectivo fondo y el revisor fiscal, y

10. La decisión adoptada por el mecanismo de la consulta deberá ser informada a los inversionistas a través de la página web de la fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 3.1.5.6.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿De qué otra forma puede hacerse la consulta universal?

[§ 692] La consulta universal también podrá realizarse por los medios electrónicos que se determinen en el reglamento, siempre y cuando se cumpla con el procedimiento establecido en el párrafo del artículo 3.1.5.6.4 del Decreto 2555 de 2010, Sustituido. Parte 3. Decreto 1242 de 2013, artículo 1º.

Fusión y cesión de fondos de inversión colectiva, FIC

¿Se pueden fusionar los fondos de inversión colectiva y cuál es el procedimiento para hacerlo?

[§ 693] Podrán fusionarse dos o más fondos de inversión colectiva para lo cual se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del proyecto de fusión.

2. Aprobación del proyecto de fusión por la junta directiva de la fiduciaria involucrada. En caso de existir varias sociedades administradoras deberá ser aprobado por las juntas directivas correspondientes.

3. Una vez aprobado el compromiso se deberá realizar la publicación en un diario de amplia circulación nacional del resumen del compromiso de fusión.

4. Se deberá convocar a la asamblea de inversionistas mediante una comunicación escrita acompañada del compromiso de fusión. La asamblea deberá realizarse luego de transcurridos quince (15) días al envío de la comunicación a los inversionistas. Para la realización de la asamblea serán aplicables las normas previstas para la asamblea general de accionistas establecidas en la legislación mercantil en lo que resulte aplicable.

Los inversionistas que no estén de acuerdo con el compromiso de fusión o los que no asistan a la asamblea en la que se decida la fusión podrán ejercer el derecho de solicitar la redención de sus participaciones consagrado en el inciso tercero del artículo 3.1.1.9.6 del Decreto 2555 de 2010, en cuyo caso, el término de un (1) mes se contará desde el día de la celebración de la asamblea de inversionistas.

5. Una vez aprobado el compromiso de fusión por las asambleas de inversionistas, se informará a la Superintendencia Financiera de Colombia de dicho compromiso, mediante comunicación escrita a la cual se deberá anexar el proyecto de fusión aprobado y las actas resultantes de las asambleas y reuniones de juntas directivas.

(D. 2555/2010, art. 3.1.2.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º; Circ. Básica Jurídica, 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Cap. III, num. 7.4. subnum. 7.4.1.).

¿Cuándo se requiere autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para la fusión de fondos de inversión colectiva?

[§ 694] Cuando la fusión de dos o más fondos se realice entre fondos administrados por diferentes sociedades fiduciarias administradoras de fondos de inversión colectiva, dicha fusión deber ser autorizada previamente por la Superintendencia Financiera de Colombia. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º; Circ. Básica Jurídica, 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Cap. III, num. 7.4. subnum. 7.4.1).

Cuando la fusión de dos o más fondos de inversión colectiva se realice entre fondos administrados por una misma sociedad fiduciaria administradora,

se debe dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 3.1.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, y no se requerirá autorización de la Superintendencia Financiera. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º; Circ. Básica Jurídica, 29/2014, Superfinanciera, Parte III, Tít. VI, Cap. III, num. 7.4. subnum. 7.4.2).

¿Se pueden ceder los fondos de inversión colectiva y cuál es el procedimiento para hacerlo?

[§ 695] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de inversión colectiva podrán ceder la administración de un fondo o de una familia de fondos de inversión colectiva a otra sociedad administradora legalmente autorizada, independientemente de su modalidad, por decisión de la junta directiva, con sujeción a las reglas que se indican a continuación:

1. La cesión deberá ser autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

2. El cesionario debe anexar a la solicitud de autorización la documentación a que se refieren los numerales 3º, 5º y 6º del artículo 3.1.1.3.2 del Decreto 2555 de 2010.

3. El cedente y el cesionario podrán tener naturaleza jurídica distinta.

4. Autorizada la cesión por la Superintendencia Financiera de Colombia deberá informarse a los inversionistas participantes, en la forma prevista en el artículo 3.1.1.9.6 del Decreto 2555 de 2010 para las modificaciones al reglamento.

5. Los inversionistas participantes deberán expresar su rechazo o aceptación dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de publicación del aviso de cesión. De no recibirse respuesta dentro del término fijado se entenderá aceptada la cesión. Los inversionistas que manifiesten su desacuerdo con la cesión podrán ejercer el derecho a solicitar la redención de sus participaciones, sin que por este hecho se genere sanción ni penalidad de ningún tipo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.2.1.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Liquidación de fondos de inversión

¿Cuáles son las causales de liquidación?

[§ 696] Son causales de liquidación del fondo de inversión las siguientes:

1. El vencimiento del término de duración.

2. La decisión válida de la asamblea de inversionistas de liquidar el fondo.

3. La decisión motivada técnica y económicamente de la junta directiva de la fiduciaria, de liquidar el fondo.

4. Cualquier hecho o situación que ponga a la fiduciaria en imposibilidad definitiva de continuar desarrollando su objeto social, así como en el caso de que exista gestor externo y no resulte viable su reemplazo en condiciones que aseguren la normal continuidad de la marcha del fondo gestionado.

5. Cuando el patrimonio del fondo esté por debajo del monto mínimo de activos establecido para iniciar operaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1.1.3.5 del Decreto 2555 de 2010.

6. La toma de posesión sobre la fiduciaria, o del gestor externo, en caso de existir, y cuando no resulte viable su remplazo en condiciones que aseguren la normal continuidad del fondo de inversión colectiva gestionado.

7. No cumplir con lo establecido en el artículo 3.1.1.6.2 del Decreto 2555 de 2010, causal esta que podrá ser enervada durante un período máximo de dos (2) meses; y

8. Las demás previstas en el respectivo reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Las causales previstas en los numerales 5 y 7 solo serán aplicables después de un (1) año de que el fondo de inversión colectiva entre en operaciones. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.1, par. 1º. Modificado. D. 1387/2022, art. 4º).

¿A quién le debe notificar la sociedad fiduciaria la presencia de alguna de las causales de liquidación del fondo?

[§ 697] La sociedad fiduciaria deberá comunicar inmediatamente a la Superintendencia Financiera de Colombia, a los inversionistas, a las bolsas de valores y a las entidades administradoras de los diferentes sistemas de negociación de valores en que se encuentren inscritos los valores respectivos, cuando haya lugar a ello, cuando se presente alguna de las causales de liquidación del fondo (D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.1, par. 2º, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

A los inversionistas se les comunicará el acaecimiento de la causal de liquidación del fondo por los medios previstos en el reglamento. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.1, par. 2º. inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Estas comunicaciones deberán realizarse a más tardar al día siguiente de la ocurrencia de la causal. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.1, par. 2º. inc. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el procedimiento para liquidar el fondo?

[§ 698] La liquidación del fondo se ajustará al siguiente procedimiento:

1. A partir de la fecha del acaecimiento de la causal de liquidación y mientras esta subsista, el fondo no podrá constituir nuevas participaciones ni atender redenciones. Adicionalmente, cuando haya lugar, se suspenderá la negociación de los valores emitidos por el fondo, hasta que se enerve la causal.

2. Cuando la causal de liquidación sea distinta de las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 3.1.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010, la fiduciaria procederá a convocar a la asamblea de inversionistas que deberá celebrarse entre los cinco (5) y diez (10) días comunes siguientes a la fecha de la comunicación de la noticia de liquidación.

3. En caso de que la asamblea no se realice por falta de quórum previsto para el efecto, esta se citará nuevamente para celebrarse entre los tres (3) y seis (6) días comunes siguientes a la asamblea fallida, pudiendo deliberar con cualquier quórum.

4. En el evento en que la liquidación haya ocurrido con base en las causales previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 3.1.2.2.1 del Decreto 2555 de

2010 la asamblea de inversionistas podrá decidir si entrega la administración del fondo a otra sociedad legalmente habilitada para administrar fondos de inversión colectiva, o la gestión del fondo a otro gestor externo, cuando sea el caso, evento en los cuales solo se considerará enervada la respectiva causal de liquidación cuando la nueva sociedad administradora del fondo o gestor externo designado acepten realizar la administración del respectivo fondo.

En este último caso, la asamblea deberá establecer las fechas y condiciones en las que se realizará el traspaso del fondo al administrador seleccionado.

5. Acaecida la causal de liquidación, si la misma no es enervada, la asamblea de inversionistas deberá decidir si la fiduciaria desarrollará el proceso de liquidación o si se designará un liquidador especial. En caso de que la asamblea no designe una persona, se entenderá que la fiduciaria adelantará la liquidación.

6. El liquidador deberá obrar con el mismo grado de diligencia, habilidad y cuidado razonable que los exigidos para la fiduciaria.

7. El liquidador procederá inmediatamente a liquidar todas las inversiones que constituyan el portafolio del fondo, en el plazo que para tal fin se haya señalado en el reglamento, término que no podrá ser superior a un (1) año.

Vencido este término, si existieren activos cuya realización no hubiere sido posible, la Asamblea de Inversionistas deberá reunirse en un lapso no mayor a cuatro (4) meses, con el fin de evaluar el informe detallado que deberá presentar el liquidador sobre las gestiones realizadas hasta la fecha, y podrá:

a) Otorgar plazo adicional para que el liquidador continúe la gestión de liquidación de las inversiones, plazo que podrá prorrogar la asamblea hasta por un año.

Si durante el plazo adicional no hubiere sido posible liquidar los activos, previo informe detallado del liquidador sobre los gastos y gestiones realizadas, la asamblea de inversionistas podrá decidir prorrogar el plazo otorgado, considerando las especiales condiciones del activo a liquidar, así como, un análisis del costo beneficio de continuar con la gestión de liquidación, y cualquier otro mecanismo que pudiera ser procedente para el pago a los inversionistas. (D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.2, num. 7º, inc. 2º, lit. a), inc. 2º. Adicionado por el art. 3º del D. 1984/2018).

b) Solicitar al liquidador que los activos sean entregados en pago a los inversionistas en proporción a sus participaciones.

c) Tomar las decisiones que considere pertinentes para lograr la liquidación de las inversiones y la adecuada protección de los derechos de los inversionistas.

8. Una vez liquidadas todas las inversiones se procederá de inmediato a cancelar a los inversionistas las participaciones, en un término no mayor de quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo previsto en el numeral 7º.

9. Si vencido el período máximo de pago de las participaciones, existieren sumas pendientes de retiro a favor de los inversionistas, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) Si el inversionista ha informado a la fiduciaria, por medio escrito, una cuenta bancaria para realizar depósitos o pagos, el liquidador deberá consignar el valor pendiente de retiro en dicha cuenta;

b) De no ser posible dicha consignación, y en caso de que el inversionista

haya señalado e identificado, por medio escrito, un mandatario para el pago o un beneficiario, el liquidador realizará el pago de los aportes pendientes de retiro a dicha persona; y

c) Ante la imposibilidad de realizar el pago de conformidad con alguno de los literales anteriores, se dará aplicación al artículo 249 del Código de Comercio.

(D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué gestión debe realizar la sociedad fiduciaria administradora de un fondo cuyos documentos representativos de participación sean valores que estén en liquidación?

[§ 699] Para los fondos cuyos documentos representativos de participación sean valores, en los términos del Decreto 2555 de 2010, una vez entren en proceso de liquidación, se deberá suspender la negociación de dichos valores, para lo cual la fiduciaria informará de manera inmediata a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la bolsa de valores o sistemas de negociación en los que se encuentren inscritos.

El liquidador deberá enviar a la Superintendencia Financiera de Colombia y a los inversionistas del fondo de inversión colectiva liquidado el informe de finalización de actividades a través de los medios electrónicos que determine el reglamento. Una vez se haya cumplido con este deber la Superintendencia Financiera de Colombia procederá a cancelar la inscripción de dichos valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE, cuando sea del caso.

(D. 2555/2010, art. 3.1.2.2.2, par. Modificado. D. 265/2024, art. 15).

Prohibiciones y conflictos de interés

¿Cuáles son las prohibiciones aplicables a la fiduciaria como administradora de fondos de inversión colectiva?

[§ 700] Las sociedades fiduciarias en calidad de administradoras, deben abstenerse de realizar cualquiera de las actividades mencionadas a continuación:

1. Desarrollar o promover operaciones que tengan como objetivo o resultado la evasión de los controles estatales o la evolución artificial del valor de la participación.

2. Ofrecer o administrar fondos sin estar habilitado legalmente para realizar dicha actividad o sin haber obtenido la aprobación del respectivo reglamento.

3. Conceder préstamos a cualquier título con dineros del fondo de inversión colectiva, o con recursos captados mediante la emisión de bonos del fondo de inversión colectiva, salvo tratándose de operaciones de reporto activas, simultáneas activas y de transferencia temporal de valores, en los términos del artículo 3.1.1.4.5 del presente decreto. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.1, num 3º. Modificado parcialmente D. 53/2022, art. 12).

4. Delegar de cualquier manera las responsabilidades que como administrador del fondo le corresponden, sin perjuicio

de lo previsto en el artículo 3.1.3.2.1 del Decreto 2555 de 2010, Sustituido. Parte 3. Decreto 1242 de 2013, artículo 1º.

5. Aceptar las participaciones en el fondo como garantía de créditos que hayan concedido a los inversionistas de dicho fondo.

6. Permitir, tolerar o incentivar el desarrollo de la fuerza de ventas y la promoción para el respectivo fondo, sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el capítulo 3 del título IV de la parte 3 del Decreto 2555 de 2010.

Permitir, tolerar o incentivar el desarrollo de la fuerza de ventas y la promoción para el respectivo fondo de inversión colectiva, sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el Capítulo 3 del Título 4 del Libro 3 del Decreto 2555 de 2010. Esta prohibición únicamente será aplicable a la Sociedad Administradora de fondos de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.1, num. 6º. Modificado D. 1745/2020, art. 86).

7. Invertir los recursos del fondo en valores cuyo emisor, avalista, aceptante, garante o para el caso de una titularización el originador, sea la propia sociedad administradora.

8. Destinar recursos, de manera directa o indirecta, para el apoyo de liquidez de la fiduciaria, las subordinadas de la misma, su matriz o las subordinadas de ésta.

9. Adquirir para los fondos, sea directa o indirectamente, la totalidad o parte de los valores o títulos valores que se haya obligado a colocar por un contrato de colocación bajo la modalidad en firme o garantizado, antes de que hubiere finalizado dicho proceso. Lo anterior no obsta para que la fiduciaria adquiera para el fondo, títulos o valores de aquellos que se ha obligado a colocar, una vez finalice el proceso de colocación.

10. Identificar un producto con la denominación “fondo de inversión colectiva” sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010.

11. Actuar, directa o indirectamente, como contraparte del fondo de inversión colectiva que administra, en desarrollo de los negocios que constituyen el giro ordinario de esta. Lo establecido en el presente numeral también resulta aplicable para la realización de operaciones entre fondos de inversión colectiva, fideicomisos o portafolios administrados por la misma sociedad.

12. Utilizar, directa o indirectamente, los activos de los fondos para otorgar reciprocidades que faciliten la realización de otras operaciones por parte de la sociedad administradora o de personas vinculadas con esta, ya sea mediante la adquisición o enajenación de valores a cualquier título, la realización de depósitos en establecimientos de crédito, o de cualquier otra forma.

13. Ejercer, directa o indirectamente, los derechos políticos de las inversiones de un fondo de inversión colectiva, en favor de personas vinculadas con la sociedad, o de sujetos diferentes del propio fondo de inversión colectiva, o de uno o más inversionistas del fondo.

14. Aparentar operaciones de compra y venta de valores o demás activos que componen el portafolio del fondo.

15. Manipular el valor del portafolio de los fondos o el valor de sus participaciones.

16. No respetar la priorización o prelación de órdenes de negocios en beneficio de la sociedad administradora, sus matrices, subordinadas, otros fondos de inversión colectiva administrados por la sociedad administradora, o de terceros en general.

17. Obtener préstamos a cualquier título para la realización de los negocios del fondo de inversión colectiva, salvo cuando ello corresponda a las condiciones de la respectiva emisión para los títulos adquiridos en el mercado primario o se trate de programas de privatización o democratización de sociedades; cuando el fondo actúe en su calidad de emisor de bonos, o en el caso de las operaciones de las que trata el literal a) del parágrafo 1 del artículo 3.1.1.5.1 del Decreto 2555/2010. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.1, num. 17. Modificado parcialmente D. 53/2022, art. 12).

18. Dar en prenda, otorgar avales o establecer cualquier otro gravamen que comprometa los activos del fondo de inversión colectiva; no obstante, podrán otorgar garantías que respalden las operaciones de derivados, reporto o repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores, incluidas la constitución de las garantías para el cumplimiento de las operaciones realizadas en las bolsas de valores, los sistemas de negociación de valores y los sistemas de registro de operaciones sobre valores autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia, y las demás que se compensen y liquiden a través de una cámara de riesgo central de contraparte sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, así como para amparar las obligaciones previstas en el numeral anterior y las de apalancamiento que se realicen con arreglo a lo dispuesto sobre el particular en esta parte del presente decreto. El presente numeral no aplicará para los fondos de inversión colectiva cuyos activos sean inmuebles. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.1, num. 18. Modificado. D. 1235/2020, art. 16).

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué se entenderán como situaciones generadoras de conflictos de interés que deben ser administradas y reveladas por las sociedades fiduciarias?

[§ 701] Se entenderán como situaciones generadoras de conflictos de interés, que deben ser administradas y reveladas por la sociedad fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva o el gestor externo en caso de existir, entre otras:

1. La celebración de operaciones donde concurran las órdenes de inversión de varios fondos de inversión colectiva, fideicomisos o portafolios administrados por una misma sociedad o gestionados por un mismo gestor externo en caso de existir, sobre los mismos valores o derechos de contenido económico, caso en el cual se deberá realizar una distribución de la inversión sin favorecer ninguno de los fondos de inversión colectiva partícipes, en detrimento de los demás, según se establezca en el código de gobierno corporativo. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

2. La inversión directa o indirecta que la sociedad fiduciaria administradora de fondos de inversión colectiva o el gestor externo en caso de existir, pretenda hacer en los fondos de inversión colectiva que administra, según el caso, evento en el cual, en el reglamento y en el prospecto, deberá establecerse expresamente: a) el porcentaje máximo de participaciones que la respectiva entidad podrá suscribir, y b) que la sociedad fiduciaria, deberá conservar las participaciones que haya adquirido durante un plazo mínimo de un (1) año cuando el término de duración del fondo de inversión colectiva sea superior a dicho plazo, o durante la mitad del término previsto para la duración del fondo de inversión colec-

tiva cuando este sea inferior a un (1) año. (D. 2555/2010, art. 3.1.11.0.2, num. 2º. Modificado. D. 265/2024, art. 14).

3. La inversión directa o indirecta de los recursos del fondo de inversión colectiva en valores cuyo emisor, avalista, aceptante, garante u originador de una titularización sea la matriz, las subordinadas de esta o las subordinadas de la sociedad fiduciaria o del gestor externo en caso de existir. Esta inversión solo podrá efectuarse a través de sistemas de negociación de valores debidamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Salvo en el caso de los fondos bursátiles, el monto de los recursos invertidos en los valores de que trata el presente numeral no podrá ser superior al diez por ciento (10%) de los activos del respectivo fondo de inversión colectiva, o hasta el treinta por ciento (30%) siempre y cuando la asamblea de inversionistas así lo autorice.

En todo caso la sociedad administradora podrá conformar fondos de inversión colectiva constituidos con valores emitidos por un único emisor, en cuyo caso la inversión representará como mínimo un ochenta (80%) del valor de los activos del respectivo fondo de inversión colectiva. El porcentaje restante deberá ser invertido en fondos del mercado monetario o en depósitos a la vista en establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para constituir esta modalidad de fondos de inversión colectiva, los inversionistas podrán hacer aportes en especie consistentes en los valores que constituyen el objeto principal del fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 3º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

4. La realización de depósitos en cuentas corrientes o de ahorros en la matriz o las subordinadas de esta. En ningún caso el monto de estos depósitos podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de los activos del respectivo fondo de inversión colectiva. Prohibición que no aplicará durante los primeros seis (6) meses de operación del fondo de inversión colectiva, en cuyo caso el monto de los depósitos mencionados en el presente numeral no podrá superar el treinta por ciento (30%) del valor de los activos del respectivo fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.102, num. 4º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

5. Tratándose de fondos de inversión colectiva que tengan apalancamiento, la celebración de operaciones apalancadas para el fondo de inversión colectiva, directa o indirectamente, con la matriz, las subordinadas de esta o las subordinadas de la sociedad administradora, o del gestor externo en caso de existir, caso en el cual el monto de las operaciones apalancadas nunca podrá ser superior al diez por ciento (10%) de los activos del fondo de inversión colectiva. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 5º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

6. Tratándose de fondos de inversión colectiva inmobiliarios:

a) La celebración de operaciones de crédito para el fondo de inversión colectiva inmobiliario, directa o indirectamente, con la matriz, las subordinadas de esta o las subordinadas de la sociedad administradora, o del gestor externo en caso de existir, caso en el cual el monto del crédito nunca podrá ser superior al diez por ciento (10%) de los activos del respectivo fondo, y

b) La realización de aportes en activos admisibles por parte de: i) la matriz de la Sociedad Administradora del fondo de inversión colectiva inmobiliaria, o las sociedades subordinadas de aquella; h) los accionistas de la sociedad admi-

nistradora que no tengan la calidad de matriz de esta; iii) el gestor externo del mismo fondo, si los hubiere, sus socios o administradores, o iv) otras sociedades en las cuales las personas mencionadas en los numerales ii) y iii) precedentes sean individual o conjuntamente, de manera directa o indirecta, beneficiarios reales del veinticinco por ciento (25%) o más del capital social, caso en el cual deberá efectuarse la revelación en la forma indicada en el parágrafo del artículo 3.5.1.1.5. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 6º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

7. Tratándose de fondos de inversión colectiva que sean emisores de bonos, la sociedad administradora del respectivo fondo, la matriz, las subordinadas de esta o del gestor externo en caso de existir, directa o indirectamente únicamente podrán suscribir hasta diez por ciento (10%) del monto total de la emisión. (D. 2555/2010, art. 3.1.1.10.2, num. 7º. Modificado. D. 53/2022, art. 13).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la gestión del portafolio de los gestores externos y las situaciones que pueden generar un conflicto de interés?

[§ 702] DOCTRINA.—**No existe prohibición para que un gestor externo compre para un FIC activos de su matriz, siempre que esta última no sea su accionista directo y que la operación no tenga por finalidad o efecto otorgar liquidez al gestor, a sus subordinadas, a su matriz o a las subordinadas de esta.** "(...) Se pone de presente que artículo 3.1.1.10.1 del Decreto 2555 de 2010 prevé una serie de actividades que tanto las sociedades administradoras de fondos de inversión colectiva como el gestor externo de los mismos, en caso de existir, deben abstenerse de realizar. Particularmente, y para los propósitos del presente trámite administrativo, encontramos relevante destacar lo dispuesto en los numerales 8 y 19 de la citada normativa, así:

"*8. **Destinar recursos**, de manera directa o indirecta, **para el apoyo de liquidez** de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva, o **del gestor externo en caso de existir, las subordinadas de los mismos, su matriz o las subordinadas de esta**.*

(...).

*19. Comprar o vender para el fondo de inversión colectiva, directa o indirectamente, **activos que pertenezcan a los socios**, representantes legales o empleados de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva, o **del gestor externo en caso de existir**, o a sus cónyuges, compañeros permanentes, parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, o a sociedades en que estos sean beneficiarios reales del veinticinco por ciento (25%) o más del capital social"* (Destacado por fuera del texto original).

Así las cosas, tenemos que el numeral 8 del citado artículo 3.1.1.10.1 prohíbe la destinación de recursos del fondo, bien sea de manera directa o indirecta, para apoyar la liquidez de la sociedad administradora, el gestor externo, sus subsidiarias, sus matrices, o las subordinadas de estas, efecto que se podría producir a través de una operación de compra de activos de propiedad de la matriz (y/o de sus subordinadas) de la sociedad administradora o del gestor externo.

Entonces, una lectura sistemática de estas disposiciones normativas nos lleva a concluir que la compra o venta de activos de propiedad de la matriz del gestor externo que no es su accionista directo, efectivamente no está prohibida expresamente, **siempre y cuando tal operación no tenga por finalidad o efecto, directa o indirectamente, otorgar liquidez al gestor, a sus subordinadas, a su matriz o a las subordinadas de esta.**

En consideración a ello, es responsabilidad directa de la sociedad administradora o el gestor externo, en caso de existir, validar dichos aspectos, con el propósito de garantizar que a través de una determinada transacción no se está incurriendo en una actividad prohibida por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno mencionar que al tratarse de operaciones se realizarían con personas vinculadas a la sociedad administradora y/o al gestor externo del fondo de inversión colectiva, estas deberán ser adecuadamente **reveladas, administradas y gestionadas** de conformidad con las reglas aplicables en materia de conflictos de interés y según lo que se prevea en el respectivo reglamento del fondo...". (Superfinanciera. Conc. 2021009113-004, feb. 15/2021).

Régimen publicitario

¿Qué se entiende por programa publicitario?

[§ 703] Se entenderá por programa publicitario todo mensaje o campaña promocional orientado a promover la constitución de participaciones en un fondo de inversión colectiva o familia de fondos, comunicado de forma impresa, radiodifundida, visita personal, llamadas telefónicas, internet, medios electrónicos, redes sociales, televisión interactiva, eventos promocionales y en general a través de cualquier medio que tenga carácter representativo o declarativo.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.4.1, inc. 1º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué régimen publicitario se aplica a los fondos de inversión?

[§ 704] Toda la información promocional relacionada con los fondos de inversión colectiva deberá ser:

a) **Veraz:** La información debe ser cierta y comprobable y en ningún momento puede estar en desacuerdo con la realidad financiera, jurídica o técnica del fondo.

b) **Verificable:** La información deberá corresponder fielmente a hechos objetivos, reales, comprobables y verificables a la fecha de su difusión.

c) **Actualizada:** La información presentada debe soportarse en cifras debidamente actualizadas.

d) **Exacta:** La información relativa a cifras o indicadores financieros deberá indicar el período al que corresponde y la fuente de donde ha sido tomada, evitando que la misma pueda conducir a equívocos de cualquier naturaleza.

e) **Entendible:** La información debe ofrecer claridad, fidelidad y precisión respecto a la cartera colectiva, indicando el alcance legal y económico al que se encuentra sujeta la inversión.

f) **Completa:** La información será integral razón por la cual no incluirá fragmentos o partes que puedan generar confusión o distorsión en la información.

g) **Respetuosa de la preservación de la buena fe y la libre competencia:** La información no puede ser contraria a la buena fe comercial ni debe tender a establecer competencia desleal.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.4.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Las anteriores reglas aplican a la fiduciaria en cuanto hace referencia a la actividad de distribución de fondos de inversión y al distribuidor especializado cuando este sea distinto de la sociedad administradora.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.4.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las prohibiciones generales respecto de la información promocional?

[§ 705] Las sociedades fiduciarias, en la información promocional del fondo de inversión colectiva, deberán abstenerse de:

1. Asegurar un rendimiento determinado, sin perjuicio de lo establecido

en el artículo 3.1.3.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

2. Hacer pronósticos sobre el comportamiento futuro del fondo.

3. Deducir como definitivas, situaciones que en realidad correspondan a fenómenos coyunturales transitorios o variables.

4. Promocionar la imagen de la cartera colectiva con condiciones o características que no sean propias o predicables de los fondos de su clase.

5. No incluir todas las calificaciones realizadas al fondo o divulgar las calificaciones de manera incompleta.

6. Cualquier otra que contravenga las disposiciones que sobre la materia establezca el Decreto 2555 de 2010 o la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.1.4.4.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Subtipos de fondos de inversión colectiva abiertos y cerrados

¿Cuáles son los subtipos de fondos de inversión colectiva?

[§ 706] Dentro del marco de los fondos de inversión colectiva abiertos y cerrados podrán constituirse los siguientes fondos especiales:

1. Fondos de inversión colectiva del mercado monetario. (D. 2555/2010, art. 3.2.1.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

2. Fondos de capital privado. (D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

3. Fondos bursátiles. (D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

4. Fondos de inversión colectiva inmobiliarios. (D. 2555/2010, arts. 3.5.1.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Fondos de inversión del mercado monetario

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión del mercado monetario y cómo está constituido su portafolio?

[§ 707] Son los fondos de inversión colectiva abiertos sin pacto de permanencia, cuyo portafolio está constituido exclusivamente con valores denominados en moneda nacional o unidades representativas de moneda nacional, inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), calificados por una sociedad legalmente habilitada para el efecto con mínimo de grado de inversión, salvo los títulos de deuda pública emi-

tidos o garantizados por la Nación, por el Banco de la República o por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín), los cuales no requieren calificación. El plazo máximo promedio ponderado para el vencimiento de los valores en que invierta el fondo no podrá superar los trescientos sesenta y cinco (365) días.

(D. 2555/2010, art. 3.2.1.1.1. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Tiene límite la participación por inversionista en el fondo de inversión colectiva del mercado monetario?

[§ 708] En los fondos de inversión colectiva del mercado monetario, un solo inversionista no podrá mantener directa o indirectamente a través de una cuenta ómnibus, una participación que exceda el porcentaje del valor del patrimonio del fondo que establezca la sociedad administradora en el reglamento teniendo en cuenta los riesgos asumidos en la gestión del fondo, su tamaño y naturaleza, la liquidez de los activos, la política de inversión y el perfil de los inversionistas, entre otros.

(D. 2555/2010, arts. 3.2.1.1.2 y 3.1.1.6.2. modificado D. 265/2024 art. 9º).

¿Cuál es el plazo para tramitar la redención de las participaciones en el fondo de inversión del mercado monetario?

[§ 709] Tratándose de fondos del mercado monetario, la redención de las participaciones deberá realizarse al día hábil siguiente de la solicitud.

(D. 2555/2010, art. 3.2.1.1.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Fondos de inversión colectiva inmobiliarios

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión colectiva inmobiliarios y cuál es su política de inversión?

[§ 710] Los fondos de inversión colectiva cerrados cuya política de inversión prevea una concentración mínima en los activos mencionados en el artículo 3.5.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los activos totales del fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.1 Adicionado. D. 1242/2013, art. 1º).

NOTA: Estos fondos son diferentes a los fondos de inversión inmobiliaria tratados en el artículo 41 de la Ley 820 de 2003 derogado parcialmente por la Ley 1819 de 2016, artículo 376.

¿Pueden crearse familias de fondos de inversión colectiva inmobiliarios?

[§ 711] Sí, pueden crearse familias de fondos de inversión colectiva inmobiliarios, constituidas únicamente con fondos de esta clase, con arreglo a lo establecido en el artículo 3.1.1.2.5 del Decreto 2555 de 2010.

Tratándose de familias de Fondos de Inversión Colectiva inmobiliarios, los inmuebles y proyectos inmobiliarios en los que inviertan los respectivos fondos deberán estar destinados a vivienda, oficinas, centros comerciales, hoteles, parqueaderos, bodegas, locales comerciales individuales, grandes superficies,

hospitales. La Superintendencia Financiera de Colombia podrá autorizar otro tipo de destinaciones.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.1, par. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué activos puede invertir un fondo inmobiliario?

[§ 712] Los fondos inmobiliarios podrán invertir en las siguientes clases de activos:

1. Bienes inmuebles, ubicados en Colombia o en el exterior;

2. Títulos emitidos en procesos de titularización hipotecaria o inmobiliaria;

3. Derechos fiduciarios de patrimonios autónomos conformados por bienes inmuebles o que tengan por finalidad el desarrollo de proyectos inmobiliarios;

4. Participaciones en fondos de inversión inmobiliaria del exterior que tengan características análogas a los fondos de inversión colectiva inmobiliaria, en los términos que prevea el reglamento;

5. Participaciones en otros fondos de inversión colectiva inmobiliarios locales, en los términos que prevea el reglamento;

6. Proyectos inmobiliarios, ubicados en Colombia o en el exterior, consistentes en la construcción, renovación, remodelación, comercialización, o explotación a cualquier título, de bienes inmuebles con miras a obtener para el fondo de inversión colectiva una rentabilidad derivada de la valorización del inmueble, de la enajenación o de la explotación de unidades de construcción, o en general, del beneficio obtenido en el desarrollo del proyecto inmobiliario.

7. Acciones o cuotas de interés social emitidas por compañías nacionales o extranjeras cuyo objeto exclusivo sea la inversión en bienes inmuebles o en proyectos inmobiliarios, o ambos, siempre y cuando el fondo de inversión colectiva inmobiliaria inversionista tenga la calidad de socio o accionista único o mayoritario de la compañía receptora de la inversión, salvo que esta se encuentre listada en una bolsa de valores autorizada o reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en cuyo caso la participación será minoritaria.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo debe manejarse la liquidez de los fondos de inversión colectiva inmobiliaria?

[§ 713] Sin perjuicio del requisito de concentración mínima de que trata el artículo 3.5.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, los fondos de inversión colectiva inmobiliaria podrán realizar depósitos en cuentas corrientes o de ahorros e invertir en fondos de inversión colectiva del mercado monetario y en títulos de contenido crediticio inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), con el propósito de atender sus requerimientos de liquidez, de conformidad con los límites que se establezcan en el reglamento;

En relación con las inversiones en títulos o valores, deberán seguirse las reglas de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.3. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las operaciones autorizadas a los fondos de inversión colectiva inmobiliaria?

[§ 714] En desarrollo de la política de inversión de los fondos de inversión colectiva inmobiliaria la fiduciaria podrá:

1. Hacer, aceptar ofertas, y celebrar contratos de compraventa, permuta,

usufructo, promesa de compraventa y opción, y los demás actos y negocios que se autoricen en el reglamento, con el fin de adquirir o enajenar bienes inmuebles u otros activos admisibles para el fondo, incluso cuando el proyecto de construcción se encuentre en proceso de desarrollo.

Los contratos de promesa de compraventa y opción se tendrán en cuenta a efectos de calcular el porcentaje de concentración mínimo requerido en el artículo 3.5.1.1.1 del Decreto 2555 de 2013.

2. Celebrar contratos para la explotación de los bienes inmuebles de propiedad del fondo, tales como contratos de arrendamiento o concesión, entre otros, siempre que los contratos que se pretenda celebrar estén previstos en el reglamento.

3. Obtener créditos para el fondo, hasta por un monto equivalente a dos (2) veces el valor de su patrimonio, mediante contratos de compraventa a plazo, mutuo, apertura de crédito o leasing, créditos éstos que podrán ser garantizados con los bienes inmuebles adquiridos.

4. Abrir las cuentas corrientes y de ahorro, que sean necesarias para el manejo de los dineros del fondo de inversión colectiva inmobiliaria administrado.

5. Celebrar los contratos de seguro que se requieran para proteger los bienes inmuebles del fondo de inversión colectiva inmobiliaria, así como contratos de seguro de arrendamiento para asegurar el pago de los cánones.

6. Contratar la prestación de los servicios que se requieran para el buen cuidado y manejo de los bienes inmuebles del Fondo de Inversión Colectiva inmobiliaria administrado, tales como los de administración y vigilancia, y el diseño, construcción, gerencia e interventoría de los proyectos inmobiliarios en los cuales invierta el fondo.

7. Emitir bonos en los términos del artículo 3.1.1.5.5 del presente decreto, hasta por un monto equivalente a dos (2) veces el valor del patrimonio del fondo. (D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.4, num. 7º, inc. 1º, adicionado por D. 265/2024, art. 23º).

8. Cuando el Fondo de Inversión Colectiva inmobiliaria invierta en bienes inmuebles ubicados en el exterior, la Sociedad Administradora deberá contratar la administración de los mismos con un profesional que preste este tipo de servicios en el lugar donde se encuentren ubicados los bienes inmuebles respectivos. (D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.4, num. 6, inc. 2º, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.4. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Se pueden aceptar aportes en activos en los fondos de inversión inmobiliarios?

[§ 715] Sí. El reglamento de los fondos inmobiliarios podrá establecer que se acepten aportes en activos admisibles de acuerdo con la política de inversión, observando las siguientes reglas:

a) Los activos deben ser previamente aprobados por el comité de inversiones y por el gestor externo si lo hubiere.

b) El valor del aporte de un mismo aportante no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del patrimonio del fondo, excepto cuando se trate de aportes realizados durante los primeros seis (6) meses de operación del fondo.

c) El aportante deberá tener una permanencia mínima de un (1) año como inversionista en el fondo de inversión colectiva inmobiliaria, contado a partir de la fecha en que se realice el aporte.

d) La sociedad fiduciaria administradora del fondo de inversión colectiva inmobiliaria no podrá realizar aportes en activos admisibles.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.5. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo deberá realizarse el aporte en activos admisibles?

[§ 716] El aporte deberá realizarse así:

a) Si se trata de inmuebles, el criterio para establecer el valor será el determinado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Tratándose de valores inscritos en el RNV, el valor del aporte no podrá exceder su precio de mercado, determinado con base en reglas de valoración de esta clase de activos, para el día inmediatamente anterior a aquél en el cual se realice el aporte.

c) Tratándose de derechos fiduciarios de patrimonios autónomos conformados por inmuebles, el criterio para establecer el valor será el determinado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.5, núm. 3º, lits. a), b) y c). Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es el tratamiento a seguir si el reglamento permite aportes en activos admisibles realizados por entidades o personas vinculadas o relacionadas con la fiduciaria o el gestor externo, si lo hubiere?

[§ 717] Si el reglamento contempla la posibilidad de que se acepten aportes en activos admisibles hechos por las personas jurídicas y naturales que a continuación se mencionan, tal posibilidad deberá revelarse a los potenciales inversionistas en caracteres destacados tanto en el reglamento como en el prospecto, junto con las medidas que la Sociedad Fiduciaria Administradora implementará para mitigar los potenciales conflictos de interés:

1. La matriz de la Sociedad Fiduciaria Administradora del Fondo de Inversión Colectiva inmobiliaria, o las sociedades subordinadas de aquella distintas de la Sociedad Fiduciaria Administradora del Fondo de Inversión Colectiva inmobiliaria;

2. Los accionistas de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión Colectiva que no tengan la calidad de matriz de esta;

3. El gestor externo del mismo fondo, si lo hubiere, sus socios o administradores, o

4. Otras sociedades en las cuales las personas mencionadas en los numerales 2 y 3 precedentes sean individual o conjuntamente, de manera directa o indirecta, beneficiarios reales del veinticinco por ciento (25%) o más del capital social.

(D. 2555/2010, art. 3.5.1.1.5. par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

Fondos bursátiles

¿Qué fondos se consideran fondos de inversión bursátiles?

[§ 718] Los fondos de inversión bursátiles son aquellos cuyo objeto consiste en replicar o seguir un índice nacional o internacional, mediante la constitución de un portafolio integrado por algunos o todos los activos que hagan parte de la canasta que conforma dicho índice.

El portafolio también podrá estar conformado por derivados estandarizados cuyos subyacentes hagan parte de la canasta que conforma el índice.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.2. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Se les aplica la clasificación de los fondos de inversión a los fondos bursátiles?

[§ 719] A los fondos bursátiles no les es aplicable la clasificación de los fondos de inversión colectiva establecida en el artículo 3.1.2.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.2, par. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo está compuesta la unidad de creación del fondo bursátil?

[§ 720] La unidad de creación del fondo bursátil estará compuesta por algunos o todos los activos que conforman el índice objeto de réplica o seguimiento, teniendo en cuenta su peso o ponderación dentro del mismo.

El reglamento del fondo bursátil deberá establecer la metodología para determinar el número de participaciones que equivale a la unidad de creación.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.5, inc. 1º Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué calidad tienen los documentos representativos de las participaciones?

[§ 721] Los documentos representativos de las participaciones de los fondos bursátiles tienen la calidad de valor en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005 y demás normas que la modifiquen o sustituyan, y deben ser negociados en un sistema de negociación de valores, según el tipo de activos autorizado a cada uno de estos.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.5, inc. 2º. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cómo pueden constituirse y redimirse las unidades de creación?

[§ 722] La constitución de unidades de creación se realizará cuando los inversionistas transfieran los activos que las conforman.

La constitución y redención de unidades de creación se podrá efectuar en dinero o en los activos que de manera específica establezca el reglamento del fondo bursátil.

Tratándose de fondos bursátiles cuyo objeto sea replicar o seguir un índice de

renta variable local, las constituciones y redenciones deberán efectuarse en valores, salvo las excepciones que expresamente se incluyan en el reglamento.

La constitución y redención de unidades de creación que se efectúe en valores en los fondos bursátiles no constituye una negociación de los mismos, por lo tanto, no deberá realizarse a través de sistemas de negociación y registro de operaciones sobre valores, ni requiere de autorización previa alguna.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.6. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre la constitución y redención de participaciones?

[§ 723] DOCTRINA.—**Forma de constitución y redención de unidades de creación.** "(...) En todo caso es importante adicionar que, atendiendo el tenor literal del inciso segundo del artículo 3.4.1.1.6. del Decreto 2555 de 2010, en relación con la constitución y redención de unidades de creación, "La constitución y redención de unidades de creación se podrá efectuar en dinero o en los activos que de manera específica establezca el reglamento del fondo bursátil. Tratándose de fondos bursátiles cuyo objeto sea replicar o seguir un índice de renta variable local, las constituciones y redenciones deberán efectuarse en valores, salvo las excepciones que expresamente se incluyan en el reglamento".

En este orden de ideas, para los efectos de la redención de participaciones en un fondo bursátil cuyo subyacente sean acciones, las sociedades fiduciarias deben observar con carácter restrictivo el numeral 1° del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual las sociedades de servicios financieros, entre otras entidades, "solo podrán participar en el capital de otras sociedades cuando para ello hayan sido autorizadas expresamente por normas de carácter general", en concordancia con el artículo 147 del mismo Estatuto, que las habilita para participar en el capital de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías; bolsas de valores y sociedades comisionistas de estas bolsas y bolsas de futuros y opciones y sociedades comisionistas de estas bolsas, entre otras.

También advierte esta disposición que dichas inversiones estarán sujetas a las previsiones establecidas en el artículo 119 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro del cual se destaca su literal b) del numeral 2° que prohíbe a las sociedades filiales de que trata esa disposición adquirir acciones de la matriz y de las subordinadas de ésta" (Superfinanciera. Conc. 2014041170-003 jul. 2/2014).

¿Cuál es el mínimo de inversionistas de un fondo de inversión bursátil?

[§ 724] Los fondos bursátiles deberán tener mínimo dos (2) inversionistas.

Esta regla no se aplicará durante los primeros seis (6) meses de operación del fondo bursátil.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.7. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuál es la política del fondo de inversión bursátil?

[§ 725] La política de inversión de los fondos bursátiles atenderá lo siguiente, conforme a lo previsto en el artículo 3.1.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010. Sustituido, Parte 3, Decreto 1242 de 2013, artículo 1º, en lo que resulte aplicable de acuerdo con su naturaleza.

1. Plan de inversiones del Fondo, indicando, como mínimo, lo siguiente:

a) Objeto del Fondo;

b) Relación de los activos que se consideran aceptables para invertir; (...).

d) Información sobre la naturaleza y las características de las inversiones propuestas;

e) Determinación de los límites mínimos y máximos por tipo de activo y por emisor u originador (...):

2. Perfil de riesgo del Fondo, el cual deberá fundamentarse en la descripción y el análisis de los riesgos que puedan influir en el portafolio de inversiones; (…).

5. Política de gestión de riesgos, en la cual se deberán describir los riesgos que pueden influir en el resultado del fondo, y la manera de administrarlos. (…).

6. Los demás aspectos que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Adicionalmente, deberá incluir los criterios para administrar los descalces derivados de la recomposición de la unidad de creación de acuerdo con la metodología del cálculo del índice, teniendo en cuenta los límites y las posibles acciones para corregirlos.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.8. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son los mecanismos de revelación de información?

[§ 726] Los mecanismos obligatorios de revelación de la información serán:

a) Reglamento.

b) Prospecto.

c) Informe de rendición de cuentas.

Los fondos bursátiles no tienen obligación de generar fichas técnicas y extractos de cuentas.

La información de que tratan los literales a), b) y c) debe estar disponible en la página web habilitada por la sociedad fiduciaria y por medios impresos, a solicitud del consumidor financiero.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.11. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué debe contener el reglamento?

[§ 727] Los fondos bursátiles deberán tener un reglamento que deberá contener lo siguiente:

1. Aspectos generales:

a) Nombre completo, número de identificación y domicilio principal de la Sociedad Administradora del fondo bursátil;

b) El nombre del fondo, indicando que se trata de un fondo bursátil;

c) El índice objeto de réplica por el fondo bursátil;

d) Término de duración del fondo bursátil;

e) Sede principal donde se gestiona el fondo bursátil;

f) Naturaleza del patrimonio independiente y separado conformado por los activos entregados o transferidos a la Sociedad Administradora del fondo bursátil por parte del inversionista;

g) Indicación sobre la existencia de mecanismos que puedan proveer información para la toma de la decisión de inversión en el fondo bursátil;

h) Monto mínimo de suscriptores y de aportes requerido por el fondo bursátil para iniciar operaciones.

2. Definición de la política de inversión y los factores de riesgo del fondo bursátil.

3. Mecanismos de seguimiento y control del fondo bursátil, incluyendo información relacionada con los órganos de administración, asesoría y control establecidos en la presente parte.

4. Constitución y redención de unidades de creación:

a) Procedimiento para la constitución y redención de unidades de creación, incluyendo los activos y número de participaciones que conforman la unidad de creación, la permanencia en el fondo bursátil y el plazo para la redención de unidades de creación;

b) Porcentaje máximo de participación que un solo inversionista, por sí o por interpuesta persona, podrá poseer en el fondo bursátil;

c) Naturaleza y características de los valores que representan las participaciones;

d) La bolsa o bolsas de valores, o sistemas de negociación de valores en los cuales se inscribirán las participaciones;

e) Metodología o procedimiento técnico mediante el cual se establecerán las unidades de creación y las participaciones;

f) Descripción de los casos en los cuales los inversionistas pueden realizar la constitución y la redención de las unidades de creación en dinero.

5. Relación pormenorizada y precisa de los gastos a cargo del fondo bursátil, y la forma en que se cubrirán. Dentro de la descripción del gasto por la remuneración de la administración que percibirá la Sociedad Administradora del fondo bursátil y el gestor profesional, cuando a ello haya lugar, deberá establecerse en forma clara y completa la metodología de cálculo y la forma de pago. Así mismo, deberán relacionarse los criterios objetivos que la Sociedad Administradora del fondo bursátil aplicará para la escogencia y remuneración de intermediarios para la realización de operaciones del fondo bursátil, cuando resulte aplicable.

6. Tratamiento de los eventos corporativos que afecten los valores y su impacto en las unidades de creación, así como la forma en que se ejercerán los derechos políticos derivados de los mismos.

7. Facultades, derechos y obligaciones de la Sociedad Administradora del fondo bursátil y de los inversionistas.

8. Reglas aplicables a la asamblea de inversionistas, incluyendo los procedimientos para su convocatoria y las decisiones que podrá tomar.

9. Mecanismos de revelación de información del fondo bursátil, señalando los medios para su publicación.

10. Causales y procedimiento de liquidación del fondo bursátil.

11. El procedimiento para modificar el reglamento, teniendo en cuenta que las modificaciones deberán ser informadas previamente a la Superintendencia Financiera de Colombia, o aprobadas por esta en el evento que se presente modificación o afectación a los derechos económicos de los inversionistas.

(D. 2555/2010, art. 3.1.1.4.12, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013).

¿Cuándo debe darse a conocer el prospecto a los inversionistas?

[§ 728] Debe darse a conocer el prospecto previamente a la vinculación de los inversionistas al fondo bursátil dejando constancia del recibo del mismo.

(D. 2555/2010, arts. 3.1.1.9.7 y 3.4.1.1.13. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Quién debe rendir cuentas de la gestión del fondo bursátil y con qué periodicidad?

[§ 729] La fiduciaria administradora del fondo bursátil o, en su caso, el gestor

profesional, deberá rendir cuentas de su gestión, en los términos previstos en el artículo 3.1.1.9.10 del Decreto 2555 de 2010. Sustituido. Parte 3. Decreto 1242 de 2013, artículo 1º.

El plazo para realizar este informe será de quince (15) días comunes, contados a partir de la fecha del respectivo corte.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.14. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Pueden fusionarse y cederse los fondos bursátiles?

[§ 730] Los fondos bursátiles podrán fusionarse con otros fondos de la misma naturaleza o cederse a otro administrador autorizado, de conformidad con lo que prevea su reglamento.

Los proyectos de fusión o cesión de los fondos bursátiles estarán sujetos a autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.15. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Puede subcontratar el fiduciario la administración de un fondo bursátil?

[§ 731] Sí. La fiduciaria podrá establecer, en el respectivo reglamento de los fondos bursátiles, la contratación de un gestor profesional, caso en el cual aplica lo previsto en los artículos 3.3.7.2.2, 3.3.7.2.3, 3.3.7.2.4 y 3.3.7.2.5 del presente decreto, teniendo en cuenta las características especiales de los fondos bursátiles. (D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.18. inc. 1º modificado parcialmente, D. 1351/2019, art. 12).

En el evento en que exista un gestor profesional no será necesario contar con un gerente del fondo bursátil.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.18. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones de la sociedad fiduciaria administradora del fondo bursátil y de su junta directiva?

[§ 731-1] Las obligaciones de la Sociedad Administradora del fondo bursátil y de su junta directiva serán las previstas en los artículos 3.1.3.1.3 y 3.1.5.1.1 del Decreto 2555 de 2010, teniendo en cuenta las características especiales de los fondos bursátiles.

El alcance de las obligaciones de la Sociedad Administradora del fondo bursátil será el previsto en el artículo 3.1.3.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.16, Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué prohibiciones se les aplican a los fondos bursátiles?

[§ 732] Serán aplicables a los fondos bursátiles las prohibiciones contempladas en el artículo 3.1.1.10.1 del Decreto 2555 de 2010, salvo los numerales 7 y 11.

No serán aplicables el numeral 4 del artículo 3.1.1.10.1 del Decreto 2555 de 2010, en cuanto se refiere a la contratación de un gestor profesional, ni la excepción consagrada en el numeral 17 del artículo 2.9.17.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.21. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

¿Qué situaciones de conflictos de interés les aplican a los fondos bursátiles?

[§ 733] Será aplicable a los fondos bursátiles el artículo 3.1.1.10.2 del Decreto

2555 de 2010, excepto los requisitos y límites previstos en los numerales 2º y 3º del mencionado artículo.

La Sociedad Fiduciaria Administradora deberá revelar y administrar su calidad de inversionista y/o de formador de liquidez del mercado de valores respecto de las participaciones del fondo bursátil, siempre que ostente cualquiera de estas. Dichas calidades podrán coincidir.

(D. 2555/2010, art. 3.4.1.1.22. Sustituido. Parte 3. D. 1242/2013, art. 1º).

CAPÍTULO SEXTO

Fondos de capital privado

¿Qué es un fondo de capital privado?

[§ 734] Se consideran fondos de capital privado los fondos de inversión colectiva cerrados 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).

Para efectos de este cálculo, no computarán los activos que indirectamente impliquen inversiones en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE).

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.1.1. Sustituido. Libro 3º, Parte 3º, D. 1984/2018, art. 1º).

¿A qué normatividad están sujetos los fondos de capital privado?

[§ 735] Las sociedades fiduciarias, en relación con la administración de fondos de capital privado, únicamente estarán sujetas a lo previsto en el Libro 3 del Decreto 2555 de 2010 Sustituido por el Decreto 1984 de 2018, artículo 1º y no le serán aplicables las normas del Libro 1 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/ 2010, art. 3.3.1.1.1. Sustituido. Libro 3º, Parte 3º, D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuáles son los requisitos para la constitución y funcionamiento de un fondo de capital privado?

[§ 736] Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los fondos de capital privado son los siguientes:

1. Tener capacidad administrativa e infraestructura tecnológica y operativa suficiente para administrar el respectivo fondo de capital privado, o para realizar las actividades de gestión en caso de no haber sido delegada.

2. Contar con personal idóneo y de dedicación exclusiva que se encargue de la administración de fondos de inversión colectiva y/o de fondos de capital privado. La exclusividad únicamente se predicará del gerente del fondo de capital privado, en los casos que no exista un gestor profesional.

3. Tener una adecuada estructura de control interno.

4. Tener implementado un sistema integral de información del fondo de capital privado.

5. Tener y cumplir con códigos de buen gobierno corporativo, incluyendo un código de conducta para la administración de los fondos de capital privado; en este sentido, las sociedades administradoras deberán adoptar criterios éticos y de conducta encaminados a preservar los derechos de los inversionistas de los fondos de capital privado bajo su administración, incluyendo el establecimiento de reglas claras y concretas que permitan realizar un control a la gestión de los administradores de la misma, sobre el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades asignadas, así como sobre la gestión, administración y revelación a los inversionistas de los posibles conflictos de interés que puedan afrontar tanto la sociedad administradora como sus administradores y funcionarios.

6. Contar con planes de contingencia y continuidad de la operación, cuya finalidad primordial sea prevenir y, en caso de ser necesario, solucionar los problemas, fallas e incidentes, que se puedan presentar en cualquiera de los dispositivos de procesamiento y conservación, que conforman el sistema integral de manejo y procesamiento de la información de los fondos de capital privado bajo administración.

7. Contar con un sistema de gestión y administración de los riesgos asociados con la administración de fondos de capital privado.

8. Contratar una entidad que preste los servicios de custodia de valores en los términos establecidos en el Libro 37 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, cuando haya lugar a ello.

No obstante, lo anterior, no será necesario obtener autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia para la constitución del respectivo fondo de capital privado, sino que bastará con allegar de manera previa la documentación prevista en el presente artículo, junto con el reglamento del fondo de capital privado y el perfil de la persona que actuará como gestor profesional, en caso de que se opte por su contratación.

Así mismo, no será obligatorio contar con la cobertura a que se refiere el artículo 3.1.1.3.4 del Decreto 2555 de 2010.

(D. 2555/ 2010, art. 3.3.2.2.1. Sustituido Libro 3º, Parte 3º, D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué principios aplican a los fondos de capital privado?

[§ 737] Los siguientes principios:

1. Profesionalidad. (D. 2555/ 2010, art. 3.3.1.1.2. Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

2. Segregación. (D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.3. Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

3. Prevalencia de los intereses de los inversionistas. (D. 2555/ 2010, art. 3.3.1.1.4. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

4. Prevención y administración de conflictos de interés. (D. 2555/2010, art.

3.3.1.1.5. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

5. Trato equitativo entre los inversionistas con características similares. (D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.6. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

6. Preservación del buen funcionamiento del fondo de capital privado e integridad del mercado. (D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.7. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de profesionalidad?

[§ 738] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado deberán actuar de manera profesional, con la diligencia exigible a un experto prudente y diligente en la administración de fondos de capital privado.

La administración y la gestión de los fondos de capital privado deberán realizarse en las mejores condiciones posibles para los inversionistas, teniendo en cuenta las características de las operaciones a ejecutar, la situación del mercado al momento de la ejecución, los costos asociados, la oportunidad de generar valor, las previsiones del reglamento y la política de inversión de cada fondo de capital privado y demás factores relevantes.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.2. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de la segregación?

[§ 739] Los activos que formen parte del fondo de capital privado constituyen un patrimonio independiente y separado de los activos propios de la sociedad administradora de fondos de capital privado, del gestor profesional y de los inversionistas, así como, de aquellos que esta administre en virtud de otros negocios.

Los activos del fondo de capital privado no hacen parte de los de la sociedad fiduciaria administradora de fondos de capital privado, no constituyen prenda general de los acreedores de esta y estarán excluidos de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos de cualquier procedimiento de insolvencia o de cualquier otra acción contra la sociedad administradora.

Cuando la sociedad administradora actúe por cuenta de un fondo de capital privado se considerará que compromete únicamente los recursos del respectivo fondo.

Los activos que conforman cada compartimento de un fondo de capital privado, constituyen un patrimonio independiente y separado de los demás compartimentos del fondo de capital privado al que pertenecen.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.3. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de prevalencia de los intereses de los inversionistas?

[§ 740] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado deberán administrar dichos fondos dando prevalencia a los intereses de los inversionistas sobre cualquier otro interés, incluyendo los de la sociedad administradora; sus filiales o subsidiarias, su matriz o las filiales o subsidiarias de esta; sus accionistas; sus administradores; sus funcionarios o cualquier persona vinculada o relacionada con los anteriores.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.4. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de prevención y administración de conflictos de interés?

[§ 741] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado, o el gestor profesional, en caso de existir, deberán establecer en sus normas de gobierno corporativo, las políticas y los mecanismos idóneos que les permitan identificar, prevenir y administrar los posibles conflictos de interés en los que pueda incurrir cualquiera de sus funcionarios, la sociedad administradora o el gestor profesional, de conformidad con las reglas previstas en esta parte.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.5. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de trato equitativo entre los inversionistas?

[§ 742] En la administración de los fondos de capital privado, la sociedad administradora de fondos de capital privado está obligada a otorgar igual tratamiento a los inversionistas que se encuentren en las mismas condiciones objetivas.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.6. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

¿En qué consiste el principio de preservación del buen funcionamiento del fondo de capital privado e integridad de mercado en general?

[§ 743] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado en desarrollo de sus actividades deberán actuar evitando la ocurrencia de situaciones que pongan en riesgo la normal y adecuada continuidad de la operación de los fondos bajo su administración o la integridad del mercado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.1.1.7. Sustituido por el D. 1984/2018, art. 1º).

Inversionistas y participaciones

¿Cuál es el mínimo de inversionistas de un fondo de capital privado?

[§ 744] Los fondos de capital privado deberán tener mínimo dos (2) inversionistas.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.6. Sustituido. Libro 3. Parte 3º. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cómo se constituyen las participaciones?

[§ 745] Las participaciones en el fondo de capital privado se constituirán una vez el inversionista realice la entrega efectiva y la plena identificación de la propiedad de los recursos correspondientes.

En todo caso, los inversionistas de los fondos de capital privado podrán comprometerse a suscribir participaciones a través de una promesa en la cual se obliguen incondicionalmente a pagar una determinada suma de dinero en las condiciones y el plazo establecidos en el reglamento, de acuerdo con las necesidades de capital del respectivo fondo de capital privado. En este último caso, las participaciones respectivas se consti-

tuirán una vez se materialice dicho compromiso y se revele contablemente de conformidad con las normas aplicables.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.3., inc. 1º Sustituido. Libro 3. Parte 3º. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Se requiere un monto mínimo para constituir participaciones en el fondo de capital privado?

[§ 746] Cuando se trate de clientes inversionistas, el monto para constituir participaciones en fondos de capital privado, o para comprometerse a constituirlas, no podrá ser superior al veinte por ciento (20%) de sus ingresos anuales o de su patrimonio, el que resulte mayor. El cumplimiento de lo dispuesto en el presente inciso deberá ser verificado por la sociedad fiduciaria administradora de fondos de capital privado al momento de la firma del compromiso de inversión. (D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.3. inc. 3º, modificado parcialmente art. 1º del D. 1291/2020).

Para efectos del cumplimiento de los límites establecidos anteriormente, el inversionista deberá manifestar que los recursos que tenga invertidos o desee invertir, en conjunto, en fondos de capital privado no excede el límite del que trata el inciso anterior, y que se sujetará a dicho límite de manera permanente. (D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.3., inc. 4º, adicionado art. 1º del D. 1291/2020).

En cualquier caso, la sociedad administradora de fondos de capital privado podrá fijar montos mínimos para la constitución de participaciones en su reglamento.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.3., inc. 5º, adicionado art. 1º del D. 1291/2020).

¿Cómo se representan los derechos de participación de los inversionistas en el fondo de capital privado?

[§ 747] Los derechos de participación de los inversionistas del fondo de capital privado estarán representados en documentos que tienen la calidad de valores en los términos del artículo 2º de la Ley 964 de 2005.

(D. 2555/2010, arts. 3.3.2.2.7., inc. 1º. Sustituido. Libro 3. Parte 3º D. 1291/2020, art. 1º).

¿Los valores representativos de las participaciones deben inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE?

[§ 748] Podrán estar o no inscritos según lo que establezca el reglamento.

Cuando la asamblea de inversionistas del fondo de capital privado, previo análisis de conveniencia económica realizado por el gestor profesional o la sociedad fiduciaria administradora, decida que los valores que representen la participación del respectivo fondo de capital privado se negocien en sistemas de negociación de valores, deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) y establecerlo expresamente en el respectivo reglamento y dar cumplimiento a las normas establecidas para los emisores de valores señaladas en el presente decreto.

La sociedad administradora podrá modificar la condición de inscripción de los valores de que trata el presente artículo en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) previa modificación del reglamento aprobada por la asamblea de inversionistas.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.7. Sustituido. Libro 3º. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Pueden existir diversos tipos de participaciones en un mismo Fondo de Capital Privado?

[§ 749] Bajo un mismo reglamento y plan de inversiones el Fondo de Capital Privado podrá tener diferentes tipos de participaciones creadas de conformidad con los tipos de inversionistas que se vinculen al fondo.

Sin perjuicio de la aplicación del principio de trato equitativo a los inversionistas que se encuentren en las mismas condiciones objetivas, cada tipo de participación podrá otorgar derechos y obligaciones diferentes a los inversionistas que las adquieran, en aspectos tales como monto de las comisiones de administración y reglas para realizar los aportes y redimir las participaciones del fondo de capital privado. A su vez, cada tipo de participación dará lugar a un valor de unidad independiente y a valores representativos de los derechos de participación de los inversionistas diferentes.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Es permitido que en una compraventa de participaciones de un Fondo de Capital Privado se limite el derecho del comprador a percibir las distribuciones que se encuentran pendientes de pago?

[§ 749-1] Sí, es permitido definir un periodo o fecha ex distribución, tiempo durante el cual se entiende que una operación de compraventa de participaciones de fondos de capital privado inscritas en sistemas de negociación de valores no comprende el derecho a percibir las distribuciones pendientes de pago por parte del comprador.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.10. Adicionado. D. 265/2024, art. 21).

Política de inversión

¿Cuál es la política de inversión de los fondos de capital privado?

[§ 750] La política de inversión de los fondos de capital privado debe estar definida de manera previa y clara en el reglamento y contemplará el plan de inversiones, indicando el tipo de empresas o proyectos en los que se pretenda participar y los criterios para la selección, dentro de los cuales se incluirá información sobre los sectores económicos en que se desarrolla el proyecto y el área geográfica de su localización.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.3.1. Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué deberá contemplar la política de inversión de los fondos de capital privado?

[§ 751] La política de inversión del fondo de capital privado deberá contemplar, por lo menos, los siguientes aspectos:

1. Plan de inversiones del fondo de capital privado, indicando, como mínimo, lo siguiente:

a) Objeto del fondo de capital privado;

b) Relación de los activos que se consideran aceptables para invertir, de conformidad con el tipo de fondo de capital privado;

c) Información sobre la naturaleza y las características de las inversiones propuestas;

d) Determinación de la duración de las inversiones del fondo de capital privado, de conformidad con el perfil de riesgo propuesto, tratándose de títulos de renta fija;

e) Determinación del proceso de selección de las inversiones.

f) Criterios para seleccionar los segmentos de mercado en los que podrá invertir el fondo de capital privado.

2. Los parámetros para el manejo de las operaciones del mercado monetario que empleará la sociedad administradora del fondo de capital privado, teniendo en cuenta la clase de fondo de capital privado de que se trate.

3. Perfiles de riesgo del fondo de capital privado, los cuales deberán fundamentarse en la descripción y el análisis de los riesgos que puedan influir en las inversiones. Se deberán incluir mecanismos que permitan identificar los riesgos que afecten el desempeño del fondo de capital privado, así como, políticas para su mitigación;

4. Política de gestión de riesgos, en la cual se deberán describir los riesgos que pueden influir en el resultado del fondo de capital privado, y la manera de administrarlos. Se deberá establecer cuáles riesgos serán gestionados por parte de la sociedad administradora y cuáles, por parte del gestor profesional, en caso de existir.

5. Política respecto de las operaciones o transacciones, incluyendo operaciones de endeudamiento y otorgamiento de garantías, que permitirán ampliar la exposición del fondo de capital privado por encima del valor de su patrimonio. El límite máximo de la exposición y la base de cálculo se determinarán en el reglamento, el cual podrá ser modificado por la asamblea de inversionistas previo concepto del comité de inversiones.

6. Los demás aspectos que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.3.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué se entiende por coinversión?

[§ 752] Se entiende por coinversión cuando dos o más inversionistas comparten la titularidad de la inversión de un activo, caso en el cual los inversionistas podrán tener o no participaciones en el fondo de capital privado o sus compartimentos.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.9. par. 2º Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1291/2020, art. 1º).

Compartimentos

¿Se pueden crear compartimentos en el fondo de capital privado?

[§ 753] La posibilidad de crear compartimentos deberá estar claramente establecida en el reglamento del fondo de capital privado, en el cual se deberán señalar los criterios para su constitución, las características que los diferencian entre sí y los procedimientos para su creación.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.9, inc. 3º, Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué requisitos se necesitan para la creación de compartimentos en el fondo de capital privado?

[§ 754] Podrán crearse fondos de capital privado con compartimentos bajo un único reglamento para lo cual cada compartimiento deberá seguir las siguientes reglas:

1. Tener una denominación específica, la cual incluirá la denominación del fondo de capital privado.

2. Contar con planes de inversión diferentes, los cuales indicarán el tipo de empresas o proyectos económicos en los que se pretenda participar y los criterios para la selección, dentro de los cuales se incluirá información sobre los sectores económicos en que se desarrolla el proyecto y el área geográfica de su localización.

3. Establecer los mecanismos idóneos para determinar los activos que hagan parte del mismo y los que se gestionen de manera común con otros compartimentos.

4. Establecer los mecanismos idóneos para determinar los gastos de gestión de los activos que conforman el compartimento y la forma en que serán sufragados. Así como, la determinación de los costos de la gestión de los activos que son comunes con otros compartimentos.

5. Podrá iniciar operaciones en momentos diferentes.

6. Deberá ser constituido con más de un inversionista, salvo el caso de la coinversión.

7. Podrá establecer comisiones de administración y gestión diferentes respecto de otros compartimentos.

(D. 2555/2010, art. 3.3.2.2.9, inc. 1º, nums. 1º al 7º Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

Revelación de información

¿Cuáles son los mecanismos de revelación información de los fondos de capital privado?

[§ 755] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado deberán mantener informados a los inversionistas sobre todos los aspectos inherentes al fondo de capital privado al menos a través de los siguientes mecanismos:

a) Reglamento.

b) Informe de rendición de cuentas.

(D. 2555/2010, art. 3.3.4.1.1., inc. 4º, Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué debe contener el reglamento?

[§ 756] Los fondos de capital privado deberán tener un reglamento que contenga, los aspectos contemplados en el artículo 3.3.4.1.3 del Decreto 2555 de 2010 sustituido por el Decreto 1984 de 2018, artículo 1º, entre otros, los siguientes:

1. Aspectos generales:

a) Nombre completo, número de identificación y domicilio principal de la sociedad administradora;

b) La indicación de ser un fondo de capital privado;

c) Término de duración del fondo de capital privado;

d) Tamaño del fondo de capital privado;

e) Sede principal donde se administra el fondo de capital privado;

f) El procedimiento para la redención de las participaciones por vencimiento del término;

g) Naturaleza del patrimonio independiente y separado conformado por los bienes entregados o transferidos a la sociedad administradora por parte del inversionista;

h) Monto mínimo de suscriptores y de compromisos de capital requerido por el fondo de capital privado para iniciar operaciones.

2. Política de inversión del fondo de capital privado, donde se incluyan las operaciones que les permitan ampliar su exposición por encima del valor de su patrimonio, tales como endeudamiento o emisión de bonos.

3. Indicación de si se contratará a un gestor profesional y, en dicho caso, los requisitos de experiencia, idoneidad y solvencia moral del mismo, así como, las condiciones y términos que regirán la relación contractual entre la sociedad administradora del fondo de capital privado y el gestor profesional, sus funciones, obligaciones, remuneración, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros.

4. La definición de las funciones y la conformación del comité de inversiones, el número mínimo de sus reuniones, así como, las calidades y cualidades que deben acreditar sus miembros.

5. La definición de las funciones y la conformación del comité de vigilancia, el número mínimo de sus reuniones, así como, las calidades y cualidades que deben acreditar sus miembros.

6. Constitución y redención de participaciones;

7. Relación pormenorizada de los gastos a cargo del fondo de capital privado, de conformidad con el artículo 3.3.3.1.1 del Decreto 2555 de 2010, Sustituido por el Decreto 1984 de 2018, artículo 1º.

8. Facultades, derechos y obligaciones de la sociedad administradora, del gestor profesional en caso de que exista, de los comités de fondo y de los inversionistas. Así como, las causales y procedimiento para la remoción de la sociedad administradora y/o del gestor profesional.

9. Reglas aplicables a la asamblea de inversionistas, incluyendo los procedimientos para su convocatoria y las decisiones que podrá tomar.

10. Mecanismos de revelación de información del fondo de capital privado señalando los medios para su publicación.

11. Procedimiento para la fusión, escisión y/o cesión del fondo de capital privado.

12. Causales de disolución del fondo de capital privado y el procedimiento para su liquidación.

13. El procedimiento para modificar el reglamento.

14. Política para la identificación y tratamiento de conflictos de interés del gestor profesional, sociedad administradora, miembros del comité de inversión y de vigilancia del respectivo fondo de capital privado y las instancias de la sociedad administradora y del gestor responsables del cumplimiento y monitoreo de dichas políticas.

15. Política para la Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo de conformidad con los requisitos exigidos a la sociedad administradora.

16. Identificación de los riesgos que afectan el desempeño del fondo, canales de revelación a los inversionistas, así como, la definición de mecanismos para su monitoreo y mitigación.

17. Políticas que se deberán tener en cuenta para la emisión de bonos, la inscripción de las participaciones en el RNVE y la negociación de participaciones en bolsa de valores.

18. Reglas relativas a las condiciones de constitución, tipos, y redención de participaciones.

19. Reglas sobre el ejercicio de derechos políticos de la sociedad administradora y del gestor profesional.

20. Criterios para la asignación de costos y honorarios asociados a las transacciones realizadas por el fondo de capital privado.

21. Pronunciamiento expreso sobre los posibles conflictos en estrategias de inversión cuando el gestor profesional tenga a su cargo más de un fondo de capital privado o fondo de fondos.

22. Reglas aplicables a las operaciones de crédito que pueda adelantar el fondo de capital privado.

¿Quién, cómo y cuándo deberá rendir cuentas de la gestión?

[§ 757] La sociedad fiduciaria administradora deberá rendir cuentas de su labor en un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados o transferidos, los recursos entregados y las inversiones realizadas en virtud del acuerdo celebrado entre las partes, respecto de aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, incluyendo el estado de situación finan-

ciera, el estado de resultados y demás información financiera del fondo de capital privado.

El informe deberá contener una sección específica sobre las labores realizadas por el gestor profesional, en caso de existir.

El informe de rendición de cuentas deberá hacerse por lo menos cada seis (6) meses, con cortes a 30 de junio y 31 de diciembre, salvo que en el reglamento del fondo de capital privado se disponga un periodo de tiempo inferior.

El plazo para realizar este informe será de sesenta (60) días comunes, contados a partir de la fecha del respectivo corte.

(D. 2555/2010, art. 3.3.4.1.4. Sustituido. D. 1984/2018, art. 1º).

Órganos de administración

¿Qué comprende la actividad de gestión de portafolios y quién gestiona el fondo de capital privado?

[§ 758] La actividad de gestión de portafolios de Fondos de Capital Privado comprende la toma de decisiones de inversión, desinversión y seguimiento de las operaciones del fondo de capital privado, así como la identificación, medición, control y gestión de los riesgos inherentes al portafolio, y podrá ser desarrollada directamente por la Sociedad Fiduciaria Administradora del fondo de capital privado, o por un gestor profesional.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.1. Sustituido. D. 1984/2018 art. 1º).

¿Cuáles son los órganos de administración del fondo de capital privado?

[§ 759] Los siguientes son los órganos de administración del fondo de capital privado:

a) La fiduciaria.

b) La junta directiva de la sociedad fiduciaria.

c) El gerente.

d) El gestor profesional si así se contempló en el reglamento.

e) El comité de inversiones.

(D. 2555/2010, arts., 3.3.7.1.1., 3.3.7.2.2., 3.3.7.3.1.,3.3.7.2.2. y 3.3.8.2.1, Sustituido. D. 1984/2018 art. 1º).

¿Cuáles son las obligaciones de la fiduciaria y de su junta directiva en la gestión del fondo de capital privado?

[§ 760] Las obligaciones de la fiduciaria y de su junta directiva serán las previstas en los artículos 3.3.7.1.3. y 3.3.8.1.1. del Decreto 2555 de 2010 Sustituido, Libro 3 Parte 3. D. 1984 de 2018, artículo 1º.

¿Cuál es el alcance de las obligaciones de la fiduciaria como gestora de fondos de capital privado?

[§ 761] La fiduciaria, en la gestión de los recursos del fondo de capital

privado, adquiere obligaciones de medio y no de resultado. Por ello hay que dejar dicha advertencia en los mecanismos de información.

Por lo tanto, la sociedad fiduciaria se abstendrá de garantizar, por cualquier medio, una tasa de rentabilidad fija para las participaciones constituidas, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran el fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.3.4.1.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Puede ser inversionista del fondo de capital privado la Sociedad Fiduciaria?

[§ 761-1] La Sociedad Fiduciaria puede ser inversionista del fondo de capital privado en las condiciones indicadas en el reglamento, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2 del artículo 3.3.5.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

Evento en el cual, en el reglamento, deberá establecerse expresamente: a) el objetivo y justificación de la inversión; b) el porcentaje máximo de participaciones que la fiduciaria podrá suscribir al momento de realizar la inversión; c) el plazo mínimo en el que la fiduciaria, deberá conservar las participaciones que haya adquirido; y d) las condiciones bajo las cuales la fiduciaria podrá enajenar dichas participaciones.

En todo caso deberán revelarse y administrarse las posibles situaciones de conflictos de interés que se generen con la inversión o desinversión que se realice en los términos descritos en el presente numeral.

(D. 2555/2020 art. 3.3.5.1.2. num. 2º, sustituido Libro 3º, Parte 3º. D. 1984/2018 art. 1º).

¿Cuándo se deberá nombrar el Gerente del fondo de capital privado?

[§ 762] Cuando el fondo de capital privado no cuente con un gestor profesional, deberá tener un gerente, quien será una persona natural de dedicación exclusiva en la actividad de gestión de Fondos de Capital Privado, con su respectivo suplente, nombrado por la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora del fondo.

El gerente será el encargado de la ejecución de la gestión del portafolio del fondo de capital privado a su cargo, por cuenta de quien realice la actividad de gestión.

Las decisiones deberán ser tomadas de manera profesional, con la diligencia exigible a un experto prudente y diligente en la gestión de fondos de capital privado, observando la política de inversión del fondo, el reglamento y las normas aplicables.

Una misma persona podrá ser gerente de múltiples Fondos de Capital Privado administrados por la Sociedad Fiduciaria.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.3.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Cómo se consideran y qué calidades debe tener el gerente y su suplente del fondo de capital privado?

[§ 763] El gerente y su respectivo suplente se considerarán como administradores de la sociedad fiduciaria que ejerce la gestión de las inversiones del fondo de capital privado, con funciones exclusivamente vinculadas a la gestión de los Fondos de Capital Privado administrados, y deberán acreditar la experiencia específica en la administración

y gestión de los riesgos correspondientes al fondo de capital privado que van a gestionar.

La designación de estos funcionarios no exonera a la Junta Directiva de la responsabilidad prevista en el artículo 200 modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 del Código de Comercio, o cualquier norma que lo modifique, sustituya o derogue, ni del cumplimiento de los deberes establecidos en las normas legales y en el Decreto 2555 de 2010, Libro 3, Parte 3.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.3.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Cuáles son las funciones del gerente?

[§ 764] El gerente y, en su ausencia, el respectivo suplente, deberán cumplir las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las obligaciones propias de los demás administradores de la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado:

1. En la toma de decisiones de inversión deberá tener en cuenta las políticas diseñadas por la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora para identificar, medir, gestionar y administrar los riesgos y realizar su labor de manera profesional durante toda la etapa de inversión y desinversión del fondo de capital privado.

2. Documentar con detalle y precisión los problemas detectados en los envíos de información de la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado a los inversionistas y a la Superintendencia Financiera de Colombia, categorizados por fecha de ocurrencia, frecuencia e impacto. Así mismo, deberá documentar los mecanismos implementados para evitar la reincidencia de las fallas detectadas.

3. Asegurarse de que la Sociedad Fiduciaria Administradora cuente con personal idóneo para el cumplimiento de las obligaciones de información.

4. Proponer a los órganos de administración el desarrollo de programas, planes y estrategias orientadas al cumplimiento eficaz de las obligaciones de información a cargo de la Sociedad Administradora.

5. Cumplir con las directrices, mecanismos y procedimientos señaladas por la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado, y vigilar su cumplimiento por las demás personas vinculadas contractualmente cuyas funciones se encuentren relacionadas con la gestión propia.

6. Informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los hechos que imposibiliten o dificulten el cumplimiento de sus funciones, previa información a la Junta Directiva.

7. Presentar la información a la asamblea de inversionistas, de conformidad con lo señalado en el numeral 14 del artículo 3.3.7.1.3 del Decreto 2555 de 2010.

8. Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés, según las reglas establecidas en las normas aplicables y las directrices señaladas por la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora.

9. Acudir a la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado en los eventos en que considere que se requiere de su intervención, con la finalidad de garantizar la adecuada gestión del fondo de capital privado.

10. Ejercer una supervisión permanente sobre el personal vinculado a la gestión del portafolio fondo de capital privado gestionado, y

11. Las demás asignadas por la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora, sin perjuicio de las responsabilidades asignadas a la misma.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.3.3. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Quién debe constituir el Comité de Inversiones, cuál es su responsabilidad y cuándo se debe reunir?

[§ 765] La Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado o el gestor profesional del fondo de capital privado, en caso de que exista, deberá constituir un Comité de Inversiones que será responsable del análisis de las inversiones, así como de la definición de las políticas para adquisición y liquidación de inversiones, teniendo en cuenta la política de riesgos del fondo de capital privado y la política de endeudamiento del mismo.

El Comité de Inversiones se deberá reunir periódicamente como mínimo cada tres (3) meses, o extraordinariamente cuando las circunstancias lo requieran. De tales reuniones se deberán elaborar actas escritas sobre los temas tratados.

El Comité de Inversiones podrá ser diferente para cada compartimento, si así lo establece el reglamento del fondo de capital privado.

Podrá haber un mismo Comité de Inversiones para todos los Fondos de Capital Privado administrados por la misma Sociedad Administradora.

La constitución del Comité de Inversiones no exonera a la Junta Directiva de la Sociedad Administradora de Fondos de Capital Privado o al gestor profesional, cuando este exista, de la responsabilidad prevista en el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 o cualquier otra norma que lo modifique, sustituya o derogue, ni del cumplimiento de los deberes establecidos en las normas legales y en la normatividad aplicable.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.2.1., incs. 1º, 2º y 3º, par. 1º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Qué aspectos debe tener en cuenta el Comité de Inversiones para ejercer sus funciones?

[§ 766] Para ejercer las funciones, el Comité de Inversiones de Fondos de Capital Privado deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El cumplimiento de las directrices establecidas en la política de inversión, en cuanto a la forma de cómo se invertirán los recursos del fondo de capital privado, los límites de inversión y su duración.

2. El manejo integral de la liquidez con el fin de asegurar que se cuenta con los recursos suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de las operaciones del fondo de capital privado.

3. Las características y condiciones bajo las cuales el fondo de capital privado asume obligaciones de endeudamiento con terceros.

El Comité de Inversiones deberá elaborar un informe de su gestión para ser presentado tanto en el informe de rendición de cuentas, como en la asamblea de inversionistas del fondo de capital privado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.2.1., inc. 3º, par. 2º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Puede contratar la fiduciaria un gestor profesional para la administración del fondo de capital privado?

[§ 767] La fiduciaria podrá establecer, en el respectivo reglamento de los fondos de capital privado la contratación de un gestor profesional.

Para tal efecto en el reglamento se debe indicar el procedimiento de selección y los estándares mínimos que se deben cumplir para su designación y contratación.

El gestor profesional será una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, experta en la administración de portafolios y manejo de los activos aceptables para invertir de conformidad con lo señalado en el reglamento, con reconocimiento y amplia experiencia en el ámbito nacional o internacional de conformidad con lo establecido en aquel. Además, deberá contar con los requisitos de experiencia, idoneidad y solvencia moral señalados en dicho reglamento.

En el evento en que la persona jurídica esté constituida y domiciliada en el exterior, el representante legal de la misma deberá apoderar de manera especial a una persona natural para que lo represente en el territorio colombiano.

Las sociedades administradoras deberán informar a la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera inmediata, la contratación o remoción del gestor profesional.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué responsabilidad tiene el fiduciario respecto del gestor profesional?

[§ 768] La Sociedad Fiduciaria Administradora del fondo de capital privado será responsable por la debida diligencia en la escogencia del gestor profesional, así como, por su adecuada supervisión en el cumplimiento formal de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que están a cargo del Comité de Inversiones y del Comité de Vigilancia.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.2., inc. 3º, par. 2º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Quién es el responsable por las decisiones de inversión?

[§ 769] La responsabilidad por las decisiones de inversión será asumida por el gestor profesional.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.2., inc. 1º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Cuáles son las obligaciones del gestor profesional?

[§ 770] Además de las obligaciones establecidas en el reglamento, el gestor profesional del fondo de capital privado deberá:

1. Obrar de manera profesional, con la diligencia exigible a un experto prudente y diligente en la gestión de Fondos de Capital Privado, observando la política de inversión del fondo de capital privado y el reglamento.

2. Guardar la reserva de ley respecto de los negocios y de la información a la que tengan acceso en razón de sus funciones.

3. Poner en conocimiento del Comité de Vigilancia cualquier situación que pueda dar lugar a un conflicto de intereses y seguir las recomendaciones efectuadas por dicho órgano sobre la prevención, manejo y revelación de tales conflictos.

4. Poner en conocimiento del Comité de Vigilancia situaciones que podrían comprometer la sostenibilidad o viabilidad, o que puedan tener una incidencia material sobre los estados e información financiera del fondo de capital privado.

5. Ejecutar la política de inversión del fondo de capital privado gestionado de conformidad con el reglamento y buscando la mejor ejecución de las operaciones, para lo cual deberá implementar los mecanismos adecuados de seguimiento y supervisión. El gestor deberá además observar las instrucciones impartidas por el Comité de Inversiones.

6. Identificar, medir, gestionar, administrar y controlar los riesgos de la actividad de gestión de portafolios de Fondos de Capital Privado.

7. Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés en el desarrollo de la actividad de gestión del fondo de capital privado, según las reglas establecidas en las normas aplicables, el reglamento y las directrices señaladas por el Comité de Vigilancia del Fondo de Capital Privado. Dichas situaciones deberán ser informadas a la Sociedad Fiduciaria Administradora y al Comité de Vigilancia del respectivo fondo.

8. Efectuar la valoración del portafolio de los Fondos de Capital Privado gestionados y de sus participaciones si así lo establece el reglamento, de conformidad con lo previsto en las normas aplicables y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Las valoraciones deben contar con soportes técnicos de su estimación y estar disponibles para consulta del inversionista.

9. Asegurar el mantenimiento de la reserva de información que conozca con ocasión de la actividad de Fondos de Capital Privado, así como adoptar políticas y procedimientos para evitar el uso indebido de información privilegiada o reservada relacionada con los Fondos de Capital Privado gestionados, sin perjuicio de los deberes de información a la Superintendencia Financiera de Colombia.

10. Entregar oportunamente a la Sociedad Administradora del fondo de capital privado la información para el cumplimiento de sus funciones.

11. Vigilar y supervisar permanentemente que el personal vinculado al gestor profesional cumpla con sus obligaciones en la gestión de los Fondos de Capital Privado, incluyendo las reglas de gobierno corporativo, reglas de conducta y las demás establecidas en los manuales de procedimiento.

12. Adoptar medidas de control y reglas de conducta necesarias, apropiadas y suficientes, que se orienten a evitar que los Fondos de Capital Privado gestionados puedan ser utilizados como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dineros u otros bienes provenientes de actividades ilícitas, para realizar evasión tributaria o para dar apariencia de legalidad a actividades ilícitas o a las transacciones y recursos vinculados con las mismas.

13. Contar con manuales de gobierno corporativo y los demás necesarios para el cumplimiento de las normas aplicables y velar por su cumplimiento.

14. Presentar a la asamblea de inversionistas, cuando haya lugar a ello, toda

la información asociada a la gestión del fondo de capital privado, en todo caso, como mínimo deberán presentarse la descripción general del portafolio y su desempeño, así como toda información necesaria sobre la gestión de los activos del fondo de capital privado.

15. Designar a los miembros del Comité de Inversiones del fondo de capital privado.

16. Cumplir a cabalidad con los demás aspectos necesarios para la adecuada gestión del portafolio del fondo de capital privado respecto del cual realiza dicha actividad.

17. Ejercer los derechos patrimoniales y políticos de los activos que hagan parte del fondo de capital privado, cuando así lo establezca el reglamento.

18. Presentar la información relacionada con la gestión de riesgos del portafolio y otro tipo de información sensible sobre las inversiones realizadas por el fondo de capital privado.

19. Contar con políticas para la identificación, manejo, control y revelación de conflictos de interés asociados específicamente a la política, estrategia y objetivo de inversión del fondo de capital privado, así como su evaluación periódica.

20. Contar con políticas y procedimientos sobre la designación de personas que se desempeñan como administradores y/o directores de las empresas o proyectos en los que invierte el fondo de capital privado.

21. Las demás que se establezcan en el reglamento y en el contrato de gestión de portafolio del fondo de capital privado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.4. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Puede ser inversionista del fondo de capital privado el gestor profesional?

[§ 771] El gestor profesional puede ser inversionista del fondo de capital privado en las condiciones indicadas en el reglamento, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2 del artículo 3.3.5.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

Evento en el cual, en el reglamento, deberá establecerse expresamente: a) el objetivo y justificación de la inversión; b) el porcentaje máximo de participaciones que podrá suscribir al momento de realizar la inversión; c) el plazo mínimo en el que el gestor profesional, deberá conservar las participaciones que haya adquirido, y d) las condiciones bajo las cuales el gestor profesional podrán enajenar dichas participaciones.

En todo caso deberán revelarse y administrarse las posibles situaciones de conflictos de interés que se generen con la inversión o desinversión que se realice en los términos descritos en el presente numeral.

(D. 2555/2010, arts. 3.3.7.2.5 y 3.3.5.1.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

¿Es necesario que el fondo de capital privado cuente con un gerente?

[§ 772] En el evento en que exista un gestor profesional, no será necesario contar con un gerente del fondo de capital privado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.7.2.2. inc. 1º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018).

Órganos de control

¿Cuáles son los órganos de control del fondo de capital privado?

[§ 773] Los órganos de control del fondo de capital privado son:

a) Revisor fiscal.

b) Comité de vigilancia.

(D. 2555/2010, arts. 3.3.8.3.1. y 3.3.8.6.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Qué normatividad le es aplicable al revisor fiscal de la Fiduciaria respecto de los fondos de capital privado?

[§ 774] El revisor fiscal de la respectiva Sociedad Fiduciaria Administradora de fondos de capital privado ejercerá las funciones propias de su cargo respecto de cada uno de los fondos de capital privado que la respectiva entidad administre, así como, de manera independiente por cada compartimiento constituido.

Los reportes o informes relativos al fondo de capital privado se deberán presentar de forma independiente a los referidos a la Sociedad Fiduciaria Administradora.

La existencia de la revisoría fiscal no impide que el respectivo fondo de capital privado contrate un auditor externo, con cargo a sus recursos, según las reglas que se establezcan en el reglamento en cuanto hace a sus funciones y designación.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.6.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuándo no están obligadas las fiduciarias a tener defensor del consumidor financiero?

[§ 775] Las sociedades que solo administren fondos de capital privado no estarán obligadas a tener defensor del consumidor financiero.

En caso que las mismas administren otro tipo de fondos de inversión colectiva, las funciones del defensor del consumidor financiero no serán aplicables a la administración de fondos de capital privado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.5.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Quién ejerce la veeduría en el fondo de capital privado?

[§ 776] El Comité de Vigilancia será el encargado de ejercer la veeduría permanente sobre el cumplimiento de las funciones asignadas a la Sociedad Fiduciaria Administradora y, al gestor profesional, en caso de existir.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.3.1., inc. 2º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cómo está conformado el comité de vigilancia?

[§ 777] Estará conformado por personas naturales o jurídicas, en número plural impar de miembros, elegidos por la asamblea de inversionistas por períodos de dos años, pudiendo ser reelegidos.

Por lo menos uno de los miembros de este comité no deberá tener relación alguna con la Sociedad Fiduciaria Administradora o el gestor profesional, en caso de existir.

Cuando se designen personas jurídicas como miembros del comité de vigilancia, dichas personas deberán actuar por medio de un apoderado especial, quien deberá contar con el conocimiento técnico necesario para participar en dicho órgano y estar vinculado laboralmente a dicha persona jurídica.

Cuando la Sociedad Fiduciaria Administradora o el gestor profesional, en caso de existir, sean inversionistas del fondo de capital privado, no podrán ser miembros del comité de vigilancia del respectivo fondo.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.3.1., inc. 2º, par. 1º y 2º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Quién nombra los miembros del comité de vigilancia?

[§ 778] La asamblea de inversionistas de los fondos de capital privado deberá nombrar un comité de vigilancia.

Cuando existan compartimentos al interior del fondo de capital privado, los inversionistas de los mismos deberán nombrar como mínimo un miembro del comité de vigilancia por compartimento, en todo caso, cada compartimento podrá tener su propio comité.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.3.1., inc. 1º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuáles son las funciones del comité de vigilancia?

[§ 779] El comité de vigilancia tendrá las siguientes funciones, además de las que señale el respectivo reglamento:

1. Verificar que la Sociedad Fiduciaria Administradora, el gestor profesional y el gerente cuando existan, cumplan con sus funciones.

2. Guardar la reserva de ley respecto de los negocios y de la información a la que tengan acceso en desarrollo de sus funciones.

3. Verificar que las inversiones y demás actuaciones u operaciones del fondo de capital privado se realicen de acuerdo con la normatividad aplicable y el reglamento, para lo cual tendrá la facultad de solicitar cualquier información adicional, en caso de que lo requiera.

4. Conocer, evaluar y resolver aquellas situaciones que puedan dar lugar a eventuales conflictos de interés.

5. Proponer motivadamente a la asamblea de inversionistas la sustitución de la Sociedad Administradora o del gestor profesional, de conformidad con las causales de sustitución prevista en el reglamento.

6. Reportar inmediatamente a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Junta Directiva de la Sociedad Fiduciaria Administradora cualquier posible violación de la normatividad aplicable a la actividad de administración de Fondos de Capital Privado, o el desconocimiento de los derechos o intereses de los inversionistas. Cuando dichas violaciones o desconocimientos impliquen un desmedro patrimonial para los inversionistas, dicho comité deberá convocar a reunión extraordinaria de inversionistas al día siguiente al cual se detectó el presunto incumplimiento.

7. Elaborar el informe de su gestión para ser presentado en el informe de rendición de cuentas y en la asamblea de inversionistas del fondo de capital privado.

8. Informar a los inversionistas los eventos que podrían comprometer la

sostenibilidad o la viabilidad del fondo de capital privado, o tener una incidencia material sobre los estados e información financiera del fondo.

9. Aprobar su propio reglamento de funcionamiento.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.3.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Con qué periodicidad se debe reunir el comité de vigilancia?

[§ 780] El comité de vigilancia se deberá reunir periódicamente como mínimo cada tres (3) meses, o extraordinariamente cuando las circunstancias lo requieran.

En todo caso, de tales reuniones la sociedad fiduciaria administradora deberá elaborar actas escritas, con el lleno de los requisitos previstos en el Código de Comercio y demás normas aplicables para las actas de asamblea de accionistas o juntas directivas de las sociedades por acciones.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.3.3. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

Asamblea de inversionistas

¿Quiénes constituyen la asamblea?

[§ 781] La asamblea la constituyen los inversionistas del fondo de capital privado, reunidos con el quorum y en las condiciones establecidas en el artículo 3.3.8.4.1 del Libro 3 del Decreto 2555 de 2010.

En lo no previsto en el mismo, se aplicarán las normas del Código de Comercio previstas para la asamblea de accionistas de la sociedad anónima, cuando no sean contrarias a su naturaleza.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.4.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuándo se reúne la asamblea de inversionistas?

[§ 782] La asamblea de inversionistas se reunirá cuando sea convocada por la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado, por el comité de vigilancia, por el gestor profesional, por el revisor fiscal, por los inversionistas del fondo de capital privado que representen no menos del veinticinco por ciento (25%) de las participaciones, o por la Superintendencia Financiera de Colombia.

La convocatoria deberá realizarse a través de los mecanismos previstos para el efecto en el reglamento y en el sitio web de la Sociedad Fiduciaria Administradora de fondos de capital privado.

La participación de la Sociedad Fiduciaria Administradora, o del gestor profesional, en caso de existir, como inversionista del fondo de capital privado que administra o gestiona respectivamente, le dará derechos de voto, lo cual se ejercerá sin perjuicio del cumplimiento de la política de conflictos de interés al respecto.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.4.2. incs. 1º y 2º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuál es el quórum para deliberar y decidir?

[§ 783] La asamblea podrá deliberar con la presencia de un número plural de inversionistas que represente como mínimo el cincuenta y uno por ciento (51%) de las participaciones del respectivo fondo de capital privado.

Salvo que el reglamento prevea una mayoría superior, que no podrá superar el setenta por ciento (70%) de las participaciones presentes en la respectiva reunión, las decisiones de la asamblea se tomarán mediante el voto favorable de por lo menos la mitad más una de las participaciones presentes en la respectiva reunión. Cada participación otorga un voto. (D. 2555/2010, art. 3.3.8.4.2., incs. 2º y 3º. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

Cuando quiera que se opte por el sistema del voto por escrito, para las reuniones adelantadas de conformidad con el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, o cualquier otra norma que lo modifique, sustituya o derogue, los documentos que se envíen a los inversionistas deben contener la información necesaria, a fin de

que estos dispongan de elementos de juicio suficientes y adecuados para tomar la respectiva decisión.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.4.3, par. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuáles son las funciones de la asamblea de inversionistas?

[§ 784] Son funciones de la asamblea de inversionistas, además de las señaladas en el reglamento:

1. Disponer que la administración del fondo de capital privado se entregue a otra sociedad legalmente autorizada para el efecto.

2. Decretar la liquidación del fondo de capital privado y, cuando sea del caso, designar el liquidador.

3. Aprobar o improbar el proyecto de fusión del fondo de capital privado.

4. Solicitar a la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado realizar la remoción del gestor profesional, de conformidad con las causales descritas en el reglamento.

5. Aprobar las cuentas que presente la Sociedad Fiduciaria Administradora de forma anual.

6. Elegir los miembros del comité de vigilancia.

7. Autorizar la inscripción de las participaciones en sistemas de negociación de valores o bolsas de valores.

8. Aprobar el reglamento de emisión y colocación de bonos.

9. Designar, cuando lo considere conveniente, un auditor externo para el fondo de capital privado. Costo que será asumido por el fondo de capital privado.

10. Las demás expresamente asignadas en el presente libro.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.4.3. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

Prohibiciones y situaciones de conflictos de interés aplicables a los fondos de capital privado

¿Cuáles son las prohibiciones aplicables a la sociedad fiduciaria y/o gestor profesional de los fondos de capital privado?

[§ 785] Las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado y el gestor profesional en caso de existir, se abstendrán de realizar cualquiera de las siguientes actividades:

1. Desarrollar o promover operaciones que tengan como objetivo o resultado la evasión de los controles estatales o la evolución artificial del valor de la participación.

2. Ofrecer o administrar fondos de capital privado sin estar habilitado legalmente para realizar dicha actividad.

3. Delegar de cualquier manera las responsabilidades que como administrador o gestor profesional del fondo de capital privado le corresponden, según sea el caso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.7.2.2 del Decreto 2555 de 2010.

4. Aceptar las participaciones en el fondo de capital privado como garantía de créditos que hayan concedido a los inversionistas de dicho fondo de capital privado.

5. Invertir los recursos del fondo de capital privado en valores cuyo emisor, avalista, aceptante o garante, o para el caso de una titularización, el originador, sea la propia sociedad administradora de fondos de capital privado, o el gestor profesional en caso de existir.

6. Destinar recursos, de manera directa o indirecta, para el apoyo de liquidez de la sociedad administradora de fondos de capital privado, o del gestor profesional en caso de existir, las subordinadas de los mismos, su matriz o las subordinadas de esta.

7. Adquirir para los fondos de capital privado, sea directa o indirectamente, la totalidad o parte de los valores o títulos valores que se haya obligado a colocar por un contrato de colocación bajo la modalidad en firme o garantizado, antes de que hubiere finalizado dicho proceso. Lo anterior no obsta para que la sociedad administradora de fondos de capital privado adquiera para el fondo de capital privado, títulos o valores de aquellos que se ha obligado a colocar, una vez finalice el proceso de colocación.

8. Identificar un producto con la denominación “fondo de capital privado” sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente libro.

9. Utilizar, directa o indirectamente, los activos de los fondos de capital privado para otorgar reciprocidades que faciliten la realización de otras operaciones por parte de la sociedad administradora de fondos de capital privado, del gestor profesional en caso de existir, o de personas vinculadas con estos, ya sea mediante la adquisición o enajenación de valores a cualquier título, la realización de depósitos en establecimientos de crédito, o de cualquier otra forma.

10. Ejercer, directa o indirectamente, los derechos políticos de las inversio-

nes de un fondo de capital privado, en favor de la sociedad administradora de fondos de capital privado o de personas vinculadas a esta, o de sujetos diferentes del propio fondo de capital privado, o de uno o más inversionistas del fondo de capital privado.

11. Aparentar operaciones de compra y venta de valores o demás activos que componen el portafolio del fondo de capital privado.

12. Manipular el valor del portafolio de los fondos de capital privado o el valor de sus participaciones.

13. No respetar la priorización o prelación de órdenes de negocios en beneficio de la sociedad administradora de fondos de capital privado, del gestor profesional en caso de existir, de sus matrices, subordinadas, otros fondos de capital privado administrados por la sociedad administradora, o gestionados por el gestor profesional en caso de existir, o de terceros en general.

14. Utilizar los recursos del fondo de capital privado para otorgar créditos a otros fondos de capital privado administrados por la misma sociedad administradora. Prohibición que aplicará de igual manera para los fondos de capital privado gestionados por un mismo gestor profesional.

15. Abstenerse de asegurar un rendimiento determinado.

(D. 2555/2010, art. 3.3.5.1.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuáles son las situaciones de conflictos de interés aplicables a la sociedad fiduciaria y/o gestor profesional de los fondos de capital privado?

[§ 786] Se entenderán como situaciones generadoras de conflictos de interés, que deben ser administradas y reveladas por las sociedades fiduciarias administradoras de fondos de capital privado, y por el gestor profesional en caso de que exista, entre otras:

1. La celebración de operaciones donde concurran las órdenes de inversión de varios fondos de capital privado, fondos de inversión colectiva, fideicomisos o portafolios administrados por una misma sociedad, o gestionados por un mismo gestor profesional en caso de existir, sobre los mismos valores o derechos de contenido económico, caso en el cual se deberá realizar una distribución de la inversión sin favorecer ninguno de los vehículos partícipes, en detrimento de los demás, según se establezca en el código de gobierno corporativo.

2. La inversión directa o indirecta que la sociedad fiduciaria administradora de fondos de capital privado, o el gestor profesional en caso de existir, pretenda hacer en los fondos de capital privado que administra o gestiona, según el caso, evento en el cual, en el reglamento, deberá establecerse expresamente: a) el objetivo y justificación de la inversión; b) el porcentaje máximo de participaciones que la respectiva entidad podrá suscribir al momento de realizar la inversión; c) el plazo mínimo en el que la sociedad administradora, o el gestor profesional en caso de existir, deberá conservar las participaciones que haya adquirido, y d) las condiciones bajo las cuales la sociedad administradora o el gestor profesional podrán enajenar dichas participaciones. En todo caso deberán revelarse y administrarse las posibles situaciones de conflictos de interés que se generen con la inversión o desinversión que se realice en los términos descritos en el presente numeral.

3. La inversión directa o indirecta de los recursos del fondo de capital

privado en valores cuyo emisor, avalista, aceptante, garante u originador de una titularización sea la matriz, las subordinadas de esta o las subordinadas de la sociedad fiduciaria administradora, o del gestor profesional en caso de existir. Esta inversión solo podrá efectuarse a través de sistemas de negociación de valores debidamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

4. La realización de depósitos en cuentas corrientes o de ahorros en la matriz o las subordinadas de esta. En ningún caso el monto de estos depósitos podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de los activos del respectivo fondo de capital privado. Prohibición que no aplicará durante los primeros seis (6) meses de operación del fondo de capital privado, en cuyo caso, el monto de los depósitos mencionados en el presente numeral, no podrá superar el treinta por ciento (30%) del valor de los activos del respectivo fondo de capital privado.

5. La celebración de operaciones de endeudamiento que impliquen apalancamiento para el fondo de capital privado, directa o indirectamente, con la matriz, las subordinadas de esta o las subordinadas de la Sociedad Fiduciaria Administradora, o del gestor profesional en caso de existir, en cuyo caso el límite de endeudamiento deberá ser establecido como proporción de los activos administrados o compromisos de capital en el respectivo reglamento del fondo de capital privado.

6. Comprar o vender para el fondo de capital privado, directa o indirectamente, activos que pertenezcan a los socios, representantes legales o empleados de la Sociedad Fiduciaria Administradora de Fondos de Capital Privado, o del gestor profesional en caso de existir, o a sus cónyuges, compañeros permanentes, parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, o a sociedades en que estos sean beneficiarios reales del veinticinco por ciento (25%), o más del capital social, salvo que el comité de vigilancia lo haya autorizado.

7. Actuar, directa o indirectamente, como contraparte del fondo de capital privado que administra, en desarrollo de los negocios que constituyen el giro ordinario de este, salvo que el comité de vigilancia lo haya autorizado. Lo establecido en el presente numeral también resulta aplicable para la realización de operaciones entre fondos de capital privado, fondos de inversión colectiva, fideicomisos o portafolios administrados por la misma sociedad, o gestionados por el gestor profesional en caso de existir.

8. Realizar operaciones para el fondo de capital privado con sujetos a los cuales el gestor profesional preste sus servicios profesionales.

9. La celebración de operaciones activas de crédito con la matriz, las subsidiarias de esta o sociedades vinculadas a la Sociedad Fiduciaria Administradora, así como del gestor profesional, en caso de existir.

10. La relación directa e indirecta del gestor profesional del fondo de capital privado con la sociedad administradora, sus accionistas o directivos.

Para efectos de lo establecido en los numerales 4 y 5 se deberán incluir a las entidades vinculadas que la Superintendencia Financiera de Colombia defina para efectos de consolidación de operaciones y de estados financieros de entidades sujetas a su supervisión, con otras entidades sujetas o no a su supervisión.

(D. 2555/2010, art. 3.3.5.1.2. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuáles son los derechos de los inversionistas?

[§ 787] Además de lo expresamente pactado en el reglamento y de aquellos asignados por normas especiales, por las normas de protección al consumidor financiero y por las normas de protección a los inversionistas en el mercado de valores, los inversionistas o los beneficiarios designados por ellos, tendrán los siguientes derechos:

1. Participar en los resultados económicos generados del giro ordinario de las operaciones del fondo de capital privado.

2. Examinar los documentos relacionados con el fondo de capital privado, incluida la valoración, en la forma y términos previstos en el reglamento, a excepción de aquellos que se refieran exclusivamente a los demás inversionistas, los cuales nunca podrán ser consultados por inversionistas diferentes del propio interesado.

El reglamento deberá incluir la oportunidad para ejercer dicho examen, el cual tendrá lugar, cuando menos, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación de cada semestre calendario.

3. Negociar sus participaciones en el fondo de capital privado, de conformidad con la naturaleza de los documentos representativos de dichas participaciones.

4. Solicitar la redención total o parcial de sus participaciones en el fondo de capital privado, de conformidad con lo establecido en el reglamento.

5. Ejercer los derechos políticos derivados de su participación, a través de la asamblea de inversionistas.

6. Recibir un trato igualitario cuando se encuentre en igualdad de circunstancias objetivas con otros inversionistas del mismo fondo de capital privado.

7. Solicitar aclaración sobre la información entregada por la sociedad administradora y/o el gestor profesional.

(D. 2555/2010, art. 3.3.8.5.1. Sustituido. Libro 3. Parte 3. D. 1984/2018, art. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de las diferencias de los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva?

[§ 787-1] DOCTRINA.—**Los fondos de inversión colectiva y los fondos de capital privado tienen características especiales que los diferencian.** "(...) Por otra parte, los elementos diferenciadores entre los FIC y los FCP se decantan a partir de la definición y política de inversión de estos últimos. En particular, los FCP son FIC cerrados y "(...) deben destinar 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 (...)" (art. 3.3.2.1.1., D. 2555/2010), y así mismo, su política de inversión debe "(...) estar definida de manera previa y clara en el reglamento y deberá contemplar el plan de inversiones, indicando el tipo de empresas o proyectos en las que se pretenda participar y los criterios para la selección, dentro de los cuales se incluirá información sobre los sectores económicos en que se desarrolla la inversión o proyecto, así como el área geográfica de su localización (art. 3.3.2.3.1.)".

Para mayor ilustración, se destacan las principales diferencias entre los FIC y los FCP:

PRINCIPALES DIFERENCIAS	FIC	FCP
Constitución y trámite ante la Superintendencia Financiera (SFC)	Requiere autorización de la SFC, la cual se otorga si reúne los requisitos del artículo 3.1.1.3.1 del Decreto 2555 de 2010. En este punto ver los regímenes de autorización establecidos en el numeral 7 del Capítulo III, Título VI, Parte III, de la CBJ.	No requiere autorización de la SFC, pero debe allegar la documentación enunciada en el artículo 3.3.2.2.1 del Decreto 2555 de 2010, junto con el reglamento del FCP.
Tipos	Abiertos y cerrados (art. 3.1.1.2.2, D. 2555/2010). Abiertos con pacto y sin pacto de permanencia. (art. 3.1.1.2.3, D. 2555 /2010).	Cerrados (art. 3.3.2.1.1, D. 2555/2010).
Monto mínimo total de participaciones	No inferior al equivalente a treinta y nueve mil quinientos (39.500) Unidades de Valor Tributario (UVT). (art. 3.1.1.3.5., D. 2555/2010).	N.A.
Unidades de participación	Pueden o no ser valores dependiendo de la naturaleza y la estructuración del FIC (arts. 3.1.1.6.3 y 3.1.1.6.4., D. 2555/2010).	Necesariamente son valores (art. 3.3.2.2.7, D. 2555/2010).
Gestión	Podrá ser desarrollada directamente por la sociedad administradora del FIC o por un gestor externo o por un gestor extranjero en los términos establecidos en Libro 1 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010.	Podrá ser desarrollada directamente por la sociedad administradora del FCP, o por un gestor profesional en los términos establecidos en el Libro 3 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010.
Límites a la participación por inversionista	Durante la vigencia del FIC un solo inversionista no podrá permanecer directa o indirectamente a través de una cuenta ómnibus, una participación que exceda el porcentaje del valor del patrimonio del fondo que establezca la sociedad administradora en el reglamento (art. 9º, D. 265, mar. 5/2024, mediante el cual modifica el art. 3.1.1.6.2., D. 2555/2010).	Cuando se trate de clientes inversionistas el monto no podrá ser superior al 20% de sus ingresos anuales o de su patrimonio, el que resulte mayor. (art. 3.3.2.2.3., D. 2555/2010).
Gerente	Siempre deberá tener un gerente. (art. 3.1.5.2.1., D. 2555/2010).	Cuando no cuente con un gestor profesional, deberá tener un gerente (art. 3.3.7.3.1, D. 2555/2010).

(Superfinanciera. Conc. 2024013689-001, mar. 14/2024).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva inmobiliarios?

[§ 788] DOCTRINA.—**Los fondos de inversión colectiva inmobiliarios y los fondos de capital privado pueden invertir en inmuebles y proyectos de construcción que tengan como fin su remodelación y comercialización.** "(...) En relación con los FIC, debe precisarse que, el artículo 3.5.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 define los Fondos de Inversión Colectiva Inmobiliaria como aquellos FIC cerrados cuya política de inversión prevea una concentración mínima del 75% de los activos totales de fondo.

Por su parte, el artículo 3.5.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 establece las clases de activos en que podrán invertir los FIC Inmobiliarios y los FCP que tengan por objeto la inversión en inmuebles, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 3.3.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, en este sentido podrán invertir en:

"1. Bienes inmuebles, ubicados en Colombia o en el exterior;

2. Títulos emitidos en procesos de titularización hipotecaria o inmobiliaria;

3. Derechos fiduciarios de patrimonios autónomos conformados por bienes inmuebles o que tengan por finalidad el desarrollo de proyectos inmobiliarios;

4. Participaciones en fondos de inversión inmobiliaria del exterior que tengan características análogas a los Fondos de Inversión Colectiva inmobiliaria (...);

5. Participaciones en otros Fondos de Inversión Colectiva Inmobiliarios locales (...);

6. Proyectos inmobiliarios, ubicados en Colombia o en el exterior, consistentes en la construcción, renovación, remodelación, comercialización, o explotación a cualquier título, de bienes inmuebles, con miras a obtener para el Fondo de Inversión Colectiva Inmobiliaria una rentabilidad derivada de la valorización del inmueble, de la enajenación o explotación de unidades de construcción o, en general, del beneficio obtenido en el desarrollo del proyecto inmobiliario.

7. Acciones o cuotas de interés social emitidas por compañías nacionales o extranjeras cuyo objeto exclusivo sea la inversión en bienes inmuebles o en proyectos inmobiliarios, o ambos, siempre y cuando el fondo de inversión colectiva inmobiliaria inversionista tenga la calidad de accionista o socio único o mayoritario de la compañía receptora de la inversión, salvo que esta se encuentre listada en una bolsa de valores autorizada o reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en cuyo caso la participación podrá ser minoritaria

En el reglamento del Fondo de Inversión Colectiva Inmobiliaria deberán señalarse las reglas que determinarán la diversificación por tipos de activos admisibles. (...)".

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo precitado, se encuentra que, es posible que a través de un FIC Inmobiliario o un FCP se inviertan en proyectos inmobiliarios que tengan como fin su remodelación y comercialización, entre otros desarrollos, y producto de lo anterior, el fondo y sus respectivos inversionistas perciban rentabilidad generada". (Superfinanciera. Conc. 2024013689-001, mar. 14/2024).

CAPÍTULO SÉPTIMO

Régimen de protección al consumidor financiero

El consumidor financiero

¿Quién es el consumidor financiero?

[§ 789] El consumidor financiero es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. d)).

¿Quién es considerado cliente?

[§ 790] Es considerado cliente la persona natural o jurídica con quien la entidad fiduciaria establece relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. a)).

¿Quién es el usuario?

[§ 791] Es usuario la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad fiduciaria.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. b)).

¿Quién es el cliente potencial?

[§ 792] El cliente potencial es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad fiduciaria, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. c)).

¿Cuál es el propósito de un régimen especial de protección a los consumidores financieros?

[§ 793] El propósito es:

(i) Fortalecer la normatividad existente sobre la materia,

(ii) Buscar el equilibrio contractual entre las partes y

(iii) Evitar la asimetría en la información.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.1. inc. 1º).

¿Cuál es el régimen aplicable a las relaciones entre el consumidor financiero y la sociedad fiduciaria?

[§ 794] El régimen aplicable es el de protección al consumidor financiero contenido en la Ley 1328 de 2009 y las normas que la complementen, modifiquen o sustituyan y, de manera supletoria y residual, en lo no previsto en ella, le serán aplicables las normas del régimen general contenido en el estatuto del consumidor de que trata la Ley 1480 de 2011.

(L. 1328/2009, art. 1º, L. 1480/2011, art. 1º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la aplicación, en las relaciones con los consumidores financieros, del Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011?

[§ 795] DOCTRINA.—**Se aplicará a las relaciones con los consumidores financieros, preferentemente, el régimen especial contenido en la Ley 1328 de 2009 y de forma supletoria y residual el régimen general de la Ley 1480 de 2011.** Para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 aplican o no a las relaciones con los consumidores financieros, se debe revisar en cada caso si la Ley 1328 de 2009 regula la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a la general contenida en el Estatuto del Consumidor. "I. Aplicación de la Ley 1480 de 2011 frente al Régimen de Protección al Consumidor Financiero y rol de los Defensores del Consumidor Financiero —DCF—.

En este aparte es importante señalar que lo plasmado en el presente oficio expresa la posición institucional de esta Superintendencia, dado el concepto emitido por la Dirección Jurídica.

1. Aplicación de la Ley 1480 de 2011.

Como es sabido, con la expedición de la Ley 1328 de 2009, el legislador consagró, en su Título I, un régimen especial de protección al consumidor en materia financiera, bursátil y aseguradora, en el cual, entre otras cosas, se ocupó de, ***i)*** señalar las definiciones dentro de las cuales se enmarca el citado régimen de protección, ***ii)*** consagrar un conjunto de derechos en cabeza del consumidor financiero, ***iii)*** establecer obligaciones especiales a cargo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y ***iv)*** puntualizar las funciones y condiciones del Defensor del Consumidor Financiero.

De manera específica, el artículo 1º de la citada ley dispuso que dicho régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplan medidas e instrumentos especiales de protección.

Posteriormente, ante la necesidad de ajustar y actualizar la normatividad general que en materia de protección al consumidor existía, entre otros aspectos, el legislador expidió la Ley 1480 de 2011 y previó en el inciso segundo de su artículo 2º que la misma aplica en general a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía "*respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley*".

Así las cosas, es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema.

En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor.

(Superfinanciera, Conc. 2013008465-008, jul. 8/2013).

¿La Superintendencia Financiera de Colombia tiene facultades jurisdiccionales en relación con los asuntos contenciosos que se susciten entre los consumidores financieros y la fiduciaria?

[§ 796] Sí, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene facultades jurisdiccionales para conocer los asuntos contenciosos que se susciten entre los consumidores financieros y la sociedad fiduciaria, cuando aquellos opten por someterlos al conocimiento de esa autoridad.

Los asuntos serán fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

(L. 1480/2011, art. 57, inc. 1º).

¿Cuáles controversias puede conocer la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de su facultad jurisdiccional?

[§ 797] La Superintendencia Financiera podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades sometidas a su vigilancia, relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad fiduciaria financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

(L. 1480/2011, art. 57, inc. 2º).

¿Cómo se ha pronunciado la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con su función jurisdiccional?

[§ 798] JURISPRUDENCIA.—***Las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera son en derecho y con carácter definitivo.*** *"Con la entrada en vigencia el 12 de abril de 2012 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), se dotó a la Superintendencia Financiera de Colombia de funciones jurisdiccionales para resolver en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, las controversias que surjan entre los consumidores financieros y sus entidades vigiladas, relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (art. 57 lb).*

Adicionalmente, dentro de las disposiciones especiales que introdujo la citada Ley, específicamente en lo atinente al ejercicio de la acción de protección al consumidor, el numeral 3º de su artículo 58 señaló que la misma, cuando se derive de controversias contractuales, deberá promoverse, "a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato". (Superfinanciera, Fallo Jurisdiccional 201206 7570, Exp. Rad. 2012-0041, ene. 16/2013).

¿Cuál es el procedimiento a seguir en los procesos de acción de protección de los consumidores financieros tramitados ante la Superintendencia Financiera?

[§ 799] Dichos procesos se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las reglas especiales previstas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Productos, servicios y contratos

¿Qué es un producto?

[§ 800] Se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas a las fiduciarias que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. e)).

¿Qué es un servicio?

[§ 801] Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. e)).

¿Cuáles son los contratos de adhesión?

[§ 802] Son los contratos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones son generales, uniformes y predeterminadas, por lo que no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

También se consideran contratos de adhesión aquellos contratos fiduciarios que contienen cláusulas y/o condiciones predeterminadas y a los que, una vez celebrados, adhieren otros fideicomitentes, quienes solo pueden expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. f); Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.2, inc. 1º).

¿Cuáles son los contratos de prestación masiva?

[§ 803] Son los contratos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios o 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.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, num. 3º, subnum. 3.2, inc. 2º).

¿Qué prohíbe la ley respecto de los contratos de adhesión?

[§ 804] Se prohíben las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las sociedades fiduciarias derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas sociedades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración.

f) La inclusión de cláusulas potestativas en las cuales se concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato.

g) Consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los deberes que le corresponden.

h) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

(L. 1328/2009, art. 11; Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte II, Tít. II, Cap. I, numeral 2, subnums. 2.2.1.3, 2.2.1.5 y 2.2.1.6).

¿Qué exige la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con la información en los contratos de adhesión o de utilización masiva de las fiduciarias?

[§ 805] En relación con los contratos de adhesión o de utilización masiva, la Superintendencia Financiera de Colombia exige que toda cláusula limitativa y en general, las sanciones, penalizaciones o cláusulas penales a cargo de los fideicomitentes o beneficiarios, se presenten en caracteres destacados, en la primera página del contrato y se deje constancia, en el momento de la suscripción o celebración del contrato, de que el firmante las conoció y aceptó.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3.4.7, inc. 2º).

¿Qué implica la utilización de cláusulas abusivas?

[§ 806] Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

(L. 1328/2009, art. 11, par).

¿De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia y respecto de las sociedades fiduciarias, cuáles cláusulas se consideran abusivas en los contratos de adhesión?

[§ 807] De acuerdo con la Superintendencia Financiera, salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas:

1. Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de la fiduciaria sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero, por ejemplo:

1.1. Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a la fiduciaria, tales como:

a) Las que imponen al consumidor financiero asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por éstos o por un tercero.

b) Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.

c) Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada, cuando el perjuicio a que haya lugar sea consecuencia del mal uso de la misma por parte de la fiduciaria.

d) Las que expresen que la fiduciaria no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada.

e) Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la fiduciaria en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa.

f) Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la fiduciaria por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones.

g) Las que establecen que la fiduciaria no será responsable por los daños o perjuicios derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de sus respectivas páginas de internet, ni de las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la web.

h) Las que disponen que la fiduciaria no garantiza que su sitio web ni que el acceso a este sea libre de errores, o que el servicio o el servidor estén libres de virus u otros agentes nocivos, programas fraudulentos que de cualquier manera puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información.

i) Las que establecen que la fiduciaria no responderá por la exactitud, veracidad, oportunidad e integridad de la información contenida en sus respectivos sitios web.

j) Las que eximen de responsabilidad a la fiduciaria por el desembolso de depósitos a terceros no autorizados o por el pago de cheques falsos.

k) Las que establecen que la fiduciaria no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada.

l) Las que restrinjan el derecho de los consumidores financieros a acudir al defensor del consumidor financiero o a la SFC para la resolución de las controversias, cuando se ha pactado un mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolverlas.

m) En los casos previstos en el literal g) del artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, las que limitan el pago anticipado total o parcial de las obligaciones, la posibilidad de elegir si se hace abonar a capital con disminución de plazo o abonar a capital con disminución del valor de la cuota de la obligación.

n) Las que imponen que el consumidor financiero asuma toda la responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada.

o) Las que exoneran de toda responsabilidad a las entidades vigiladas en caso de pérdida o hurto de instrumentos, títulos o claves y limitan el derecho del consumidor financiero de demostrar que efectivamente la entidad vigilada incurrió en dolo o culpa.

p) Las que establecen que el consumidor financiero no recibirá extractos, cuentas de cobro, estados de cuentas o documentos similares, cuando incurra en mora.

q) Las que incluyan espacios en blanco y para su diligenciamiento no

haya instrucciones claras en la carta de instrucciones.

r) Sin perjuicio de los deberes de custodia y diligencia del consumidor financiero, las que imponen que este asuma de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos o claves para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, títulos, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por un tercero.

s) Las que eximen de responsabilidad por dolo o culpa a la entidad vigilada respecto de la continuidad del servicio y de los riesgos a los que se encuentra expuesta la infraestructura tecnológica de su sistema de pagos y su operación.

t) Las que eximen de responsabilidad a la entidad vigilada por dolo o culpa cuando el consumidor financiero no pueda efectuar operaciones por fallas en los sistemas, las comunicaciones, o los canales, o por defectos en sus productos o suspensión del servicio.

u) Las que eximen de responsabilidad a la entidad vigilada por dolo o culpa por la pérdida de los extractos cuando se remiten en forma física o por correo electrónico.

v) Las que establecen la exoneración de responsabilidad por depósitos que se efectúen bajo denominación o número de cuenta incorrecto cuando estos sean indicados por el consumidor financiero, pero que la entidad vigilada estaba en capacidad de prevenir.

w) Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada, cuando la entidad vigilada no haya dispuesto de mecanismos idóneos para verificar adulteraciones o falsificaciones a dichos documentos o, cuando habiendo dispuesto de ellos, las adulteraciones o falsificaciones eran notorias.

x) Las que establezcan que la entidad vigilada no es responsable respecto de los perjuicios o daños derivados de virus, equipos o programas inadecuados o fraudulentos que puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información administrada por la entidad.

y) Las que establecen que la entidad no será responsable por las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la página web.

1.2. Cláusulas que autoricen a la fiduciaria para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley, tales como:

a) Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a la fiduciaria la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos; por ejemplo, aquellas referidas a modificaciones o imposición de mayores tarifas o costos de los productos o servicios.

b) Las que autorizan a la fiduciaria como intermediaria de valores la realización de operaciones sin que medie una instrucción previa y expresa de los consumidores financieros, cuando ésta se requiera.

c) Las que señalan un plazo determinado para que el consumidor financiero se pronuncie respecto del contenido de

los extractos, y si éste no lo objetare, se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas.

d) Las que, para la terminación del contrato o cancelación de un producto o servicio, impongan al consumidor financiero el cumplimiento de requisitos mayores a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas o costos a los legalmente establecidos.

e) Las que autorizan a las sociedades fiduciarias vigiladas a compartir los datos personales del consumidor financiero sin que haya autorización, previa y expresa, por parte de la ley o del consumidor financiero.

2. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros, como por ejemplo las siguientes:

2.1. Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:

a) Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.

b) Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.

c) Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad vigilada.

d) Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquéllos establecidos en la ley.

2.2. Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:

a) Las que impongan directa o indirectamente al consumidor financiero la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue.

b) Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.

c) Las que facultan a la fiduciaria a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.

3. Otras cláusulas abusivas:

3.1. Cláusulas que autorizan a la sociedad fiduciaria para cobrar por servicios no prestados o por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional, como por ejemplo las siguientes:

a) Las que disponen que las sociedades fiduciarias podrán realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a realizar dicha labor.

b) Las que establecen que el hecho de que la cuenta de cobro no le haya sido enviada al consumidor financiero, no lo releva de efectuar el pago en la oportunidad convenida, salvo que se trate de créditos respecto de los cuales el monto y la fecha se hubiere determinado de manera previa y expresa con exactitud.

c) Las que buscan reportar una ventaja para el proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo

de sus derechos, en el desarrollo de los negocios fiduciarios.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 6.1).

¿Qué se considera como prácticas abusivas?

[§ 808] Se consideran prácticas abusivas por parte de las sociedades fiduciarias las siguientes:

a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad fiduciaria de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor financiero.

c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las prácticas abusivas están prohibidas y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley.

(L. 1328/2009, art. 12).

¿De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia y respecto de las sociedades fiduciarias, qué otras prácticas se consideran abusivas en los contratos de adhesión?

[§ 809] De acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, además de las previstas en el art. 12 de la Ley 1328 de 2009, se consideran prácticas abusivas las siguientes:

1. Redactar los contratos con letras ilegibles y difíciles de leer a simple vista.

2. No entregar o no poner a disposición de los consumidores copia de los contratos, ni de los reglamentos de los productos o servicios contratados.

3. Realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática.

4. Cobrar al consumidor financiero por servicios o productos, sin que exista conocimiento previo, autorización o consentimiento expreso de este.

5. Limitar el derecho de los consumidores financieros a dar por terminado los contratos, salvo que se trate de contratos irrevocables.

6. Obligar a los consumidores financieros a declarar que conocen y aceptan los reglamentos, sin haberlos entregado o puesto a su disposición.

7. Las que restrinjan el acceso a un producto o servicio financiero aduciendo la discapacidad del consumidor financiero; o las que exijan documentos diferentes a los contemplados en la ley para acreditar los apoyos elegidos para las personas en condición de discapacidad.

8. Las que nieguen la apertura o el uso de los productos y servicios financieros a consumidores financieros por razones de sexo, raza, origen, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión u orientación sexual.

9. Las que obstaculicen la cancelación de productos o servicios financieros a través de procedimientos administrativos internos adicionales a los previstos en la ley o en el contrato de adhesión que rige su prestación; o por la causación de cuotas adicionales, luego de que se

ha solicitado el cierre del producto y ha cesado su utilización.

10. Todas aquellas conductas que contravengan las cláusulas abusivas contempladas en la ley o en la Circular Básica Jurídica.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 6.2).

Relaciones entre el consumidor financiero y las entidades fiduciarias

¿Qué principios deben regir las relaciones entre el consumidor financiero y el fiduciario?

[§ 810] Los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades fiduciarias, son los siguientes:

a) Debida diligencia;

b) Libertad de elección;

c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna;

d) Responsabilidad de la entidad fiduciaria en el trámite de quejas;

e) Manejo adecuado de los conflictos de interés, y

f) Educación para el consumidor fiduciario

(L. 1328/2009, art. 3º).

¿En qué consiste el deber de diligencia?

[§ 811] Las fiduciarias deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

En virtud de lo anterior, las relaciones entre las sociedades fiduciarias y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.

Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. a)).

¿Qué es la libertad de elección?

[§ 812] Las fiduciarias y los consumidores financieros pueden escoger libremente a sus respectivas contrapartes en la celebración de los contratos mediante los cuales se instrumente el suministro de productos o la prestación de servicios que las primeras ofrezcan.

La negativa en la prestación de servicios o en el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. b)).

¿En qué consiste el deber de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna?

[§ 813] Consiste en el deber de suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que les permita, especialmente, conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las fiduciarias.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. c)).

¿Qué responsabilidad tienen las fiduciarias en el trámite de quejas?

[§ 814] Las fiduciarias tienen la responsabilidad de atender eficiente y debidamente, en los plazos y condiciones previstos en la regulación vigente, las quejas o reclamos interpuestos por los consumidores financieros y, tras la identificación de las causas generadoras de las mismas, diseñar e implementar las acciones de mejora necesarias oportunas y continuas.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. d)).

¿Qué tratamiento deben dar las fiduciarias a los conflictos de interés que surjan en sus relaciones con los consumidores financieros?

[§ 815] Las sociedades fiduciarias deben administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. e)).

¿En qué consiste el principio de educación de los consumidores financieros?

[§ 816] Las sociedades fiduciarias, la asociación de fiduciarias, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en el sector fiduciario y financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios fiduciarios que ofrecen las fiduciarias, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos.

(L. 1328/2009, art. 3º, lit. f)).

Derechos y prácticas del consumidor financiero

¿Cuáles son los derechos de los consumidores financieros?

[§ 817] Sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, los consumidores financieros tendrán, durante todos los momentos de su relación con la sociedad fiduciaria, entre otros, los siguientes derechos:

a) En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de la sociedad fiduciaria productos y servicios fiduciarios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por esta.

b) Tener a su disposición, en los términos de ley, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información proporcionada por la respectiva sociedad fiduciaria deberá ser tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios fiduciarios ofrecidos en el mercado.

c) Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las sociedades fiduciarias.

d) Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios fiduciarios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las sociedades fiduciarias, así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos.

e) Presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, solicitudes, quejas o reclamos ante la sociedad fiduciaria, el defensor del consumidor financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación.

f) Los demás derechos que establezca la ley y los contemplados en las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

(L. 1328/2009, art. 5º. Adicionado. L. 1555/2012, art. 1º).

¿En qué consiste la queja o reclamo?

[§ 818] Es la manifestación de inconformidad expresada por un consumidor financiero respecto de un producto o servicio adquirido, ofrecido o prestado por la sociedad fiduciaria y puesta en conocimiento de esta, del defensor del consumidor financiero, de la Superintendencia Financiera de Colombia o de las demás instituciones competentes, según corresponda.

(L. 1328/2009, art. 2º, lit. g)).

¿Pueden asociarse los consumidores financieros para defender sus derechos?

[§ 819] Los consumidores financieros podrán apoyarse en grupos u otras organizaciones de consumidores para la defensa de sus derechos de conformidad

con la legislación vigente para tales efectos.

(L. 1328/2009, art. 4º).

¿Cuáles deben ser las prácticas que deben adoptar los consumidores financieros?

[§ 820] Los consumidores financieros deben adoptar las siguientes prácticas de protección propia:

a) Cerciorarse si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentra autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensan adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la fiduciaria sobre el manejo de productos o servicios fiduciarios.

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.

e) Informarse sobre los órganos y medios de que dispone la fiduciaria para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.

f) Obtener una respuesta oportuna a cada solicitud de producto o servicio.

(L. 1328/2009, art. 6º).

¿Qué implica la no adopción de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros?

[§ 821] El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las sociedades fiduciarias y las autoridades competentes.

De igual manera, no exime a las fiduciarias de las obligaciones especiales consagradas en la Ley 1328 de 2009 respecto de los consumidores financieros.

(L. 1328/2009, art. 6º, par. 1º).

¿Qué otro deber tiene el consumidor financiero?

[§ 822] Los consumidores financieros tendrán el deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las sociedades fiduciarias y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran.

Del mismo modo, informarán a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.

(L. 1328/2009, art. 6º, par. 2º).

Obligaciones de las sociedades fiduciarias

¿Cuáles son las obligaciones especiales de las sociedades fiduciarias?

[§ 823] Las sociedades fiduciarias tienen las siguientes obligaciones especiales:

a) Suministrar información al público respecto de los defensores del consumidor financiero, de conformidad con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Entregar el producto o prestar el servicio fiduciario debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos.

c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios fiduciarios ofrecidos en el mercado.

d) Contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), en los términos indicados en la Ley 1328 de 2009, en los decretos que la reglamenten y en las instrucciones que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia.

e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

f) Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio fiduciario, los derechos y obligaciones, la remuneración de la fiduciaria y la forma para determinarla.

g) Abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero, de acuerdo con los términos establecidos en las normas sobre la materia, y tener a disposición de este los comprobantes o soportes de los pagos, transacciones u operaciones realizadas por cualquier canal ofrecido por la sociedad fiduciaria. La conservación de dichos comprobantes y soportes deberá atender las normas sobre la materia.

h) Abstenerse de realizar cobro alguno por concepto de gastos de cobranza prejudicial de la sin haberse desplegado una actividad real encaminada efectivamente a dicha gestión, y sin haber informado previamente al consumidor financiero el valor de los mismos. Las gestiones de cobro deben efectuarse de manera respetuosa y en horarios adecuados.

i) Guardar la reserva de la información suministrada por el consumidor financiero y que tenga carácter de reservada en los términos establecidos en las normas correspondientes, sin perjuicio de su suministro a las autoridades competentes.

j) Dar constancia del estado y/o las condiciones específicas de los productos a una fecha determinada, cuando el consumidor financiero lo solicite, de conformidad con el procedimiento establecido

para el efecto, salvo aquellos casos en que la sociedad fiduciaria se encuentre obligada a hacerlo sin necesidad de solicitud previa.

k) Atender y dar respuesta oportuna a las solicitudes, quejas o reclamos formulados por los consumidores financieros, siguiendo los procedimientos establecidos, para el efecto, por la ley.

l) Proveer los recursos humanos, físicos y tecnológicos para que en las sucursales y agencias se brinde una atención eficiente y oportuna a los consumidores financieros.

m) Permitir a sus clientes la consulta gratuita, al menos una vez al mes, por los canales que la entidad señale, del estado de sus productos y servicios.

n) Contar en su sitio en internet con un enlace al sitio de la Superintendencia Financiera de Colombia dedicado al consumidor financiero.

o) Reportar a la Superintendencia Financiera de Colombia, en la forma que esta señale, el precio de todos los productos y servicios que se ofrezcan de manera masiva. Esta información deberá ser divulgada de manera permanente por cada sociedad fiduciaria en sus oficinas, los cajeros de su red y su página de internet.

p) Dar a conocer a los consumidores financieros, por el respectivo canal y en forma previa a la realización de la operación, el costo de la misma, brindándoles la posibilidad de efectuarla o no.

q) Disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan.

r) Colaborar oportuna y diligentemente con el defensor del consumidor financiero, las autoridades judiciales y administrativas y los organismos de autorregulación en la recopilación de la información y la obtención de pruebas, en los casos que se requieran, entre otros, los de fraude, hurto o cualquier otra conducta que pueda ser constitutiva de un hecho punible realizada mediante la utilización de tarjetas débito, la realización de transacciones electrónicas o telefónicas, así como cualquier otra modalidad.

s) No requerir al consumidor financiero información que ya repose en la sociedad fiduciaria o en sus dependencias, sucursales o agencias, sin perjuicio de la obligación del consumidor financiero de actualizar la información que de acuerdo con la normatividad correspondiente así lo requiera.

t) Desarrollar programas y campañas de educación financiera a sus clientes sobre los diferentes productos y servicios fiduciarios; obligaciones y derechos de estos y los costos de los productos y servicios que prestan, mercados y tipo de entidades vigiladas, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la protección de sus derechos, según las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

u) Las demás previstas en ley 1328 de 2009, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.

(L. 1328/2009, art. 7º).

Información al consumidor financiero

¿Qué información se le debe suministrar al consumidor financiero?

[§ 824] En desarrollo del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las sociedades fiduciarias deben informar a los consumidores financieros, como mínimo:

1. Las características de los productos o servicios;

2. Los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos,

3. Las medidas para el manejo seguro del producto o servicio;

4. Las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato; y

5. La demás información que la sociedad fiduciaria estime conveniente para que el consumidor financiero comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.

En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.

(L. 1328/2009, art. 9º, inc. 1º).

¿Qué información se le debe suministrar al consumidor financiero en la etapa precontractual?

[§ 825] Previo a la celebración de cualquier contrato, las sociedades fiduciarias deberán proveer e informar al potencial cliente lo siguiente:

1. Una lista detallada, de manera gratuita, de todos los cargos o costos por utilización de los servicios o productos que ofrece.

2. Los demás aspectos que puedan implicar un costo para el consumidor financiero, como sería la exención o no del gravamen a las transacciones financieras, entre otros.

3. Si dentro de sus reglamentos tienen contemplada la obligatoriedad de las decisiones del defensor del cliente, así como el rango o tipo de quejas a las que aplica.

4. Los canales a través de los cuales puede conocer y es publicada cualquier modificación de las tarifas o costos, que se pueda efectuar en desarrollo del contrato celebrado con la fiduciaria.

Esta información deberá ser suministrada a los clientes de la sociedad fiduciaria, con una periodicidad por lo menos anual.

(L. 1328/2009, art. 9º, par. 1º).

¿Qué información debe publicar la sociedad fiduciaria para consulta del consumidor financiero?

[§ 826] Las sociedades fiduciarias deberán publicar en su página de internet para consulta de los consumidores financieros el texto de los modelos de los contratos estandarizados que estén empleando con su clientela para los distintos productos fiduciarios que ofrecen, en la forma y condiciones que señale la Superintendencia Financiera de Colombia.

(L. 1328/2009, art. 9º, par. 2º).

¿Qué información y con qué periodicidad deberá publicar la Superintendencia Financiera para conocimiento del consumidor financiero?

[§ 827] La Superintendencia Financiera de Colombia deberá publicar trimestralmente, en periódicos nacionales y regionales de amplia circulación, y en forma comparada, el precio de todos los productos y servicios que las sociedades fiduciarias ofrezcan de manera masiva.

(L. 1328/2009, art. 9º, par. 3º).

¿Cuál es la finalidad de la información divulgada y suministrada por la sociedad fiduciaria al consumidor financiero?

[§ 828] La información divulgada y suministrada por la sociedad fiduciaria al consumidor financiero tiene la siguiente finalidad:

1. Dotar a los consumidores financieros de elementos y herramientas suficientes para la toma de decisiones.

2. Facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, y

3. Propender porque los consumidores financieros conozcan los derechos y obligaciones pactadas.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.2.1).

¿Cuál son los requisitos de la información que se suministre al consumidor financiero?

[§ 829] Además de cumplir con la finalidad de la información prevista en el subnumeral 3.2.1 del numeral 3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, como mínimo, debe:

1. Ser cierta, suficiente y corresponder a lo ofrecido o previamente publicitado.

2. Ser clara y comprensible.

3. Ser divulgada o suministrada oportunamente.

4. Encontrarse vigente al momento en que se suministre o divulgue, indicándose el tiempo de vigencia y la fecha de la última actualización.

5. Ser entregada o estar permanentemente disponible para los consumidores financieros, como mínimo en los sitios web de las entidades vigiladas y en sus oficinas.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.2.2).

¿Cómo debe ser la difusión de la información a los consumidores financieros?

[§ 829-1] Las entidades vigiladas deben atender las siguientes instrucciones en la difusión de la información a los consumidores financieros:

a) La información debe ser divulgada a través de mecanismos que garanticen la observancia de los requisitos señalados en el subnumeral precedente.

b) Los criterios empleados para la selección de tales mecanismos deben estar debidamente documentados.

c) Las entidades vigiladas deben divulgar las medidas, canales e instrumentos que implementen para la atención a personas con cualquier tipo de discapacidad y adultos mayores.

d) La información que suministren las entidades vigiladas a los consumidores

financieros directamente o a través de terceros (asesores, agentes comerciales, entre otros) debe ser concordante con aquella contenida en los contratos correspondientes y la divulgada o publicitada por la entidad a través de los diferentes medios y/o canales; y ajustarse a la realidad jurídica y económica del servicio promovido.

e) La información actualizada de los productos, canales, puntos de atención, servicios y tarifas, puede ser puesta a disposición de terceros desarrolladores de API (*Application Programming Interface*) o de cualquier otro mecanismo que permita el intercambio automático de información, en las condiciones que cada entidad determine y con la debida gestión de los riesgos asociados a este intercambio.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.2.3).

¿Qué condiciones debe cumplir la información que se suministre a través de los canales de prestación u ofrecimiento de productos o servicios?

[§ 829-2] La información que se suministre a través de los distintos canales de prestación u ofrecimiento de los productos o servicios de las entidades vigiladas debe cumplir con las siguientes condiciones:

a) Dar a conocer a sus clientes y usuarios, en forma previa a la realización de la operación, el costo de la misma, si lo hay, brindándoles la posibilidad de efectuarla o no. En este evento sin generación de cobro alguno. Tratándose de cajeros automáticos la obligación sólo aplica para operaciones realizadas en el territorio nacional y cuyo autorizador tenga domicilio en Colombia.

b) Establecer las condiciones bajo las cuales los clientes podrán ser informados en línea acerca de las operaciones realizadas con sus productos.

c) Informar adecuadamente a los clientes respecto de las medidas de seguridad que deben tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, así como los procedimientos para el bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos.

Las entidades que presten servicios a través de corresponsales móviles deben implementar estrategias para informar a los consumidores financieros sobre la manera de identificarlos. Así mismo, deben contar con mecanismos que les permita a los clientes confirmar si quien ofrece el servicio está autorizado para tal propósito.

Para la prestación del servicio fuera de línea, las entidades deben informar a los consumidores financieros sobre esta alternativa, explicándoles las características de estas operaciones, las condiciones de registro de las mismas, y las medidas de seguridad que se deben adoptar para su realización.

d) Establecer y publicar por los canales de distribución, en los que sea posible, las medidas de seguridad que debe adoptar el cliente para el uso de los mismos.

Para la prestación de servicios a través de corresponsales móviles, la entidad debe mantener, permanentemente y a disposición de los consumidores financieros, el listado actualizado de los corresponsales habilitados por la entidad para la prestación de servicios.

e) Diseñar procedimientos para dar a conocer a los clientes, usuarios y funcionarios, los riesgos derivados del uso de los diferentes canales e instrumentos para la realización de operaciones.

f) Generar un soporte al momento de la realización de cada operación monetaria. Dicho soporte debe contener al menos la siguiente información: fecha, hora (hora y minuto), código del dispositivo (para Internet: la dirección IP desde la cual se hizo la misma; para dispositivos móviles: el número desde el cual se hizo la conexión), número de la operación, costo para el cliente o usuario, tipo de operación, entidades involucradas (si a ello hay lugar) y número de las cuentas que afectan.

Se deben ocultar los números de las cuentas con excepción de los últimos 4 caracteres, salvo cuando se trate de la cuenta que recibe una transferencia. Cuando no se pueda generar el soporte, se debe advertir previamente al cliente o usuario de esta situación.

Para el caso de IVR y dispositivos móviles se entenderá cumplido el requisito establecido en este numeral cuando se informe el número de la operación. Para los pagos sin contacto no será obligatoria la entrega del soporte impreso de la operación, salvo que sea solicitado por el cliente.

Las operaciones que se realicen fuera de línea, a través de un corresponsal móvil, deben contar con un soporte físico que garantice el no repudio por parte de la entidad y que dé cuenta de la operación efectuada por el consumidor financiero.

Dicho soporte debe contener al menos la fecha, hora, código del corresponsal, número de la operación, costo para el consumidor y tipo y monto de operación y debe servir como mecanismo de confirmación de la misma.

g) La prestación de servicios a través de corresponsales exige el diseño de una estrategia que le permita a la entidad vigilada informar a los clientes y usuarios, las características del servicio prestado a través de los corresponsales, las operaciones realizadas a través de estos, las medidas de seguridad que deben tomar para su realización y los medios a través de los cuales podrá comunicar a la entidad vigilada cualquier falla o irregularidad en la prestación del servicio.

En todo caso, las entidades vigiladas son las únicas responsables de que las actividades de promoción y publicidad que efectúen los corresponsales se adelanten conforme a lo establecido en el EOSF, a lo dispuesto en el Título 9 del Libro 36 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, así como en los instructivos expedidos por la Superfinanciera.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.2.4).

¿Qué reglas deben cumplir las entidades vigiladas a través de los sitios web?

[§ 829-3] Las entidades vigiladas deben observar las siguientes reglas, en sus respectivos sitios web:

a) Deben implementar en la página de inicio de sus sitios web un vínculo con el nombre “información sobre productos y servicios”.

b) La información correspondiente a cada producto o servicio comercializado, debe estar publicada individualmente, de forma tal que el consumidor financiero pueda conocerla en detalle y sin que dé lugar a confusión con otro producto o servicio.

c) Las tarifas y tasas de interés deben ser informadas de manera individual, es decir, respecto de cada producto o servicio.

d) Los contratos, reglamentos o anexos que se publiquen en los sitios web deben

tener la fecha de la última actualización y mostrar los cambios o modificaciones efectuadas.

e) Los canales habilitados para la realización de trámites y la realización de las operaciones, junto con sus correspondientes restricciones y condiciones.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.2.5).

¿Qué especificidades de la información deben suministrar las entidades vigiladas al consumidor financiero?

[§ 829-4] Las **t**arifas de los productos y servicios, teniendo presente los principios de libertad, legalidad, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, estabilidad, correspondencia y eficiencia de costos definidos en el artículo 2.35.4.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

Las entidades vigiladas deben divulgar a los consumidores financieros la siguiente información relacionada con las tarifas respecto de cada producto o servicio ofrecido comercialmente:

3.3.1.1. Tarifas por concepto de administración y/o cuotas de manejo de los productos, servicios e instrumentos para la realización de operaciones.

3.3.1.2. El precio de todos los productos y servicios que se ofrezcan de manera masiva. Esta información debe ser divulgada de manera permanente por cada entidad vigilada en sus oficinas, los cajeros de su red y su página de internet.

3.3.1.3. Tarifas por el uso de canales e instrumentos de distribución de los productos. No obstante, en el evento en el que el consumidor no reciba el servicio que demandó, por razones que no le sean atribuibles, no podrá generarse el cobro de ninguna tarifa a los consumidores.

3.3.1.4. Cargos tributarios del producto o servicio respecto de los cuales la entidad vigilada actúe como agente retenedor, indicando el porcentaje o monto de los mismos.

3.3.1.5. Monto correspondiente a las sanciones pecuniarias establecidas por incumplimientos contractuales.

3.3.1.7. Tarifas que se cobren por concepto de extractos, certificaciones y otros servicios prestados por la entidad a los usuarios de las operaciones no monetarias.

3.3.1.8. Cualquier cobro o pago adicional que deban efectuar los consumidores financieros, diferente de los mencionados en los numerales anteriores.

3.3.1.9. Los costos de retiros efectuados en cajeros electrónicos ubicados en el exterior, podrán superar los límites establecidos para los retiros locales si los establecimientos de crédito acreditan que los costos de la operación superan la tarifa máxima establecida en el artículo 2.35.4.2.4 del Decreto 2555 de 2010, con la presentación de una certificación en la que se indique que por virtud de los contratos celebrados con las entidades del exterior, los costos para esta operación superan la tarifa máxima que se encuentre vigente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. I, num. 3, subnum. 3.3).

¿Qué información y cuándo se le debe notificar al consumidor financiero una vez celebrado el negocio fiduciario?

[§ 830] Cualquier modificación a las condiciones del contrato que fueren factibles o procedentes atendiendo el marco normativo específico de cada producto fiduciario y las disposiciones

generales de la Ley 1328 de 2009; así como las específicas de otras normas, deberá ser notificada previamente a los consumidores financieros en los términos establecidos en el contrato.

En el evento en que la sociedad fiduciaria incumpla esta obligación, el consumidor financiero tendrá la opción de finalizar el contrato sin penalidad alguna, sin perjuicio de las obligaciones que según el mismo contrato deba cumplir.

(L. 1328/2009, art. 10).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina en relación con la educación financiera que deben ofrecer a los clientes de las entidades financieras conforme el régimen de protección al consumidor financiero?

[§ 831] DOCTRINA.—**Los programas de educación financiera tienen un componente pedagógico y son independientes y adicionales a la publicidad de la entidad.** "(...) Es de advertir que la **Educación Financiera** a la que se refiere el Régimen de Protección al Consumidor Financiero es única y hace relación a los programas y campañas que faciliten a los consumidores financieros la adopción de decisiones informadas, tras la comprensión de las características de los productos, sus derechos, obligaciones y mecanismos de protección y en tal sentido no debe ni puede confundirse con lo que se entiende por **publicidad,** entendida ésta como un factor interno de mercadeo que, con mensajes pagados en medios masivos de comunicación, busca persuadir a grupos seleccionados de personas para obtener actitudes favorables hacia un producto o servicio.

Siendo claro que las entidades financieras para la promoción de sus productos deben dar estricto cumplimiento a las normas sobre programas publicitarios atrás indicadas, en materia de educación y tal como lo señala la Circular Externa 015 de 2010, los programas de educación financiera serán **independientes y adicionales a la publicidad propia de la entidad**. En ese sentido y si bien en tales programas las normas exigen contenidos generales para comprender los derechos y las obligaciones de las partes o los mecanismos de protección y opciones para solución de controversias, es claro también que éstos adquieren particularidades específicas de acuerdo al tipo de contrato (producto o servicio) de que se trate, siendo necesario por ejemplo complementar las características principales de un producto o servicio, con el fin de contribuir al conocimiento y prevención de los riesgos que se deriven de la utilización de los mismos por parte de los consumidores financieros. Ello no implica que cuando la entidad se refiera a productos o servicios en general, en sus programas o campañas de educación financiera, ello se confunda o utilice para la promoción de productos y servicios o líneas de negocios.

En todo caso, corresponde a cada entidad determinar la vía a través de la cual desarrollar los planes y programas de educación financiera diseñados, a la vez que realizar una difusión activa de los mismos en el marco de las normas sobre la materia, estableciendo una clara y correcta atribución de responsabilidades y funciones que deben alinearse con las etapas y elementos del Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC y, por supuesto, dar cumplimiento a todas la normativa que corresponda, incluso respecto de la publicidad. (...)". (Superfinanciera, Conc. 2014023357-001, mar. 18/2014).

Sistema de Atención al Consumidor Financiero

¿Qué sistema deben implementar las sociedades fiduciarias para la adecuada atención al consumidor financiero y por qué debe propender?

[§ 832] Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben implementar un Sistema de Atención a los Consumidores Financieros SAC, el cual debe propender porque:

(i) Se consolide al interior de cada entidad una cultura de atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros;

(ii) Se adopten sistemas para suministrarles información adecuada;

(iii) Se fortalezcan los procedimientos para la atención de sus quejas, peticiones y reclamos; y

(iv) Se propicie la protección de los derechos del consumidor financiero, así como la educación financiera de estos.

Adicionalmente, las entidades vigiladas, a través del SAC, deben evitar afectaciones reales o potenciales a los derechos del consumidor financiero derivadas de acciones u omisiones que hagan parte de su cultura organizacional durante el ciclo de vida del producto o por el incumplimiento de la regulación que les aplique.

1.1.1. Para el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el presente capítulo se deben tener en cuenta los siguientes conceptos:

1.1.1.1. **Principio de trato justo:** En desarrollo de este principio las entidades vigiladas deben garantizar en el diseño, ofrecimiento y prestación de productos y servicios:

1.1.1.1.1. Productos y servicios que atiendan las necesidades y expectativas de los consumidores financieros.

1.1.1.1.2. Acceso y suministro de información clara, transparente y oportuna, acorde con las necesidades y perfil del consumidor financiero, en todo el ciclo de vida del producto.

1.1.1.1.3. Inexistencia de barreras para movilizarse entre diferentes productos, servicios y entidades financieras.

1.1.1.1.4. Inexistencia de barreras para interponer quejas o reclamos.

1.1.1.2. **Cultura organizacional:** Constituye el factor determinante de las conductas de las entidades vigiladas o sus funcionarios que comprende los valores, actitudes, comportamientos y normas internas.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.1. inc. 2º).

¿Qué debe contener el Sistema de Atención al Consumidor?

[§ 833] El Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC) que deberá contener como mínimo:

a) Las políticas, procedimientos y controles adoptados por la fiduciaria para procurar la debida protección del consumidor financiero y que propicien un ambiente de atención y respeto para el mismo. Los objetivos fundamentales de estas políticas serán las siguientes:

(i) Procurar la educación financiera de sus clientes respecto de las diferentes operaciones, servicios, mercados y tipo de actividad de las sociedades fiduciarias, así como respecto de los diferentes mecanismos establecidos para la protección de sus derechos.

(ii) Capacitar a sus funcionarios, para el ofrecimiento, asesoría y prestación de los servicios o productos a los consumidores financieros.

(iii) Instruir a todos sus funcionarios respecto de la figura, funciones, procedimientos y demás aspectos relevantes, relacionados con el defensor del consumidor financiero de la respectiva fiduciaria.

b) Los mecanismos que favorezcan la observancia de los principios, las obligaciones y los derechos consagrados en la Ley 1328 de 2009 y otras relacionadas;

c) Los mecanismos para suministrar información adecuada en los términos previstos en la Ley 1328 de 2009, en otras disposiciones y en las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia;

d) El procedimiento para la atención de peticiones, quejas o reclamos;

e) Los mecanismos que le permitan a las sociedades fiduciarias la producción de estadísticas sobre tipologías de quejas en aras de establecer oportunidades de mejora y acciones correctivas.

(L. 1328/2009, art. 8º).

¿Cuáles son los elementos mínimos para la implementación del SAC?

[§ 833-1] Los elementos mínimos para la implementación del SAC son:

1. Políticas;
2. Procedimientos;
3. Documentación;
4. Estructura organizacional;
5. Infraestructura;
6. Capacitación de funcionarios;
7. Régimen de educación financiera;
8. información al consumidor financiero.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5).

¿Cuáles son las políticas que se deben adoptar en la implementación del SAC?

[§ 833-2] La junta directiva de las entidades vigiladas, debe adoptar políticas (lineamientos generales y particulares) respecto de:

a) La **debida** atención, **trato justo**, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros.

Estas políticas deben ser claras, aplicables y estar en concordancia con los objetivos previstos en el literal a) del artículo 8º de la Ley 1328 de 2009. En este sentido las políticas que adopten las entidades deben cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

1. Procurar la **debida** atención, **trato justo**, protección, **respeto y servicio** al consumidor financiero.

2. Propiciar un ambiente de debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio por el consumidor financiero.

3. Impulsar a nivel institucional la cultura en materia de debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio al consumidor financiero.

4. Establecer el deber de los órganos de administración, de control y de sus demás funcionarios, de asegurar el cumplimiento de la estrategia, políticas y normas internas y externas para la protección, debida

atención, trato justo, respeto y servicio del consumidor financiero.

5. Permitir la prevención y resolución de conflictos de interés en el marco del SAC.

6. Establecer aspectos relativos a la atención de personas en situación de discapacidad.

b) La administración y funcionamiento del SAC, de manera que cada uno de los elementos y etapas del sistema cuenten con políticas claras y efectivamente aplicables y conduzcan a un adecuado funcionamiento del mismo.

c) La provisión de recursos humanos, físicos y tecnológicos necesarios para el adecuado funcionamiento del SAC.

d) Igualmente, la junta directiva o el consejo de administración debe establecer los mecanismos y controles necesarios para asegurar el cumplimiento estricto de dichas políticas y de las normas que le son aplicables al SAC.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.1.1).

¿Cuáles son los procedimientos que se deben tener en cuenta en la implementación del SAC?

[§ 833-3] Las entidades vigiladas deben establecer, especialmente, procedimientos aplicables para la adecuada implementación y funcionamiento del SAC, contemplando como mínimo:

1. La instrumentación de los diferentes elementos y etapas del SAC.

2. La evolución de los controles adoptados por la entidad.

3. La adopción de medidas en caso de que los funcionarios, administradores y terceros incumplan el SAC.

4. La evaluación y medición de la efectividad del sistema.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnums. 1.5.2).

¿Qué debe contemplar el procedimiento para la atención efectiva y debida de las peticiones, quejas o reclamos que formulen los consumidores financieros?

[§ 833-4] El procedimiento debe contener plazos de respuesta razonables que no excedan los términos definidos en el subnumeral 8.2.2 del Capítulo II del Título IV de la Parte I de la CBJ y determinar las personas o áreas responsables de atenderlas de acuerdo con las razones que la motivan, y la forma y contenido como deben presentarse.

La respuesta que se brinde a los consumidores financieros debe ser concreta, clara, suficiente, oportuna, y atender cada uno de los puntos indicados por el consumidor financiero; y

1. El análisis de los motivos de las peticiones, quejas o reclamos para el diseño y desarrollo de las acciones de mejora necesarias, oportunas y continuas.

2. La revisión de las solicitudes y recomendaciones que formulen los defensores del consumidor financiero —DCF— en ejercicio de sus funciones.

3. La atención de los consumidores financieros que se encuentren en situación de discapacidad.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.2.2).

¿Qué debe incluir la documentación para la implementación del SAC?

[§ 833-5] La documentación debe incluir, como mínimo:

1. El manual del SAC en el que se desarrollen todos los aspectos aquí previstos.

2. Los registros y demás elementos que evidencien la operación efectiva del SAC, y

3. Los informes que la junta directiva o el consejo de administración, el representante legal y los órganos de control deben elaborar.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.3).

¿Qué se debe definir en la estructura organizacional de la entidad vigilada?

[§ 833-6] En la estructura organizacional de las entidades vigiladas, se deben definir claramente los niveles de responsabilidad encargados de atender los asuntos relacionados con el SAC, precisando su alcance y límites. En especial le corresponde a:

1. La Junta directiva.

a) Establecer las políticas relativas al SAC, a que se refiere el subnumeral 1.5.1 de la Circ. Básica Jurídica 29/2014 Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II.

b) Aprobar el manual del SAC y sus actualizaciones.

c) Pronunciarse respecto de cada uno de los aspectos que contengan los informes periódicos que rinda el representante legal respecto del SAC, así como sobre las evaluaciones periódicas que efectúen los órganos de control.

d) Verificar que la política de incentivos implementada por la entidad vigilada evite conductas que afecten los derechos del consumidor financiero.

e) Aprobar los lineamientos estratégicos de la entidad vigilada que promuevan la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros.

2. Representante legal.

a) Diseñar y someter a aprobación de la junta directiva el manual del SAC y sus modificaciones.

b) Velar por el cumplimiento efectivo de las políticas establecidas por la junta directiva, relativas al SAC.

c) Establecer las medidas relativas a la capacitación e instrucción de los funcionarios de todas las áreas de la entidad en materia de debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros, en especial a los involucrados en estas funciones.

d) Diseñar y establecer los planes y programas de educación y de información a los consumidores financieros.

e) Establecer mecanismos para realizar un seguimiento permanente del SAC.

f) Velar por la correcta aplicación de los controles.

g) Presentar un informe periódico, como mínimo semestral, a la junta directiva sobre la evolución y aspectos relevantes del SAC, particularmente:

1. La gestión realizada por la administración de la entidad para identificar, medir, controlar y monitorear todos aquellos hechos o situaciones que vulneren o que puedan potencialmente vulnerar los derechos a la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio de los consumidores financieros;

2. Las acciones preventivas y correctivas implementadas o por implementar para identificar y corregir los motivos que generan las inconformidades y que dan lugar a las quejas o reclamos por

parte de los consumidores financieros (causa raíz), y

3. el área responsable de ejecutar dichas medidas.

3. Órganos de control.

En ejercicio de sus funciones, la revisoría fiscal, la auditoría interna o quien ejerza las funciones de control interno, serán responsables de evaluar periódicamente el cumplimiento de todas y cada una de las etapas del SAC con el fin de determinar las deficiencias y el origen de las mismas.

Así mismo, los órganos de control deben elaborar un informe periódico, como mínimo semestral, dirigido a la junta directiva o el consejo de administración, en el que se reporten las conclusiones obtenidas acerca del proceso de evaluación del cumplimiento de las normas e instructivos sobre el SAC.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.4.3).

¿Cómo debe ser la infraestructura?

[§ 833-7] La infraestructura física, técnica y el personal debe ser el necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del SAC deben reconocer el tamaño de las entidades vigiladas, sus actividades y volumen de sus negocios.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.5).

¿Cómo debe ser la capacitación e instrucción a los funcionarios?

[§ 833-8] Las entidades vigiladas deben diseñar, programar y coordinar planes anuales de capacitación e instrucción dirigidos a todas las áreas de la entidad sobre las políticas y estrategias de la entidad para la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio al consumidor financiero.

Para las áreas involucradas en la atención y servicio de los consumidores financieros, los planes de capacitación e instrucción deben involucrar, por lo menos, todos los aspectos y elementos que componen el SAC, y realizarse, como mínimo, una vez por semestre.

Tales programas deben, cuando menos, cumplir con las siguientes condiciones:

1. Incluir la visión estratégica de la entidad vigilada, en especial, respecto de la cultura organizacional para la atención y protección de los consumidores financieros.

2. Ser impartidos durante el proceso de inducción de los nuevos funcionarios y con la periodicidad indicada en el numeral 1.5.6 de la Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Título III, Capítulo II.

3. Mantenerse constantemente revisados y actualizados.

4. Contar con los mecanismos de evaluación de los resultados obtenidos con el fin de determinar la eficacia de dichos programas y el alcance de los objetivos propuestos.

5. Incluir aspectos relativos a la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio de personas en situación de discapacidad.

Así mismo, las entidades deben instruir a todos los funcionarios de las áreas involucradas en la atención y servicio de los consumidores financieros respecto de las funciones, procedimientos y demás aspectos relevantes, relacionados con el defensor del consumidor financiero de la respectiva entidad.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum. 1.5.6).

¿Cuáles son las etapas del SAC?

[§ 833-9] Las entidades vigiladas que implementen el SAC deben incluir las siguientes etapas: identificar, medir, controlar y monitorear todos aquellos hechos o situaciones que puedan incidir en la debida atención y protección a los consumidores financieros, incluyendo aquellos servicios tercerizados por la entidad vigilada que impliquen contacto directo con el consumidor financiero.

a) Identificación: Las entidades deben establecer todos aquellos hechos o situaciones que puedan afectar la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros. Los motivos de peticiones, quejas o reclamos deben ser tenidos en cuenta para establecer acciones de mejora eficientes respecto de los mismos.

b) Medición: Las entidades deben medir la posibilidad y probabilidad de ocurrencia de los eventos que afecten la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros y su impacto en caso de materializarse.

c) Control: Las entidades deben tomar medidas para controlar los eventos o situaciones que puedan afectar la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio a los consumidores financieros con el fin de disminuir la probabilidad de ocurrencia, así como la implementación de acciones de mejoras oportunas y continuas respecto de las quejas o reclamos que se presenten.

d) Monitoreo: Las entidades deben hacer un monitoreo constante para velar porque las medidas que hayan establecido sean efectivas. Para el efecto, estas deben cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos:

1. Contemplar un proceso de seguimiento efectivo, que facilite la rápida detección y corrección de las deficiencias en el SAC. En cualquier caso, el seguimiento debe realizarse con una periodicidad mínima semestral.

2. Contener indicadores descriptivos y/o prospectivos que evidencien los potenciales hechos o situaciones que puedan afectar la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio al consumidor financiero.

3. Asegurar que los controles estén funcionando en forma oportuna, efectiva y eficiente.

4. Establecer mecanismos que les permitan a las entidades la producción de estadísticas sobre tipologías de quejas, y cualquier otro tipo de reclamos de origen judicial o administrativo.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.6).

¿Cuál es el régimen general de educación financiera que deben diseñar las entidades vigiladas?

[§ 833-10] En concordancia con lo establecido en el subnumeral 1.4.1. del Capítulo II, del Título III de la Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circ. Básica Jurídica 29/2014) de la Superfinanciera, las entidades vigiladas deben diseñar programas y campañas de educación financiera, dirigidos a sus consumidores financieros, respecto de las diferentes operaciones, servicios, mercados y tipos de actividad que desarrollan, de manera que estos puedan tomar decisiones informadas y conocer los diferentes mecanismos para la protección de sus

derechos, así como las distintas prácticas de protección propia.

Tales programas y campañas deben, entre otros, ser de fácil entendimiento para los consumidores financieros, independientes y adicionales a la publicidad propia de la entidad, contribuir al conocimiento y prevención de los riesgos que se deriven de la utilización de productos y servicios, familiarizar al consumidor financiero con el uso de la tecnología en forma segura y ser accesibles para los consumidores financieros en situación de discapacidad.

En desarrollo de esta instrucción las entidades vigiladas pueden adelantar las campañas y programas de educación directamente o a través de las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, los organismos de autorregulación y demás entidades de que trata el literal f) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, así como contar con el apoyo de organizaciones sin ánimo de lucro para adelantar este tipo de actividades.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnum 1.5.7.1).

¿Qué mecanismos debe contener el SAC para el suministro de la información a los consumidores financieros y qué aspectos deben informar las entidades vigiladas en cumplimiento de este deber?

[§ 833-11] El SAC que desarrollen las entidades vigiladas debe contener mecanismos eficientes para suministrar información adecuada a los consumidores financieros en los términos previstos en la ley, en otras disposiciones y en las instrucciones que imparta esta Superintendencia. En cumplimiento de este deber, las entidades deben brindar especialmente, información respecto de:

a) Los diferentes productos y servicios que prestan, así como las tarifas asociadas a los mismos.

b) Los procedimientos para la atención de peticiones, quejas o reclamos que se presenten directamente ante la entidad; y

c) La existencia del defensor del consumidor financiero, las funciones que este desempeña, los procedimientos previstos en las normas vigentes para la atención de peticiones, quejas o reclamos por parte de ellos y los demás aspectos relevantes relacionados con dicha figura en la respectiva entidad. Adicionalmente, atendiendo lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas deben publicar en sus páginas de internet el texto de los contratos estandarizados —entendiéndose como aquellos contratos que se encuentren utilizando las entidades respecto de sus productos y servicios masivos— que estén empleando con sus clientes. Esta información deberá actualizarse cada vez que se realicen modificaciones respecto de dichos textos.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.5., subnums 1.5.8.1., 1.5.8.2. y 1.5.8.3).

¿De conformidad con la Superintendencia financiera, qué se entiende por debida atención y protección al consumidor financiero?

[§ 834] Para efectos del SAC la Superintendencia Financiera de Colombia entiende por debida atención y protección al consumidor financiero el conjunto de actividades que desarrollen las sociedades fiduciarias con el objeto de propiciar un ambiente de protección y respeto por los consumidores financieros. Para ello, deben establecer mecanismos que propendan por la observancia de los principios

orientadores en materia de protección de los derechos del consumidor financiero y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la normatividad vigente.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.3, inc. 1º).

¿Qué deben hacer las sociedades fiduciarias para el logro del ambiente de atención, protección y respeto por el consumidor financiero?

[§ 835] Para el logro del ambiente de atención, protección y respeto por el consumidor financiero, las Sociedades Fiduciarias deben:

1. Adoptar e implementar una cultura al interior de la entidad que garantice la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, con el fin de que estos reciban productos que se ajusten a sus necesidades y a su perfil, así como la información y la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan o pretendan establecer con aquéllas.

2. Procurar una adecuada educación del consumidor financiero donde los programas y campañas de educación financiera atiendan las distintas necesidades y perfiles de los consumidores financieros.

3. Suministrar al consumidor financiero información cierta, suficiente, clara y oportuna, que les permita a estos conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos de los diferentes productos y servicios.

4. Para el caso particular de las administradoras del SGP, estas entidades deben tener en cuenta, además de los principios establecidos en la Ley 1328 de 2009 aquellos señalados particularmente en el artículo 2.6.10.1.2 del Decreto 2555 de 2010, así como los deberes de asesoría, información y el deber del buen consejo previstos en el artículo 2.6.10.2.3 de la norma en mención.

5. Establecer medidas específicas relativas a la debida atención, trato justo, protección, respeto y servicio de los consumidores financieros que se encuentren en situación de discapacidad. Dichas medidas deben incluir políticas, procedimientos y aspectos relacionados con la atención adecuada que considere las condiciones de dichos consumidores financieros.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 1.3).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto del Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC?

[§ 836] DOCTRINA.—**El Sistema de Administración de Atención al Consumidor SAC es de carácter preventivo y tiene como función principal, identificar, medir, controlar y monitorear todos los eventos, incluidos los PQRs, que afectan la atención al Consumidor Financiero.** "(...) El Sistema de Atención al Consumidor Financiero de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, se constituye en una forma organizada de hacer de cara y en beneficio del consumidor financiero; como Sistema, tiene igualmente las etapas de identificación, medición, control y monitoreo de eventos (no de riesgos), en este caso hechos o situaciones que puedan afectar la debida atención al consumidor financiero, eventos que no son únicamente los PQR, pues recordemos que el espíritu de la Ley 1328 de 2009 en el Título de Protección al Consumidor Financiero, es en esencia preventivo. Así, no solo la queja, petición o solicitud del consumidor financiero pueden considerarse como eventos, sino también por ejemplo situaciones identificadas por los funcionarios o por los Defensores del Consumidor Financiero como probables y cuya ocurrencia puede impactar al consumidor

financiero, a fin de, una vez identificadas, diseñar e implementar acciones de mejora oportunas, permanentes y específicas si así se requiere. (Se anota igualmente que los PQR se constituyen sólo en la fase correctiva de los mismos).

Ahora bien, es claro que el SAC se apoya en sistemas ya establecidos como en el caso del SARO y en general todos los procesos y procedimientos de los sistemas de administración de riesgos, seguridad de la información y el Sistema de Control Interno, pero ello no significa otra cosa, sino que el trabajo respecto de SAC puede partir de allí, a fin de no duplicar las gestiones y aprovechar lo existente.

(...).

En ese sentido es claro que debe documentarse cada etapa y elemento del SAC, los manuales, registros y operaciones, así como mantener el soporte de los informes de la Junta Directiva o Consejo de Administración, Representante Legal y de los Órganos de Control respectivamente, tal como lo establece la Circular Externa 015* en el elemento "Documentación" pues todo ello permitirá, entre otros aspectos, probar dicha suficiencia.

De igual manera el seguimiento a través de indicadores de gestión garantiza que el personal que desarrolla actividades dentro de los procesos es competente y se actualiza constantemente en el uso de métodos y herramientas para la ejecución de las actividades asignadas y el cumplimiento de los objetivos a partir de estándares definidos". (Superfinanciera. Conc. 2010085429-002, ene. 20/2011).

***NOTA:** Circular Externa 015 de 2010 de la Superintendencia mediante la cual imparte instrucciones a las entidades vigiladas sobre la implementación del SAC en cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley 1328 del 2009.

Defensor del consumidor financiero

¿Deben las fiduciarias contar con un defensor del consumidor financiero?

[§ 837] Sí. Las fiduciarias en su calidad de sociedades de servicios financieros, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deben contar con un defensor del consumidor financiero.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.1., inc. 1º modificado parcialmente por D. 2076/2017, art. 5º, L. 1328/2009, art. 13, inc. 1º).

Requisitos del defensor del consumidor financiero

¿Qué requisitos debe acreditar el defensor del consumidor financiero?

[§ 838] El defensor del consumidor financiero deberá acreditar:

a) La calidad de conciliador con el objeto de poder ejercer la función establecida en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009.

b) Conocimientos en las materias objeto de protección del consumidor, así como en derecho comercial, financiero, de seguros o de valores, preferiblemente relacionados con el sector fiduciario, sector al que pertenece la Sociedad Fiduciaria en la cual el defensor ejercerá sus funciones.

c) Como mínimo cinco (5) años de experiencia profesional o estudios espe-

cializados en las áreas específicas en el sector financiero, fiduciario, y de valores, según corresponde a la Sociedad Fiduciaria en la cual desempeñará sus funciones, contada a partir de la fecha de grado profesional.

d) Conducta idónea y solvencia moral. Para efectos del cumplimiento de este requisito, la fiduciaria debe examinar todos los aspectos de la conducta del defensor que le satisfaga desde el punto de vista de las condiciones profesionales y personales.

e) No estar incurso en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en los incisos 3 y 4 del artículo 17 de la Ley 1328 de 2009.

Los requisitos y calidades previstas serán exigibles a los defensores del consumidor financiero principales y suplentes.

(L. 1328/2009, art. 18).

¿Qué criterios deben tener en cuenta las entidades vigiladas para la designación del defensor del consumidor financiero?

[§ 838-1] En adición a los requisitos legales establecidos en el artículo 18 de la Ley 1328 de 2009 y normas que la modifiquen o adicionen, y en ejercicio de la facultad prevista en el inciso tercero de dicho artículo, para la designación del Defensor del Consumidor Financiero las entidades vigiladas deben tener en cuenta, como mínimo, los siguientes criterios:

1. Si el postulado presta sus servicios como Defensor del Consumidor Financiero en otras entidades vigiladas, evento en el cual se debe evaluar: (i) la disponibilidad de tiempo; (ii) los recursos humanos, físicos y tecnológicos para el ejercicio de su labor, y (iii) la existencia de conflictos de interés.

2. Si el postulado presta sus servicios o desempeña funciones distintas a las propias del cargo de Defensor del Consumidor Financiero en la sociedad matriz, filiales o subsidiarias de la entidad vigilada.

3. Si el postulado tiene sanciones en firme proferidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de la Economía Solidaria o la Superintendencia de Sociedades, así como por los órganos disciplinarios de los organismos de autorregulación.

4. Si el postulado tiene sanciones disciplinarias en firme proferidas por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial u órgano equivalente.

5. Si el postulado tiene antecedentes en la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación o la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

6. Si el postulado se encuentra reportado en una lista internacional vinculante para Colombia.

Además de los anteriores criterios, las entidades vigiladas podrán establecer otros que estimen convenientes. En todo caso, deben evaluar, documentar y tener a disposición de la Superintendencia Financiera, el análisis realizado frente a cada uno de ellos, y respecto de todas aquellas situaciones que puedan comprometer la autonomía e independencia del postulado.

Del mismo modo, las entidades deben evaluar, documentar y tener a disposición de la Superintendencia Financiera, la revisión de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en los incisos tercero y cuarto del artículo 17 de la Ley 1328 de 2009

y normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.2).

¿Qué información del defensor del consumidor financiero deben suministrar al público las entidades vigiladas?

[§ 838-2] De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 7º de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas tienen la obligación de hacer pública, informando permanentemente a sus consumidores financieros, la existencia y funciones del Defensor del Consumidor Financiero, los medios para contactarlo, los derechos que les asisten para presentar sus quejas, la forma de interponerlas y el procedimiento para resolverlas.

El artículo antes mencionado, pretende que los consumidores financieros conozcan acerca de la posibilidad de acudir al Defensor del Consumidor Financiero como un instrumento de protección de sus derechos; protección que debe entenderse de conformidad con el precepto consagrado en el literal a) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, que consagra el deber general de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, de emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios en cuanto desarrollan actividades de interés público, bajo la perspectiva de una atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.3).

¿Cómo deben ser los mecanismos de publicidad y difusión que diseñen las entidades vigiladas para suministrar la información del defensor del consumidor financiero y que deben contener?

[§ 838-3] Los mecanismos de publicidad y de difusión que para tal efecto se diseñen en cada entidad deben ser idóneos, adecuados y permanentes y contener la información correspondiente a cada medio de divulgación, según se indica a continuación:

1. El nombre del Defensor del Consumidor Financiero y de su suplente.

2. Los datos para contactar al Defensor del Consumidor Financiero y a su suplente: tales como, horario de atención, dirección física, teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro mecanismo que permita contactar al Defensor del Consumidor Financiero de manera efectiva.

Las entidades vigiladas deben velar en forma permanente para que la información y los datos de contacto del Defensor del Consumidor Financiero se encuentren actualizados en:

a) Todos los canales de la entidad;

b) El registro de Defensor del Consumidor Financiero de la Superintendencia Financiera de Colombia a que se refiere el artículo 2.34.2.1.3 del Decreto 2555 del 2010 o norma que lo modifique, sustituya o adicione;

c) Las páginas web del DCF, si la hubiere, y

d) Cualquier medio de difusión.

En caso de modificación de los datos del Defensor del Consumidor Financiero o su suplente, la entidad vigilada y el Defensor del Consumidor Financiero deberán hacer las actualizaciones de manera inmediata.

3. Las funciones del Defensor del Consumidor Financiero señaladas en el artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, de manera especial la de poder actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada en los términos indicados en la Ley 640 de 2001*.

En tal sentido, la entidad vigilada deberá informar a los consumidores financieros de manera específica y en lenguaje claro y sencillo, el procedimiento para solicitar la conciliación, la gratuidad de este servicio, los asuntos que son conciliables y los efectos jurídicos de la conciliación, por ejemplo: tránsito a cosa juzgada, mérito ejecutivo, entre otros.

4. La posibilidad que tiene el consumidor financiero de formular sus quejas contra las entidades con destino al Defensor del Consumidor Financiero en cualquier agencia, sucursal, corresponsal u oficina de atención al público o cualquier otro canal de atención dispuesto por la correspondiente entidad, tal como correo electrónico, página web o redes sociales, entre otros. Así mismo, debe informarle la posibilidad de dirigirse al Defensor del Consumidor Financiero con el ánimo de que formule recomendaciones y propuestas ante las vigiladas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre estas y sus consumidores financieros.

5. Para tal efecto, de conformidad con el artículo 16 de la mencionada ley, el Defensor de Consumidor Financiero y las entidades vigiladas, deben garantizar que se atienda en forma eficaz, eficiente y oportuna a los consumidores financieros de todas las zonas del país en las cuales la entidad vigilada preste sus servicios.

6. Señalar que para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor Financiero no se exige ninguna formalidad, sino que basta con indicar el motivo de la misma, describiendo los hechos y los derechos que considere vulnerados, así como la identificación y demás datos que permitan contactar al consumidor financiero para hacerle llegar la correspondiente respuesta.

7. Los asuntos que le corresponde conocer.

8. Una descripción del procedimiento establecido para atender las quejas presentadas con indicación de los tiempos máximos para cada etapa. Los asuntos que se encuentran excluidos de la competencia del Defensor del Consumidor Financiero y los casos en los cuales el Defensor del Consumidor Financiero no puede intervenir o debe suspender su estudio del caso.

9. El derecho que le asiste a los consumidores financieros para escoger entre acudir directamente a la entidad vigilada, al Defensor del Consumidor Financiero, a la Superintendencia Financiera de Colombia o a los organismos de autorregulación, para presentar su queja de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, advirtiendo que cada institución evaluará los trámites dentro del marco de competencia que le corresponda. Para el efecto, deben indicarse claramente los asuntos que están excluidos de la competencia del Defensor del Consumidor Financiero.

10. La indicación del alcance y los efectos de las decisiones del Defensor del Consumidor Financiero en el sentido que estas serán obligatorias cuando, sin perjuicio de su actuación como conciliador de acuerdo con el literal c) del artículo 13 de la antedicha ley, los consumidores y las entidades vigiladas así lo acuerden de manera previa y expresa.

11. La indicación de que el incumplimiento de las normas en materia de protección al consumidor financiero,

incluidas las obligaciones a cargo del Defensor del Consumidor Financiero y de las entidades vigiladas para con él, puede ser sancionado por la Superintendencia Financiera de Colombia en la forma prevista en la parte séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 53 de la Ley 964 de 2005 y demás normas que los modifiquen o sustituyan. Para tales efectos y en desarrollo del deber de debida diligencia en la prestación del servicio antedicho, las entidades vigiladas deben utilizar los siguientes mecanismos para divulgar la existencia del Defensor del Consumidor Financiero, con la información que en cada numeral se indica para cada medio, advirtiendo que estos deben ser suficientes para dar cumplimiento al objetivo de la norma y reemplazarse tantas veces como actualizaciones requieran en atención a las modificaciones que ocurran respecto del Defensor del Consumidor Financiero y de su suplente:

a) Avisos en lugares y con características visibles para el público, los cuales deben colocarse en todas las oficinas, sucursales y agencias de la entidad u oficinas de corresponsalía con la información contenida en los subnumerales 2.3.1., 2.3.2., 2.3.3. y 2.3.4.

b) En las comunicaciones o en los extractos que les envíen a sus clientes incluir una nota que haga referencia a información precisa de ubicación del Defensor del Consumidor Financiero, esto es: dirección física, página web si la hubiere, teléfonos, correo electrónico, fax, entre otros.

c) Folletos informativos mediante los cuales se dé a conocer la institución del Defensor del Consumidor Financiero entregados al nuevo cliente y a disposición de los actuales clientes y usuarios con toda la información indicada en los subnumerales 2.3.1. a 2.3.11.

d) En la página web de inicio de las entidades vigiladas se debe contar con un vínculo permanente denominado "Defensor del Consumidor Financiero" con acceso directo a la información actualizada del DCF a que se refieren los subnumerales 2.3.1. a 2.3.11 del presente capítulo. El vínculo debe estar ubicado de manera visible y ser de fácil acceso para su consulta.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.3, subnums. 2.3.1. a 2.3.11).

***NOTA:** La Ley 640 de 2001, citada en el numeral 3º fue derogada por la Ley 2220 de 2022.

¿Qué asuntos le corresponde conocer al defensor del consumidor financiero?

[§ 838-4] Le corresponde al Defensor del Consumidor Financiero conocer los siguientes asuntos:

1. En cuanto a quejas, en tanto estén referidas a un posible incumplimiento de la entidad vigilada de las normas legales, contractuales o procedimientos internos que rigen la ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos.

2. Como vocero de los consumidores financieros, para presentar recomendaciones y propuestas relacionadas con los servicios y atención a los consumidores financieros, sobre eventos que hubieran merecido su atención y que a su juicio, puedan mejorar y facilitar las relaciones entre la entidad y los consumidores financieros, la correcta prestación del servicio, la seguridad en el desarrollo de las actividades de la entidad y la participación en la identificación de la causa raíz de situaciones que afecten la calidad en los productos y servicios ofrecidos.

3. Como conciliador, para lo cual el consumidor financiero o la entidad vigilada podrán poner el asunto en conocimiento del respectivo Defensor del Consumidor Financiero, indicando de manera explícita su deseo de que el caso sea atendido en desarrollo de la función de conciliación.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.3.7., subnums. 2.3.7.1., 2.3.7.2. y 2.3.7.3).

¿Qué formación debe tener el defensor del consumidor financiero?

[§ 839] El defensor del consumidor financiero deberá ser abogado titulado con formación en conciliación extrajudicial en derecho o mecanismos alternativos de solución de conflictos de acuerdo con lo establecido en la Sección 8 del Capítulo 2 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, o la norma que lo modifique o sustituya, impartida por una entidad avalada por el Ministerio del Interior y de Justicia.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.3. Modificado. D. 1745/2020, art. 73).

¿Quién no puede ser designado como defensor del consumidor financiero?

[§ 840] No podrá ser designado como defensor del consumidor financiero, quien sea o haya sido dentro del año inmediatamente anterior director, empleado, contratista, apoderado o agente de la fiduciaria en la cual va a desempeñarse como defensor, ni de la matriz, filial o subsidiaria de la misma.

En caso de ser designado como defensor del consumidor financiero quien posea acciones de la sociedad fiduciaria, este deberá enajenarlas a persona natural por fuera del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, o a persona jurídica donde no posea ninguna participación accionaria como persona natural directa o indirectamente.

(L. 1328/2009, art. 17, inc. 4º).

¿Qué deber tienen las entidades vigiladas para el ejercicio de la función de conciliación por parte del defensor del consumidor financiero?

[§ 840-1] Para ejercer la función de conciliación contemplada en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas deben garantizar que el Defensor del Consumidor Financiero cuente con mecanismos gratuitos de atención presencial y/o no presencial, propios o mediante convenio, que permitan a los consumidores financieros de cualquier zona del país acceder en forma efectiva a esta instancia de protección.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.6).

¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades de las entidades vigiladas en relación con el defensor del consumidor financiero?

[§ 840-2] Son obligaciones de las entidades vigiladas las siguientes:

1. Obligaciones generales

a) Estimar y disponer los recursos financieros necesarios para garantizar que el Defensor del Consumidor Financiero cuente con la infraestructura física, humana, técnica y tecnológica requerida para el ejercicio de las funciones asignadas, considerando el número de clientes,

productos y operaciones realizadas, así como el promedio de quejas o reclamos atendidos a través de las diferentes instancias en el último año.

b) Establecer indicadores de gestión para evaluar el cumplimiento de las funciones a cargo del Defensor del Consumidor Financiero. Los indicadores de gestión podrán incluir encuestas, sondeos o mecanismos que permitan evaluar dicha gestión por parte del consumidor financiero.

c) Hacer seguimiento a los indicadores de gestión del Defensor del Consumidor Financiero, y adoptar dentro de sus competencias las medidas que estime pertinentes para mejorar la protección y el trato justo a los consumidores financieros.

d) Velar porque el Defensor del Consumidor Financiero cuente con la disponibilidad requerida para dirigir de forma directa el equipo humano que apoya su labor, de forma tal que se propenda por la inmediatez en la atención del consumidor financiero.

e) Velar porque el Defensor del Consumidor Financiero mantenga la independencia y autonomía requerida para el ejercicio de sus funciones.

f) Establecer en sus códigos de gobierno corporativo directrices para el manejo adecuado de los conflictos de interés que puedan surgir en la postulación y designación del Defensor del Consumidor Financiero y en el desarrollo de su labor.

g) Propender porque el equipo humano que apoya la gestión del Defensor del Consumidor Financiero cuente con las calidades personales y profesionales que garanticen el cumplimiento adecuado de las funciones del Defensor del Consumidor Financiero y la prevalencia de los intereses del consumidor financiero frente a cualquier otro interés.

2. Obligaciones de la junta directiva

a) Aprobar los criterios adicionales que deben tenerse en cuenta para la designación del Defensor del Consumidor Financiero, atendiendo las disposiciones legales e instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

b) Revisar y aprobar la política de honorarios del Defensor del Consumidor Financiero, la cual debe estar acorde con el buen desempeño de sus funciones y responsabilidades.

(Circ. Externa 13/2022, Superintendencia Financiera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.7).

¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los representantes legales de las entidades vigiladas en relación con el defensor del consumidor financiero?

[§ 840-3] Son obligaciones de los representantes legales de las entidades vigiladas las siguientes:

1. Proponer a la junta directiva u órgano equivalente los criterios adicionales para la designación del Defensor del Consumidor Financiero si se estiman necesarios y asegurar su implementación.

2. Verificar la gestión realizada por el Defensor del Consumidor Financiero con base en el plan de trabajo por él presentado, los indicadores de gestión, el informe de gestión, entre otros insumos, y presentar un informe a la junta directiva u órgano equivalente.

3. Documentar y reportar a la junta directiva u órgano equivalente, los planes de acción implementados con ocasión de las recomendaciones efectuadas por el Defensor del Consumidor Financiero en cualquier materia.

4. Evaluar la implementación de las recomendaciones que realice el Defensor del Consumidor Financiero, y adoptar dentro de sus competencias las medidas necesarias para procurar la debida protección al consumidor financiero.

5. Presentar ante la asamblea general ordinaria de accionistas u órgano equivalente, las propuestas de servicios para la designación del Defensor del Consumidor Financiero, con la correspondiente evaluación de los requisitos legales y los criterios establecidos por la entidad vigilada y las instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

La evaluación debe atender las políticas, objetivos y necesidades de la entidad vigilada en materia de protección y trato justo a los consumidores financieros, así como el número de clientes, productos, operaciones realizadas, promedio de quejas o reclamos atendidos a través de las diferentes instancias, entre otros.

6. Informar a la asamblea de accionistas u órgano equivalente, de manera previa a la designación o reelección del Defensor del Consumidor Financiero, los conflictos de interés que hayan sido revelados e informados por parte de los postulados a desempeñar dicha actividad.

7. Poner a disposición de la asamblea general ordinaria de accionistas u órgano equivalente, un informe sobre las actuaciones adelantadas frente a las recomendaciones o propuestas realizadas por el Defensor del Consumidor Financiera, el plan de acción implementado por la entidad vigilada, si lo hay, y los casos y asuntos que el Defensor del Consumidor Financiero haya solicitado llevar a conocimiento de la junta directiva u órgano equivalente. Dicho informe deberá estar disponible, como mínimo, con una antelación de 15 días hábiles a la celebración de la reunión ordinaria.

8. Efectuar seguimiento permanente a la gestión del Defensor del Consumidor Financiero, y presentar semestralmente a la junta directiva u órgano equivalente, un informe con los resultados y planes de acción implementados para la mejora continua de la atención al consumidor financiero, la mitigación de la causa raíz de las quejas o reclamos, así como el adecuado funcionamiento de la institución del Defensor del Consumidor Financiero. Dichos informes deberán estar documentados y a disposición de la Superintendencia Financiera de Colombia.

9. Verificar que el Defensor del Consumidor Financiero acredite las condiciones profesionales y personales exigidas al momento de su designación, así como durante el periodo en el que ejerza sus funciones.

(Circ. Externa 13/2022, Superintendencia Financiera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.7, subnumeral 2.7.3).

¿Qué debe hacer el Defensor del Consumidor Financiero en caso que se presente un conflicto de interés en el ejercicio de sus funciones?

[§ 841] El Defensor del Consumidor Financiero deberá abstenerse de actuar cuando se presenten conflictos de interés en relación con una controversia o consumidor financiero, en cuyo caso actuará el Defensor Suplente.

(L. 1328/2009, art. 17, inc. 2º).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina en relación con las inhabilidades y los conflictos de interés del defensor del consumidor financiero?

[§ 842] DOCTRINA.—**En caso de conflictos de interés tanto del defensor principal del consumidor financiero, como de su suplente,**

debe ser administrado apropiadamente e informado. "La anterior trascripción permite concluir en primer lugar que en el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para el ejercicio de la Defensoría del Consumidor Financiero previsto en nuestra legislación financiera (Ley 1328 de 2009, artículo 17 "Independencia y autonomía de los defensores del consumidor financiero", inciso 4) no se consagran limitaciones expresas para el ejercicio de la suplencia de los defensores de entidades vigiladas por razón de un grado de parentesco o de alguna otra circunstancia o vínculo en particular, como de colegaje, académico, societario, comercial, entre otros, frente a quien ostenta la condición de defensor principal. Así, no está contemplada una situación como la genéricamente descrita por Usted, es decir, una causal expresa de inhabilidad para la designación de un defensor principal o suplente en virtud de la existencia de una relación de parentesco de ninguna índole entre uno y otro. En otras palabras, la norma no se refiere al "parentesco" (cercano o no) como causal para impedir la designación del defensor del consumidor financiero.

Ahora, en lo tocante a la presencia de conflictos de interés de la Defensoría del Consumidor Financiero en relación con una controversia o consumidor financiero, es igualmente mandatorio el precepto incluido por el legislador en el inciso segundo de ese mismo artículo, al ordenar al Defensor "abstenerse de actuar" y disponer que en este caso intervenga el defensor suplente. Para el caso en comento, frente a una situación de hecho, es decir, verificada la existencia del conflicto de interés entre el DCF y el consumidor financiero, la norma señala que será el DCF suplente quien debe actuar.

En este orden, para el caso planteado, lo que debe establecerse es si ese conflicto de interés inicialmente predicado del defensor principal, se puede predicar también en cabeza del suplente. Para el efecto se advierte que la norma no previó mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de concurrencia simultánea de un mismo hecho generador de conflicto de intereses respecto del defensor principal de una entidad vigilada y de su suplente. En consecuencia, se estima que en un escenario como el descrito, corresponde a los defensores involucrados administrar el conflicto en forma apropiada en el momento en que éste se evidencie, poniendo en conocimiento de tal circunstancia a los órganos directivos y de administración de la entidad vigilada, para que adopten las medidas pertinentes en aras de garantizar al consumidor financiero un pronunciamiento objetivo por parte de la defensoría; así, ambos podrían considerar abstenerse de emitir pronunciamiento alguno y en tal evento una solución podría ser, sin restringirse a ello, el nombramiento de un defensor ad-hoc, a quien se le harán extensivas las exigencias en punto a la idoneidad y al formalismo para la posesión ante esta Superintendencia que impone tal investidura. (…)". (Superfinanciera, Conc. 2013101474-015, feb. 18/2014).

Designación y posesión

¿Quién designa al defensor del consumidor financiero y para qué período?

[§ 843] El Defensor del Consumidor Financiero será designado por la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Fiduciaria, para un período de dos (2) años, prorrogable por períodos iguales.

(L. 1328/2009, art. 18, incs. 1º y 2º).

¿Se deben posesionar el defensor del consumidor financiero principal y su suplente ante la Superintendencia Financiera de Colombia?

[§ 844] Sí. El Defensor del Consumidor Financiero principal y su suplente deberán posesionarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, antes de ejercer sus cargos, para lo cual se seguirá el trámite establecido para la posesión de

los administradores de las entidades vigiladas.

(L. 1328/2009, art. 18, inc. 1º, D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.2, inc. 1º).

¿Puede un defensor del consumidor financiero desempeñar su función en varias sociedades fiduciarias?

[§ 845] Sí. Cada defensor del consumidor financiero podrá desempeñar su función simultáneamente en varias Sociedades Fiduciarias.

Evento en el cual la Sociedad Fiduciaria debe evaluar:

1. La disponibilidad de tiempo;

2. Los recursos humanos, físicos y tecnológicos para el ejercicio de su labor, y

3. La existencia de conflictos de interés.

(L. 1328/2009, art. 18, par. 2º, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.2, subnum. 2.2.1).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina sobre la posesión del defensor del consumidor financiero?

[§ 846] DOCTRINA.—**Los defensores del consumidor financiero principal y suplente deben posesionarse ante la Superintendencia Financiera para desempeñar cada cargo en los cuales sean designados, salvo cuando son reelegidos para desempeñar el mismo cargo en la entidad financiera respectiva. "1.1. Personas que deben tomar posesión.**

(…).

— Los defensores del consumidor financiero, principales y suplentes, de las entidades vigiladas.

Para el ejercicio válido de los anteriores cargos se requiere la designación junto con la posesión ante esta entidad. En tal virtud, el ejercicio de cualquier cargo sin haber tomado posesión del mismo cuando las normas aplicables así lo exijan, dará lugar a las sanciones correspondientes, sin perjuicio de que por este solo hecho la Superintendencia Financiera de Colombia se abstenga de autorizar la posesión.

1.2. **Eventos en los que no se requiere de nueva posesión**. No se requiere adelantar nuevamente el trámite de posesión en los casos de reelección de: …y defensor del consumidor financiero, principal o suplente. Lo anterior aplica siempre que la persona sea reelegida para el ejercicio del mismo cargo con independencia de la condición de principal o suplente.

Ahora, también podría presentarse otro caso cuando una persona sea DCF de varias entidades y naturalmente cada una de ellas tenga que posesionarlo como su defensor, posibilidad que permite la Ley 1328 de 2009 (art. 18, par. 2º); en este evento si bien es cierto que la SFC al haberlo posesionado para una entidad, ha hecho ya el análisis correspondiente, ello no significa automáticamente que deba autorizarse la posesión para todas las entidades que soliciten la posesión de la misma persona pues téngase en cuenta que deben evaluarse aspectos tales como la infraestructura de la Defensoría del Consumidor Financiero solicitante a efectos de determinar si la misma es suficiente para ejercer las funciones propias del cargo para todas las entidades en las cuales aspira a prestar sus servicios, dependiendo también de la naturaleza de estas, volumen de clientes, usuarios y operaciones, entre otros aspectos.

2.4. **Posesión del DCF principal y posesión del DCF suplente.**

d) Parece necesario diferenciar la posesión del DCF principal y la del DCF suplente. Para que cada individuo se pueda posesionar en distintos tiempos.

Si bien lo usual es que la asamblea nombre en el mismo acto tanto al DCF principal como al suplente y se pueda proceder a su posesión al mismo tiempo, pueden presentarse eventos en los cuales eso no suceda, razón por la cual es claro que procede la diferencia entre uno y otro para estos efectos, motivo por el cual igualmente se podrán adelantar los correspondientes trámites de posesión de manera independiente por cada uno de los candidatos". (Superfinanciera, Conc. 2010048318-001, ago. 9/2010).

Registro de defensores del consumidor financiero

¿En dónde debe inscribirse el consumidor financiero para el desempeño de sus funciones?

[§ 847] El defensor del consumidor financiero deberá estar inscrito en el registro de defensores del consumidor financiero implementado por la Superintendencia Financiera de Colombia para poder ejercer sus funciones.

(L. 1328/2009, art. 18 inc. 1º; D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.3).

¿Qué contiene el registro de defensores del consumidor financiero?

[§ 848] El Registro de Defensores del Consumidor Financiero (RDCF) deberá contener por lo menos la siguiente información:

a) Nombre completo del defensor del consumidor financiero;

b) El nombre de la Sociedad Fiduciaria de la cual es defensor del consumidor financiero y calidad de principal o suplente;

c) Información de contacto donde se especifique dirección de las oficinas, teléfono y correo electrónico;

d) Fecha de posesión ante la Superintendencia Financiera de Colombia;

e) Vigencia del nombramiento como defensor del consumidor financiero.

La Superintendencia Financiera de Colombia deberá publicar los datos actualizados contenidos en el RDCF y conservar la información histórica de los inscritos, correspondiéndole certificar tal condición.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.3).

¿En qué evento puede la Superintendencia Financiera revocar la inscripción del defensor del consumidor financiero?

[§ 849] La Superintendencia Financiera podrá revocar la inscripción en el RDCF, cuando establezca que la persona a la cual se le concedió, ha perdido alguno de los requisitos exigidos para tal efecto.

(L. 1328/2009, art. 18, par. 3º).

¿Cuál es el procedimiento para la revocatoria de la inscripción del defensor del consumidor financiero?

[§ 850] El procedimiento para la revocatoria de la inscripción del defensor del consumidor financiero será el trámite establecido para la revocatoria de los administradores de que trata el literal g) del numeral 2º del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.4).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina sobre la posesión, supervisión de las calidades del defensor del consumidor financiero y la revocatoria de la inscripción?

[§ 851] DOCTRINA.—**El Defensor del Consumidor Financiero debe mantener las calidades exigidas para su posesión durante la vigencia de su cargo, su incumplimiento facultará a**

la Superintendencia financiera para revocar la posesión y cancelar su registro. "(…) En la misma perspectiva de garantizar la idoneidad e independencia de los DCF, como bien se sabe, una vez designados en cada entidad vigilada y para poder ejercer como tales, deben posesionarse ante esta Superintendencia; por último y, como consecuencia del cumplimiento y verificación de los diversos requisitos expuestos y de la posesión, procederá su inscripción en el Registro de DCF que se publica en la página web de esta entidad, según lo determinan las Circulares Externas 016 y 018 de 2010, incluidas en la Circular Básica Jurídica, que son desarrollo de lo establecido por el artículo 2.34.2.1.2 del Decreto 2555 de 2010 (…):

Posesión de los Defensores del Consumidor Financiero. *Una vez designados los Defensores del Consumidor Financiero, principal y suplente, deberán posesionarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo cual se seguirá el trámite establecido para la posesión de los administradores de las entidades vigiladas.*

La SFC mantiene de manera permanente la facultad de supervisión respecto de los DCF y de las entidades a las que prestan sus servicios y es deber de unos y otros velar porque las condiciones informadas al momento de la posesión como mínimo se mantengan, como se anotó. Así, cuando existan elementos que exijan la verificación de situaciones particulares, este organismo hará uso de las facultades de las que está investido para motivar una eventual revocatoria de la posesión y el consecuente retiro del Registro de un Defensor del Consumidor Financiero, si a ello hubiere lugar o, en todo caso, tomará las medidas que considere apropiadas y conducentes.

La facultad para revocar las posesiones de los DCF está otorgada a esta Superintendencia directamente por la Ley 1328 de 2009 de manera expresa en el parágrafo 3 del artículo 18: *"La Superintendencia Financiera podrá revocar la inscripción en el registro de Defensores del Consumidor Financiero, cuando establezca que la persona a la cual se le concedió, ha perdido alguno de los requisitos exigidos para tal efecto, en la forma y condiciones que señale el Gobierno Nacional."* Y el artículo 2.34.2.1.4 del Decreto Único 2555 de 2010 (art. 4º, D. 2281/2010) consagra el procedimiento revocatorio de la inscripción. *Para efectos del parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 1328 de 2009 deberá observarse el trámite establecido para la revocatoria de los administradores de que trata el literal g) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

El artículo 19 de la Ley 1328 de 2009 establece las causales para la terminación en el ejercicio de las funciones del Defensor del Consumidor Financiero, las cuales se encuentran previstas precisamente para garantizar la idoneidad permanente del defensor, destacándose la *Cancelación de la inscripción en el registro por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia del Defensor del Cliente o la revocatoria de la posesión ante la misma entidad.*

En ese orden, la facultad de cancelar la inscripción de un DCF será ejercida por la Superintendencia teniendo en cuenta cada caso concreto, para considerar las calidades objetivas y subjetivas que permitan o no tomar una decisión en tal sentido.

Para el caso del defensor es apenas obvio que el profesional del derecho, el DCF, tiene el deber ético y profesional de actuar de manera correcta, mantener durante el ejercicio de su cargo todos los requisitos exigidos para la designación y posesión e informar y permitir la comprobación de cualquier situación (como lo es para el caso de su consulta la infraestructura, aplicativos y equipos) por parte de la entidad a la que presta sus servicios como de la SFC, no solo al momento de la posesión sino en cualquier tiempo, e informar cualquier cambio o necesidades adicionales…". (Superfinanciera, Conc. 2015007100-005, abr. 20/2015).

Funciones del defensor del consumidor financiero

¿Cuáles son las funciones de la defensoría del consumidor financiero?

[§ 852] La defensoría del consumidor es una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros que deben tener las sociedades fiduciarias, y como tal, debe ejercer con autonomía e independencia las siguientes funciones:

a) Atender de manera oportuna y efectiva a los consumidores financieros de las fiduciarias correspondientes.

b) Conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos le presenten, dentro de los términos y el procedimiento que se establezca para tal fin, relativas a un posible incumplimiento de la sociedad fiduciaria de las normas legales, contractuales o procedimientos internos que rigen la ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos.

c) Actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada en los términos indicados en la Ley 2220 de 2022, su reglamentación, o en las normas que la modifiquen o sustituyan. Para el efecto, el consumidor financiero y la sociedad fiduciaria podrán poner el asunto en conocimiento del respectivo defensor, indicando de manera explícita su deseo de que el caso sea atendido en desarrollo de la función de conciliación. Para el ejercicio de esta función, el defensor deberá estar certificado como conciliador de conformidad con las normas vigentes.

El documento en el cual conste la conciliación realizada entre la sociedad fiduciaria y el consumidor financiero deberá estar suscrito por ellos y el defensor del consumidor financiero en señal de que se realizó en su presencia, prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, sin que requiera depositarlo en centro de conciliación. El incumplimiento del mismo dará la facultad a la parte cumplida de hacerlo exigible por las vías legales respectivas.

d) Ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva entidad vigilada.

e) Efectuar recomendaciones a la sociedad fiduciaria relacionadas con los servicios y la atención al consumidor y en general en materias enmarcadas en el ámbito de su actividad.

f) Proponer a las autoridades competentes las modificaciones normativas que resulten convenientes para la mejor protección de los derechos de los consumidores financieros.

g) Las demás que le asigne el Gobierno Nacional y que tengan como propósito el adecuado desarrollo del Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC).

(L. 1328/2009, art. 13).

¿Cuál es la competencia del defensor del consumidor financiero en la atención de quejas y cuáles las características de sus pronunciamientos, incluso en el evento de cláusulas o prácticas abusivas, o fraudes electrónicos?

[§ 853] DOCTRINA.—**El defensor del consumidor financiero podrá someter a consideración de la entidad vigilada o de la Superintendencia**

Financiera las cláusulas o prácticas que considere abusivas, y sus pronunciamientos deben ser de fondo y estar motivados en forma clara y comprensible. "(...) **Rol de los DCF (Defensores del Consumidor Financiero) en el trámite de quejas frente a cláusulas y prácticas abusivas.** En ese sentido, si el DFC en un trámite de queja se enfrenta a una cláusula de las catalogadas como abusivas por la ley o por la SFC, se considera que podrá aducir que se tenga por no escrita, pues es la misma ley la que señala el efecto.

No obstante, si el defensor estima que una cláusula o práctica es abusiva pero aún no ha sido calificada previamente como tal, se considera que si bien el DFC no podría calificarla como tal por cuanto no tendría atribución legal para declararla, sí podría expresar su opinión en ese sentido y poner el caso en conocimiento de la entidad vigilada. En el evento en que la institución no esté de acuerdo, el DFC podrá, en su función de vocero de los consumidores financieros, poner en conocimiento de esta Superintendencia la situación a fin de obtener el pronunciamiento a que haya lugar.

2. Competencia de los Defensores del Consumidor Financiera —DCF— en las quejas por fraudes electrónicos que afectan los derechos de los consumidores financieros.

Se reitera lo expuesto y comunicado a Usted mediante oficio 2012100881-002 del 10 de enero de 2013, en el sentido que la labor del DCF en la resolución de quejas es amplia y por consiguiente verificadas las normas legales, los instructivos de la SFC y los internos de la respectiva entidad, procede dar una respuesta de fondo al peticionario, quien acude a la defensoría en espera de un pronunciamiento con tales características. En esos términos se harán las correspondientes precisiones en el punto II de esta comunicación.

II. Precisiones sobre los pronunciamientos de los Defensores del Consumidor Financiera —DCF—.

1. Marco: Función de resolver quejas y características de los pronunciamientos.

Como es de conocimiento, los DCF deben resolver las quejas presentadas contra la entidad a la cual prestan sus servicios para verificar posibles incumplimientos a: i) normas legales, ii) contratos, iii) procedimientos internos que rijan la ejecución o calidad de los productos y servicios que ofrecen o prestan. A su turno, *la decisión que profiera el Defensor del Consumidor Financiero deberá ser motivada, clara y completa.* (Subrayado extratexto).

De otro lado cabe traer a colación los Principios de Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna y de Educación, que determinan el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, así como las normas sobre Defensoría del Consumidor Financiero, DCF, en especial la obligación de atención eficaz, eficiente y oportuna.

2. Precisiones que sugerimos incluir en los pronunciamientos de los DCF.

2.1. Motivación y análisis de fondo.

La decisión emitida deberá ser motivada pues los pronunciamientos deben implicar un análisis de fondo de la situación planteada a partir de la aplicación de los principios de PCF y las normas o verificaciones que correspondan. En efecto, se considera que la labor del DCF en la resolución de las quejas es amplia, por consiguiente, verificadas las normas legales, los instructivos de la SFC y los internos de la entidad, puede darse una respuesta de fondo al peticionario, aunado al análisis propio sobre la carga de la prueba y la duda a favor del consumidor, derivado de las relaciones de consumo.

Se aclara que la respuesta no ha de limitarse a solicitar información a la vigilada y luego copiar al peticionario. Nótese que el reclamante espera una posición definitiva por parte del DCF desde su competencia y no simplemente un acto de trámite. En efecto, para el caso de fraudes electrónicos, por ejemplo, se esperaría la verificación de estándares de calidad o requerimientos mínimos de seguridad y perfil transaccional del cliente, cumplimiento de procedimientos en el Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC (información, seguridad y calidad en los canales), aspectos estos que se encuentran debidamente desarrollados en circulares de esta Superintendencia.

2.2. Claridad, comprensibilidad y suficiencia de la decisión.

• El pronunciamiento deberá elaborarse en la oportunidad legalmente establecida en el procedimiento aplicable, el cual deberá ser informado de manera sencilla al consumidor financiero en el escrito de admisión de la queja, aclarando que, en circunstancias normales, el plazo para respuesta de la entidad será de ocho (8) días hábiles desde su traslado y el DCF dispondrá de ocho (8) días hábiles más para pronunciarse.

• En el escrito de admisión debe ponerse de presente la opción de conciliación en cualquier momento del trámite.

• Los pronunciamientos deben ser claros para sus destinatarios finales, esto es, para los consumidores financieros, de manera que se comprenda fácilmente lo esencial del trámite y de la decisión del Defensor.

• La decisión deberá ser completa y siempre bajo la premisa que "más no es necesariamente mejor". Debe ponderarse cada caso en particular pues si bien el análisis y disertación jurídica se requiere según la tipología de la queja, la extensión, densidad y profundidad del mismo puede, a la postre, derivar en confusión para el consumidor financiero.

• Conviene que en la decisión, especialmente aquella que no favorece sus intereses, se informe al consumidor financiero de manera concisa sobre las diversas opciones que tiene para poner en conocimiento su situación y solucionarla o, por lo menos, obtener respuesta, así como las fuentes en las que puede obtener información adicional". (Superfinanciera, Conc. 2013008465-008, jul. 8/2013).

¿Qué función tiene el defensor del consumidor financiero como vocero de los consumidores financieros?

[§ 854] En virtud de lo consagrado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 1328 y en concordancia con el artículo 2.34.2.1.6. del Decreto 2555 de 2010, el Defensor del Consumidor Financiero tiene como función la de ser vocero de los consumidores financieros ante la respectiva entidad, de manera independiente de los asuntos relacionados con las quejas.

En desarrollo de esta función y sin perjuicio de lo establecido sobre este aspecto en el informe de gestión, el Defensor del Consumidor Financiero podrá en cualquier momento poner en conocimiento de la junta directiva u órgano equivalente, las recomendaciones y propuestas formuladas, así como los resultados de la revisión de los contratos de adhesión que haya realizado, en especial, lo relativo a la detección de la inclusión de cláusulas abusivas.

(L. 1328/2009, art. 13, D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.6, Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Título III, Cap. II, num. 2.5).

¿Sobre qué aspectos versarán las recomendaciones y propuestas formuladas por el defensor del consumidor financiero como vocero de los consumidores financieros?

[§ 854-1] Las recomendaciones y propuestas del Defensor del Consumidor Financiero dirigidas a la junta directiva u órgano equivalente versarán sobre la actividad de las entidades que hubieren merecido la atención del Defensor del Consumidor Financiero y que puedan mejorar y facilitar cualquiera de los siguientes aspectos:

1. La correcta prestación del servicio.

2. Las relaciones entre las entidades y sus consumidores financieros.

3. La seguridad en el desarrollo de las actividades.

La comunicación se debe dirigir a la persona que cada institución haya designado para llevar a cabo sus relaciones con el Defensor del Consumidor Financiero, sin embargo, es preciso señalar que este funcionario debe poner en conocimiento de la junta directiva u órgano equivalente, las comunicaciones que el Defensor del Consumidor Financiero le dirija a más tardar en la sesión inmediatamente siguiente.

En desarrollo de esta función el Defensor del Consumidor Financiera debe hacer seguimiento a las recomendaciones, sugerencias o asuntos que hubiere soli-

citado llevar al conocimiento de la junta directiva u órgano equivalente.

Para el cumplimiento de lo anterior, la respectiva entidad debe informar al DCF las actuaciones adelantadas o consideraciones efectuadas, dentro de los 3 meses contados a partir de la fecha de la solicitud.

(Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Título III, Cap. II, num. 2.5).

¿En qué calidad actúa el defensor del consumidor financiero en desarrollo de su función de conciliador?

[§ 855] El defensor del consumidor financiero actuará como conciliador extrajudicial en derecho, en los términos establecidos en la Ley 2220 de 2022.

El trámite que ante él se surta agotará, cuando proceda, el requisito de procedibilidad, de acuerdo con lo previsto en los artículos 67 y 68 de la Ley 2220 de 2022.

Para ejercer la función de conciliación mencionada en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas deben garantizar que el Defensor del Consumidor Financiero cuente con mecanismos gratuitos de atención presencial y/o no presencial, propios o mediante convenio, que permitan a los consumidores financieros de cualquier zona del país acceder en forma efectiva a esta instancia de protección.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.2, Adicionado. D. 3993/2010, art. 2º Circ. Básica Jurídica 29/2014, Superfinanciera, Parte I, Tít. III, Cap. II, num. 2.5).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre la función de conciliador del defensor del consumidor financiero en la Resolución de quejas y reclamos?

[§ 856] DOCTRINA.—**Actuación del Defensor del Consumidor Financiero como conciliador.** "(...) Por su parte, en el Decreto 2281 de 2010, reglamentario de la institución de la DCF, indica: "ART. 5º—**Procedimiento para la resolución de quejas o reclamos por parte de los DCF, numeral 11.** En cualquier etapa del trámite, podrá solicitarse la actuación del Defensor del Consumidor Financiero como conciliador, en los términos establecidos en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009. En tal caso, se suspenderá el trámite de conocimiento ordinario del Defensor del Consumidor Financiero y se citará a audiencia de conciliación, de conformidad con lo previsto en la Ley 640 de 2001*****. "La decisión así adoptada prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, sin que se requiera depositar el acta correspondiente en el centro de conciliación. (...)". (Conc. 2014069542-001, ago. 11/2014).

***NOTA:** La Ley 640 de 2001, citada en el numeral 3º fue derogada por la Ley 2220 de 2022.

Conciliaciones

Costo de las conciliaciones

¿Qué costo tienen las conciliaciones ante el defensor del consumidor financiero?

[§ 857] Las conciliaciones extrajudiciales en derecho que se adelanten ante el defensor del consumidor financiero son gratuitas para los consumidores financieros.

Los gastos que conlleve cumplimiento de la función de conciliación, se cargará al presupuesto asignado por la Sociedad Fiduciaria para la defensoría del consumidor financiero.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.4, Adicionado. D. 3993/2010, art. 2º).

Registro del acta de conciliación

¿Se debe registrar el acta de conciliación?

[§ 858] El defensor del consumidor financiero no está obligado a registrar el acta de conciliación en un centro de conciliación. Con todo, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la Sección 7 del Capítulo 2 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.5. Modificado. D. 1745/2020, art. 74).

¿En dónde se registran los casos de conciliación?

[§ 859] El defensor del consumidor financiero deberá registrar todos los casos de conciliación que adelante en el Sistema de Información de la Conciliación —SIC— dentro de los tres días siguientes, para efectos de la formulación de política pública que sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos compete al Ministerio del Interior y de Justicia.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.6. Modificado. D. 1745/2020, art. 75. Adicionado. D. 3993/2010, art. 2º).

Competencia del defensor del consumidor financiero

¿Cuál es la competencia del defensor del consumidor financiero en desarrollo de su función de conciliación?

[§ 860] El defensor del consumidor financiero deberá conocer, a solicitud de cualquiera de las partes, de los trámites de conciliación de las controversias que se susciten entre los consumidores financieros y la fiduciaria a la cual el defensor preste sus servicios, sobre los asuntos susceptibles de conciliación que surjan en desarrollo de la actividad de la fiduciaria. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la competencia que sobre tales temas puedan tener los conciliadores inscritos en los centros de conciliación autorizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia civil y las notarías.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.1., inc. 1º, Modificado parcialmente. D. 1745/2020, art. 72).

El defensor del consumidor financiero sólo podrá actuar como conciliador en el territorio nacional. (D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.1, par. 1º).

El defensor del consumidor financiero no podrá conocer como conciliador de aquellos casos en los que se discutan controversias de naturaleza contencioso administrativas y laborales. (D. 2555/2010, art. 2.34.2.2.1, par. 2º).

¿Qué asuntos no conoce el defensor del consumidor financiero?

[§ 861] Están exceptuados del conocimiento y trámite ante el defensor del consumidor financiero los siguientes asuntos:

a) Los que no correspondan o no estén directamente relacionados con el giro ordinario de las operaciones autorizadas a la sociedad fiduciaria.

b) Los concernientes al vínculo laboral entre las sociedades fiduciarias y sus empleados o respecto de sus contratistas.

c) Aquellos que se deriven condición de accionista de las sociedades fiduciarias.

d) Los relativos al reconocimiento de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, salvo en los aspectos relacionados con la calidad del servicio y en los trámites del reconocimiento de estas.

e) Los que se refieren a cuestiones que se encuentren en trámite judicial o arbitral o hayan sido resueltas en estas vías.

f) Aquellos que correspondan a la decisión sobre la prestación de un servicio o producto.

g) Los que se refieran a hechos sucedidos con tres (3) años o más de anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud ante el defensor.

h) Los que tengan por objeto los mismos hechos y afecten a las mismas

partes, cuando hayan sido objeto de decisión previa por parte del defensor.

i) Aquellos cuya cuantía, sumados todos los conceptos, supere los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su presentación.

j) Las demás que defina el Gobierno Nacional.

(L. 1328/2009, art. 14).

Terminación del ejercicio de funciones como defensor del consumidor

¿Por qué causas termina el ejercicio de las funciones del defensor del consumidor?

[§ 862] La terminación definitiva del ejercicio de estas funciones sólo podrá ser consecuencia de:

a) Falta definitiva del defensor del consumidor financiero causada por incapacidad o muerte.

b) Renuncia.

c) Cancelación de la inscripción en el registro por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia del defensor del cliente o la revocatoria de la posesión ante la misma entidad.

d) La designación de un nuevo defensor del consumidor financiero por vencimiento del período para el cual fue designado.

e) Haber incurrido en algunas de las causales señaladas en los incisos 3º y 4º del numeral 5º del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la Ley 795 de 2003 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

(L. 1328/2009, art. 19).

Carácter y publicidad de las decisiones del defensor del consumidor financiero

¿Son obligatorias las decisiones que adopte el defensor del consumidor financiero?

[§ 863] Las decisiones que adopte el defensor del consumidor financiero serán obligatorias cuando, sin perjuicio del trámite conciliatorio que se pueda adelantar de acuerdo con lo señalado en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009, los consumidores y las sociedades fiduciarias así lo acuerden de manera previa y expresa y se prevea en los reglamentos de estas últimas.

La defensoría del consumidor financiero no tiene el carácter de función pública.

(L. 1328/2009, art. 15).

¿Cuál es el alcance de las decisiones del defensor del consumidor financiero?

[§ 864] En desarrollo de sus funciones el defensor del consumidor financiero no podrá determinar perjuicios, sanciones o indemnizaciones, salvo que estén determinadas por la ley.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.7).

¿Se pueden publicar las decisiones del defensor del consumidor financiero?

[§ 865] Las decisiones de los defensores del consumidor financiero podrán ser publicadas de acuerdo con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que se mantenga la debida reserva respecto a la identidad de las partes intervinientes.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.8).

Actuación del defensor del consumidor financiero y la fiduciaria

¿Qué deben garantizar el defensor del consumidor financiero y las sociedades fiduciarias?

[§ 866] Deberán garantizar que se atienda en forma eficaz, eficiente y oportuna a los consumidores financieros de todas las zonas del país en las cuales la sociedad fiduciaria preste sus servicios.

(L. 1328/2009, art. 16).

¿Cómo deberá ser la actuación del defensor del consumidor financiero?

[§ 867] Actuarán con independencia de la respectiva sociedad fiduciaria, de sus organismos de administración, y con autonomía en cuanto a los criterios a aplicar en el ejercicio de su cargo, obligándose a poner en conocimiento de la Superintendencia Financiera de Colombia cualquier situación que menoscabe o limite sus facultades de actuación.

En todo caso, deberán abstenerse de actuar cuando se presenten conflictos de interés en relación con una controversia o consumidor financiero, en donde actuará el defensor suplente.

Los defensores del consumidor financiero no podrán desempeñar en las entidades vigiladas funciones distintas de las propias de su cargo.

(L. 1328/2009, art. 17).

¿Quién provee los recursos al defensor del consumidor para el desarrollo de sus funciones?

[§ 868] Las sociedades fiduciarias deberán disponer los recursos financieros para garantizar que el defensor del consumidor financiero cuente con los recursos físicos, humanos, técnicos y tecnológicos y los demás que considere necesarios, para el adecuado desempeño de sus funciones asignadas. (L. 1328/2009, art. 17, inc. 5º).

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá determinar la infraestructura necesaria para el adecuado funcionamiento de la defensoría del consumidor financiero. (L. 1328/2009, art. 17, par).

(L. 1328/2009, art. 17).

El trámite ante el defensor del consumidor financiero como requisito de procedibilidad

¿Constituye requisito de procedibilidad el trámite ante el defensor del consumidor financiero?

[§ 869] No constituye requisito de procedibilidad el Procedimiento para la Resolución de Quejas o Reclamos por parte del Consumidor Financiero para acudir a la Superintendencia Financiera de Colombia o ejercer en cualquier momento las acciones jurisdiccionales que los consumidores financieros estimen pertinentes. (D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.5., par).

No obstante, cuando el defensor del consumidor financiero actúa como conciliador, el trámite de conciliación sí constituye requisito de procedibilidad. (L. 2220/2022, arts. 67 y 68).

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.5., par.).

Procedimiento para la resolución de quejas o reclamos

¿Cuál es el procedimiento para la resolución de quejas o reclamos?

[§ 870] En los eventos en los cuales el defensor del consumidor financiero sea competente para resolver quejas o reclamos en los términos de la Ley 1328 de 2009 y del Decreto 2555 de 2010, deberá observar el siguiente procedimiento para su trámite:

1. El consumidor financiero deberá presentar su queja o reclamo ante el defensor del consumidor financiero mediante documento en el cual consigne sus datos personales y la información de contacto, la descripción de los hechos y las pretensiones concretas de su queja o reclamo, la cual podrá ser remitida directamente ante el defensor del consumidor financiero, o podrá ser presentada en sus oficinas o en las agencias o sucursales de las entidades. En este último caso, las entidades vigiladas tienen la obligación de hacer el traslado al defensor del consumidor financiero dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción de dicho documento.

2. Cuando el defensor del consumidor financiero estime que la queja o reclamo interpuesto corresponde a temas de interés general, deberá dar traslado de la misma a la Superintendencia Financiera de Colombia para su conocimiento, sin perjuicio de continuar el trámite individual dentro de la órbita de su competencia.

3. Una vez recibida la queja o reclamo, el defensor del consumidor financiero decidirá si el asunto que se le somete es de su competencia o no. Dicha decisión será comunicada al consumidor financiero interesado y a la entidad involucrada dentro de los tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente en que sea recibida la solicitud.

Si la queja o reclamo es admitida, el defensor del consumidor financiero deberá comunicar, al consumidor financiero, si la decisión final proferida es obligatoria según los reglamentos de la entidad respectiva, advirtiendo sobre la posibilidad de solicitar una audiencia de conciliación en cualquier momento. Si la queja o reclamo es inadmitida, el defensor del consumidor financiero comunicará su decisión, al consumidor financiero, indicando los motivos de la inadmisión e informando que esto no obsta para el ejercicio de las demás acciones legales existentes.

4. Si el defensor del consumidor financiero estima que para el análisis de la solicitud requiere mayor información de parte de la entidad involucrada o del consumidor financiero, procederá a comunicarles por cualquier medio verificable, a fin de que alleguen la información necesaria. En este evento, la entidad o el consumidor financiero deberán dar respuesta dentro del término que determine el defensor del consumidor financiero sin que se excedan los ocho (8) días hábiles, contados desde el día siguiente al que se solicite la información. Una vez recibida la información solicitada, el defensor del consumidor financiero podrá decidir sobre la admisión o inadmisión dentro del término máximo de tres (3) días hábiles.

5. Se entenderá que la queja o reclamo ha sido desistida si el consumidor financiero no da respuesta a la solicitud dentro del término máximo mencionado en el numeral anterior, sin perjuicio de que el consumidor financiero pueda presentar posteriormente su queja o reclamo con la información completa, la cual se entenderá presentada como si fuera la primera vez.

6. Admitida la queja o reclamo, el defensor del consumidor financiero dará traslado de ella a la fiduciaria, a fin de que allegue la información y presente los argumentos en que fundamenta su posición. Será obligatorio que en el mismo traslado, se solicite a la entidad que señale de manera expresa su aceptación previa para que dicho trámite sea objeto de decisión vinculante para ella.

La fiduciaria deberá dar respuesta completa, clara y suficiente, manifestando la aceptación o no a la obligatoriedad de la decisión del defensor del consumidor financiero en caso de que esta le sea desfavorable. En todo caso, si la entidad ha incorporado en sus reglamentos la obligatoriedad de las decisiones del defensor del consumidor financiero, no podrá manifestar lo contrario.

La respuesta deberá ser allegada al defensor del consumidor financiero dentro de un término de ocho (8) días hábiles, contados desde el día siguiente al que se haga el traslado, término que se ampliará a petición de la entidad y a juicio del defensor del consumidor financiero. En este último caso, la entidad vigilada deberá informar al consumidor financiero las razones en las que sustenta la prórroga.

El plazo al que se hace referencia en el presente numeral se entenderá incumplido cuando la respuesta de la fiduciaria se hubiera producido fuera del mismo, en forma incompleta o cuando no hubiere sido recibida. En tal evento, el defensor del consumidor financiero deberá requerir nuevamente a la fiduciaria para que allegue la información faltante, sin perjuicio de informar a la Superintendencia Financiera de Colombia la ocurrencia reiterada de estos hechos.

Sin perjuicio de lo anterior, el incumplimiento reiterado evidenciado en el envío tardío, en forma incompleta o en el no envío de las respuestas al defensor del consumidor financiero, deberá ser informado por este a la junta directiva o al consejo de administración de la entidad vigilada, quienes deberán adoptar las medidas conducentes y oportunas para eliminar las causas expuestas o detectadas disponiendo lo necesario para el suministro de la información solicitada.

7. Si después de iniciado el trámite de la solicitud, el defensor del consumidor financiero tiene conocimiento de que este no es de su competencia, dará por terminada su actuación, comunicando inmediatamente su decisión a la fiduciaria y al consumidor financiero.

8. El defensor del consumidor financiero deberá evaluar la información aportada y resolver la queja o reclamo en un término que en ningún caso podrá ser superior a ocho (8) días hábiles, contados desde el día siguiente al vencimiento del término estipulado en el numeral 6º.

9. La decisión que profiera el defensor del consumidor financiero deberá ser motivada, clara y completa. Dicha decisión, deberá ser comunicada al consumidor financiero y a la fiduciaria el día hábil siguiente después de proferida. En caso de que la decisión sea desfavorable al consumidor financiero este puede acudir a cualquier medio de protección de sus derechos.

10. La fiduciaria podrá rectificar total o parcialmente su posición frente una queja o reclamo con el consumidor financiero en cualquier momento anterior a la decisión final por parte del defensor del consumidor financiero. En estos casos, la fiduciaria informará tal situación al defensor del consumidor financiero quien dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación de la entidad, consultará al consumidor financiero que formuló la queja o reclamo, por medio verificable, a efectos de establecer su expresa satisfacción. El consumidor financiero deberá responder a la consulta en un término máximo de ocho (8) días hábiles. Si vencido este término el consumidor financiero no responde, se considerará que la rectificación fue a satisfacción y se dará por terminado el trámite.

En caso de que el consumidor financiero exprese que la rectificación ha sido satisfactoria, se comunicará a las partes la terminación anticipada del trámite y se archivará la queja o reclamo. Lo anterior sin perjuicio que el defensor del consumidor financiero estime que la queja o reclamo pertenece a aquellas de que trata el numeral 2º citado, en cuyo caso dará traslado a la Superintendencia Financiera de Colombia, si no lo había hecho previamente, junto con un escrito soportando su posición.

Si la rectificación fue parcial o el consumidor financiero no está plenamente satisfecho, el defensor del consumidor financiero deberá continuar con el trámite a efectos de responder los aspectos de la solicitud que no fueron objeto de rectificación.

11. En cualquier etapa del trámite, podrá solicitarse la actuación del defensor del consumidor financiero como conciliador, en los términos establecidos en el literal c) del artículo 13 de la Ley 1328 de 2009. En tal caso, se suspenderá el trámite de conocimiento ordinario del defensor del consumidor financiero y se citará a audiencia de conciliación, de conformidad con lo previsto en la Ley 640 de 2001*. La decisión así adoptada prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada, sin que se requiera depositar el acta correspondiente en el centro de conciliación. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de numeral 7 del artículo 8º de la Ley 640 de 2001*, para efectos de publicidad.

12. El consumidor financiero podrá desistir de su queja o reclamo en cualquier momento del trámite mediante documento dirigido al defensor del consumidor financiero. En tales eventos, el Defensor del Consumidor Financiero dará por terminado el trámite y deberá comunicar al consumidor financiero la recepción del documento de desistimiento y a la fiduciaria sobre la terminación del trámite dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción del desistimiento.

(D. 2555/2010, art. 2.34.2.1.5).

***NOTA:** La Ley 640 de 2001, citada en el numeral 3º fue derogada por la Ley 2220 de 2022.

Derecho de petición

¿Cuál es el fundamento jurídico del derecho de petición?

[§ 871] Es el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual reza: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política de 1991, contiene una innovación importante frente al artículo 45 de la Constitución anterior de 1886, la cual es, la de permitir el ejercicio de este derecho ante las organizaciones privadas en los casos señalados por el legislador, con el fin de brindar una mayor garantía a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

(CPC., art. 23).

¿Qué Ley reglamentó el derecho de petición ante las organizaciones privadas?

[§ 872] Inicialmente, la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en sus artículos del 13 al 33 reglamentó el derecho de petición ante las organizaciones privadas entre las cuales se encuentran las entidades financieras.

Los artículos sobre el Derecho de Petición desde el 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011 fueron declarados inexequibles, pero esta declaración quedó con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo cual se requería una nueva ley que reglamentara el Derecho de Petición.

En virtud de lo anterior, se expidió la Ley 1755 de 2015 cuyo artículo 1º sustituyó el Título II, Derecho de Petición, Capítulo I, Derecho de Petición ante las autoridades Reglas Generales, Capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas Especiales y Capítulo III Derecho de Petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, reglamentando de nuevo el Derecho de Petición.

¿Ante qué instituciones privadas se puede ejercer el derecho de petición?

[§ 873] Se puede ejercer el derecho de petición para garantizar derechos fundamentales ante las instituciones financieras, entre otras.

Solo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley.

(L. 1755/2015, art. 32, incs. 1º y 3º).

¿Qué principios y reglas se aplican al derecho de petición ejercido ante los particulares?

[§ 874] Se le aplicarán los principios y reglas aplicables al derecho de petición ejercido ante autoridades.

(L. 1755/2015, art. 32, inc. 2º).

¿Cuál es la naturaleza de las sociedades de servicios financieros?

[§ 875] Las sociedades de servicios financieros son instituciones financieras, entre las cuales, se encuentran las sociedades fiduciarias, entre otras.

(EOSF, art. 3º, num 1º, Modificado. L. 1328/2009, art. 35).

¿Se puede ejercitar el derecho de petición ante las sociedades fiduciarias?

[§ 876] Sí. Los consumidores fiduciarios podrán ejercer el derecho de petición ante las sociedades fiduciarias por ser instituciones financieras y prestar servicios financieros que revisten el carácter de público.

(L. 1755/2015, art. 32, inc. 1º).

¿Cuál es el término legal para resolver el derecho de petición?

[§ 877] Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recepción. (L. 1755/2015, art. 14, inc. 1º).

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. (L. 1755/2015, art. 14, inc. 2º).

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la sociedad fiduciaria debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. (L. 1755/2015, art. 14, par.).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia respecto al derecho de petición frente a particulares?

[§ 878] JURISPRUDENCIA.—***El derecho de petición procede frente a las entidades financieras por cuanto prestan un servicio público, se protege un derecho fundamental y hay una relación de posición dominante con el peticionario.*** *"(...) En relación con el derecho de petición frente a particulares, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que para su procedencia se debe concretar al menos uno de los siguientes eventos:*

(i) *La prestación de un servicio público o el desempeño funciones públicas. Al respecto, se destacan las entidades financieras, bancarias o cooperativas, en tanto que se trata de personas jurídicas que desempeñan actividades que son consideradas servicio público. (...). En estos eventos, el derecho de petición opera como si se tratase de una autoridad y, por consiguiente, al ser similar la situación y la calidad del particular a una autoridad pública, está en la obligación de brindar respuesta a las peticiones presentadas, siguiendo lo estipulado en el artículo 23 de la Constitución Política.*

(ii) *El ejercicio del derecho de petición como medio para proteger un derecho fundamental.*

(iii) *En aquellos asuntos en los cuales exista una relación especial de poder entre el peticionario y la organización privada. (...) en concordancia con lo anterior, este Tribunal ha indicado que existe una relación especial de poder en la solicitud de peticiones la cual se manifiesta, por*

lo menos, (...) y en el ejercicio de la posición dominante. Por tal razón, ha determinado el contenido y alcance de cada una y su relación con el ejercicio del derecho de petición, de la siguiente manera:

(...).

El ejercicio del derecho de petición también opera en razón de que el particular que ocupa una posición dominante puede desplegar actos de poder que incidan en la esfera subjetiva del peticionario o tenga la capacidad efectiva de afectar sus derechos fundamentales, con lo cual queda en una situación de indefensión. La relación de poder específica introduce una dimensión constitucional adicional a la meramente laboral o contractual (...)" (C. Const. Sent. T-077, mar. 2/2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

CAPÍTULO
OCTAVO

Principales aspectos tributarios del negocio fiduciario

Aspectos tributarios del negocio fiduciario, de los fondos de inversión colectiva y de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez voluntarias

Principio de Transparencia Fiscal

¿Qué principio tributario se aplica al contrato de fiducia mercantil y para efectos de que impuesto?

[§ 879] El principio de transparencia fiscal se aplica al contrato de fiducia mercantil para efectos del impuesto de renta.

(D.L. 624/1989, art. 102 E.T.; modificado. L. 1607/2012, art. 127 y L. 1819/2016, art. 59).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia sobre el principio de transparencia fiscal?

[§ 880] DOCTRINA.—**El principio de transparencia fiscal se aplica sólo para la determinación del impuesto de la renta y complementarios en los contratos de fiducia mercantil**. "(...) Sobre el particular, son consideraciones de esta Dirección las siguientes:

(...).

Por su parte, el artículo 102 *ibidem* señala:

*"ART. 102.—**Contratos de fiducia mercantil.** (Art. modificado por el art. 81 de la L. 223/1995). Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:*

(...).

2. *(Numeral modificado por el art. 59 de la L. 1819/2016). El **principio de transparencia** en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:*

*En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, **los ingresos, costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o periodo gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo con las mismas condiciones tributarias**, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron **fueren desarrolladas directamente por el beneficiario**.*

Cuando los beneficiarios o fideicomitentes sean personas naturales no obligadas a llevar contabilidad se observará la regla de realización prevista en el artículo 27 del Estatuto Tributario.

3. *Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a **condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio**, éstas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, **el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios**. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.*

(...).

5. (Numeral modificado por el art. 82 de la L. 488/1998). El nuevo texto es el siguiente:

*(Inc. modificado por el art. 127 de la L. 1607/2012). El nuevo texto es el siguiente: **Las sociedades fiduciarias deben cumplir con los deberes formales de los patrimonios autónomos que administren**. Para tal fin, se le asignará a las sociedades fiduciarias, aparte del NIT propio, un NIT que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administren. El Gobierno Nacional determinará adicionalmente en qué casos los patrimonios autónomos administrados deberán contar con un NIT individual, que se les asignará en consecuencia.*

(...).

Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de **las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos** así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones (...)" *(*negrillas fuera de texto).

(...).

*Nótese que este despacho, mediante Oficio 901029 del 29 de noviembre de 2018, dio alcance a la expresión **"condiciones tributarias" establecida en el principio de transparencia fiscal de los contratos de fiducia mercantil** en los siguientes términos:*

*"(...) el principio fundamental para efectos tributarios en materia de fiducias es el de transparencia fiscal. Dicho principio consta de que el beneficiario de fideicomiso es el sujeto obligado tributariamente, y la entidad fiduciaria solo cumple con una función instrumental. Por lo tanto, y de conformidad con el régimen tributario aplicable a la materia, los derechos fiduciarios tienen el mismo tratamiento tributario (costos y condiciones tributarias) de los bienes aportados al patrimonio autónomo por parte del fideicomitente, teniendo en cuenta que **la expresión condiciones tributarias no se restringe al costo fiscal asociado al bien, si no que hace referencia a la fuente, naturaleza, deducibilidad, concepto e inclusive, a los beneficios tributarios**.*

(...)".

Dicho pronunciamiento ha sido reiterado en los Oficios 331 [003888] del 14 de febrero de 2019, 2057 [020964] del 23 de agosto de 2019, 2244 [027129] del 12 de septiembre de 2019 y 0086 [001863] del 30 de enero de 2020, constituyendo así doctrina vigente en la materia". (Dian. Conc. 909023 (int. 168). dic. 29/2022).

Impuestos nacionales

Impuesto de renta y complementarios

Contrato de Fiducia Mercantil

¿En cabeza de quién se gravan los ingresos originados en el contrato de fiducia mercantil para los fines del impuesto sobre la renta?

[§ 881] Los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se gravan en cabeza del beneficiario o fideicomisario.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 2º. Modificado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Cuándo se causan los ingresos originados en los contratos fiduciarios para los fines del impuesto sobre la renta?

[§ 882] Para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio autónomo del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos.

Al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de los resultados obtenidos en el respectivo período por el patrimonio autónomo y por cada beneficiario, siguiendo las normas del Estatuto Tributario para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación.

(D.L. 624/1989 - E.T. art. 102, num. 1º, inc. 2º. Modificado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Qué deben declarar los beneficiarios en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios?

[§ 883] Los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra y a cargo del patrimonio autónomo.

Cuando los beneficiarios o fideicomitentes sean personas naturales no obligadas a llevar contabilidad se observará la regla de realización prevista en el artículo 27 del Estatuto Tributario.

(D.L. 624/1989 - E.T. art. 102, num. 2º. Modificado. L. 1819/2016 art. 59).

¿Cuándo deben ser incluidos, en las declaraciones sobre la renta de los beneficiarios, los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra de los patrimonios autónomos?

[§ 884] Deben ser incluidas en el mismo año o periodo gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo.

(D.L. 624/1989 - E.T. art. 102, num. 2º. Modificado. L. 1819/2016, art. 59).

¿En qué condiciones deben ser incluidos los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra del patrimonio autónomo en las declaraciones sobre la renta de los beneficiarios?

[§ 885] En las mismas condiciones tributarias, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron fueren desarrolladas directamente por el beneficiario.

(D.L. 624/1989 - E.T. art. 102, num. 2º. Modificado. L. 1819/2016, art. 59).

¿Qué documento debe expedir la sociedad fiduciaria a los beneficiarios para efectos de incluir los ingresos, costos y gastos devengados a favor o en contra del patrimonio autónomo en las declaraciones sobre la de renta?

[§ 886] La sociedad fiduciaria deberá proporcionar a los fideicomitentes y/o beneficiarios la información financiera relacionada con el patrimonio autónomo.

La certificación deberá estar firmada por el representante legal o quien haga sus veces, y la información financiera, que hará parte integral de dichos certificados, por el contador público y/o revisor fiscal, según corresponda, de acuerdo con los mecanismos establecidos en las disposiciones vigentes que rigen en materia de firmas.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102, par. 3º Modificado y Adicionado. L. 1819/2016, art. 59).

¿El beneficiario, fideicomitente o adherente tendrá derecho a beneficios tributarios por inversiones, donaciones, adquisiciones compra, ventas o cualquier otro concepto, en operaciones realizadas a través de un patrimonio autónomo o de un fondo de inversión de capital?

[§ 887] Si el beneficiario, fideicomitente o adherente tendrá derecho a disfrutar del beneficio correspondiente, cuando la ley consagre un beneficio tributario por inversiones, donaciones, adquisiciones, compras, ventas o cualquier otro concepto, así la operación que da lugar al beneficio se realiza directamente o a través de un patrimonio autónomo, o de un fondo de inversión de capital.

(D.L. 624/1989, art. 102, num. 8º. Adicionado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Cuál es el costo fiscal de los derechos fiduciarios?

[§ 888] Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo.

(D.L. 624/1989, E.T., art. 102, num. 1º, L. 1607/2012, art. 127).

¿Para efectos del impuesto sobre la renta, quién es considerado como beneficiario en el contrato de fiducia mercantil de garantía?

[§ 889] En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.

(D.L. 624/1989; E.T., art. 102, num. 3º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el beneficiario de la fiducia de garantía?

[§ 890] DOCTRINA.—**Para efectos tributarios el constituyente es siempre beneficiario en la fiducia de garantía.** "Es importante destacar que fiscalmente se ha optado por advertir que "en los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente" esta solución coincide con la posición que adoptamos, luego de vacilaciones iniciales, pues es evidente que si los pagos hechos con el producto de la liquidación del activo transferido se hacen a favor del acreedor y por este aspecto se tiene como beneficiario, no es menos cierto que simultáneamente el constituyente obtiene el beneficio patrimonial y jurídico de liberarse de una obligación a su cargo como lo vimos en su momento". (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Segunda Edición 2017. Legis, Bogotá, pág. 637).

¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los patrimonios autónomos?

[§ 891] Los patrimonios autónomos no son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios.

Sin embargo, cuando no se puedan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, por estar sometido el fideicomiso o patrimonio autónomo a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias, las rentas en el respectivo ejercicio serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 3º).

¿Sobre quién se causa el impuesto de renta o ganancia ocasional cuando hay transferencia de los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo?

[§ 892] El impuesto sobre la renta o ganancia ocasional se causará en cabeza del constituyente, cuando los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente.

Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos. Para estos fines se aplicarán las normas generales sobre la determinación de la renta o la ganancia ocasional, así como las relativas a las donaciones y la prevista en los artículos 90 y 90-1 del Estatuto Tributario.

(D.L. 624/1989, E.T., art. 102, num. 4º).

¿Cuál es el tratamiento tributario que se le debe dar a las utilidades acumuladas en los fideicomisos y no distribuidas, ni abonadas en cuenta?

[§ 893] Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deben ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta en el mismo año en que se causen.

Cuando no sea posible identificar a los beneficiarios, por encontrarse el fideicomiso sometido a alguna de las situaciones contemplada en el numeral 3º del artículo 102 del Estatuto Tributario, se procede de acuerdo con lo allí previsto.

(D.L. 624/1989, E.T., art. 102, num. 6º).

Contrato de titularización

¿Quiénes están sujetos al impuesto de renta y complementarios en el contrato de titularización?

[§ 894] En los contratos de titularización, el originador y los tenedores de los títulos están sujetos al impuesto de renta y complementarios así:

a) El originador sobre todos los valores causados o reconocidos a su favor, en el respectivo ejercicio, en exceso del costo fiscal de los bienes, títulos o derechos de su propiedad utilizados en el proceso de titularización.

b) Los tenedores de los títulos sobre las rentas generadas por los mismos y sobre las ganancias obtenidas en su enajenación. Las rentas derivadas de los títulos de contenido crediticio reciben el tratamiento de rendimientos financieros; las derivadas de títulos de participación tendrán el tratamiento que corresponda a su naturaleza. En los títulos mixtos, el tratamiento tributario será el que corresponda a las rentas obtenidas por cada uno de los respectivos conceptos.

Cuando se adquieran bienes o derechos a través del proceso de titularización, su costo fiscal será la suma del costo fiscal de los respectivos títulos.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102-1, Adicionado L. 223/95, art. 82).

Fondos de inversión colectiva, fondos de capital privado, fondos voluntarios de pensión

¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los fondos de inversión?

[§ 895] Los fondos de inversión **colectiva no** son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 23-1, inc. 1º).

¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los fondos de capital privado?

[§ 896] Los fondos de capital privado no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 23-1, inc. 1º).

¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios los recursos de los fondos?

[§ 897] Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los recursos de los fondos de reparto del régimen de Prima Media con Prestación Definida, los recursos de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales y los recursos del fondo de solidaridad pensional. Los fondos no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios.

(L. 100/1993, art. 135).

¿Son contribuyentes de impuestos, tasas y contribuciones los recursos de los pilares básico solidario, semicontributivo y contributivo?

[§ 898] No. Los recursos de los pilares básico solidario, semicontributivo y contributivo, los recursos de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales y los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional.

(L. 2381/2024, art. 84).

¿Son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Componente Complementario de Ahorro Individual y sus respectivos rendimientos?

[§ 898-1] No. las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Componente Complementario de Ahorro Individual y sus respectivos rendimientos están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios.

(L. 100/1993, art. 135, num. 3º y L. 2381/2024, art. 84, num. 3º).

¿Están obligados a presentar declaración de ingresos y patrimonio los fondos de inversión colectiva y voluntarios de pensión?

[§ 899] Los fondos de inversión colectiva y voluntarios de pensión, aun cuando no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios están obligados a presentar declaración de ingresos y patrimonio.

Los recursos de los pilares básico solidario, semicontributivo y contributivo, los recursos de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales y los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional.

(D.R. 4836/2010, art. 10, nums. 3º y 4º, L. 2381/2024, art. 84).

¿Qué información exógena deben presentar las sociedades fiduciarias respecto de los fondos que administran?

[§ 900] Las fiduciarias en su calidad de administradoras de fondos de inversión colectiva, fondos mutuos de inversión y demás fondos, deberán bajo su propio RUT informar según lo dispuesto en el literal a) del artículo 623 del Estatuto Tributario (D.L. 624/1989), los datos de sus inversionistas y/o participes, relativos al año gravable correspondiente, conforme lo determine la DIAN.

(L. 624/1989 - E.T., art. 623, lit. a)).

Obligaciones tributarias de la fiduciaria

¿A quién le corresponde cumplir con los deberes formales tributarios del patrimonio autónomo?

[§ 901] Para efectos del impuesto de renta y complementarios, corresponde a las sociedades fiduciarias cumplir con los deberes formales señalados en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según sea el caso, con relación a cada uno de los patrimonios que administran y están bajo su responsabilidad.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 1º. Modificado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Cuántas declaraciones debe presentar la sociedad fiduciaria por los patrimonios autónomos?

[§ 902] La sociedad fiduciaria debe presentar una sola declaración por todos los patrimonios autónomos y tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la DIAN para cuando esta lo solicite.

Cuando se trate de uno o varios patrimonios autónomos con NIT independiente del global, la fiduciaria debe presentar una declaración independiente por cada patrimonio autónomo con NIT independiente y suministrar la información que le solicite la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

(D.L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 2º. Modificado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina respecto de las obligaciones formales de la sociedad fiduciaria?

[§ 903] DOCTRINA.—**La sociedad fiduciaria como administradora del patrimonio autónomo, el fondo de inversión colectiva y fondo de capital privado es el responsable de cumplir con los deberes formales a cargo de estos en virtud del principio de transparencia fiscal.** "(…) Así las cosas, en consideración a lo dispuesto en los artículos 23-1 y 102 del Estatuto Tributario, Decreto 1625 de 2016 y 20 de la Resolución DIAN 167 de 2021, es el tercero, representante o administrador del patrimonio autónomo, fondo de capital privado o fondo de inversión colectiva el responsable de cumplir con los deberes formales a cargo de estos, así mismo son los que deben tener en cuenta los requisitos, condiciones y limitaciones para la procedencia de los costos, deducciones, impuestos descontables u otros aspectos en materia tributaria (…).

De modo que, sin perder de vista la transparencia fiscal impuesta sobre el particular y en aras de que los fideicomitentes o participes del correspondiente vehículo de inversión puedan soportar los costos o deducciones en el impuesto sobre la renta e impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas (tal y como lo exige el artículo 771-2 del Estatuto Tributario) cuando se adquieren bienes y/o servicios —con cargo al patrimonio autónomo o fondo— de sujetos no obligados a expedir factura de venta o documento equivalente, las respectivas sociedades fiduciarias y administradoras deberán cumplir con el deber formal de generación y transmisión para validación del documento soporte en adquisiciones con sujetos no obligados a expedir factura de venta o documento equivalente.

Sostener lo contrario implicaría desconocer el efecto útil de los artículos 23-1 y 102 del Estatuto Tributario, en concreto, haciendo nugatoria la materialización del principio de transparencia fiscal y el cumplimiento de los deberes formales a los que están sometidas las sociedades fiduciarias (…) administradoras de fondos de inversión quienes por mandato legal son los sujetos que se hacen

cargo de los entes trasparentes (i.e. patrimonio autónomo y fondos de capital privado).

(…).

Aunado a lo anterior, nótese que, aunque los patrimonios autónomos y los fondos de capital privado son vehículos transparentes, cada uno con sus propias características jurídicas, es viable asemejarlos en cuanto al tratamiento y cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de cada uno.

Sobre el principio de transparencia que comparten los referidos vehículos de inversión (a saber, patrimonios autónomos y fondos de capital privado), la Subdirección de Normativa y Doctrina interpretó su tratamiento equiparable, así:

"(...) en virtud del régimen de neutralidad y transparencia de estos vehículos, el derecho recibido por el partícipe, producto de su aporte al FCP, cuenta con el mismo tratamiento fiscal de dicho bien o derecho *aportado, tanto para efectos de la determinación de su costo fiscal como de sus* condiciones tributarias. *Ello, atendiendo la naturaleza propia de los FCP.*

Nótese que este despacho, mediante Oficio 901029 del 29 de noviembre de 2018, dio alcance a la expresión ***"condiciones tributarias" establecida en el principio de transparencia fiscal de los contratos de fiducia mercantil*** *en los siguientes términos:*

"(...) el principio fundamental para efectos tributarios en materia de fiducias es el de transparencia fiscal. Dicho principio consta de que el beneficiario de fideicomiso es el sujeto obligado tributariamente, y la entidad fiduciaria solo cumple con una función instrumental. Por lo tanto, y de conformidad con el régimen tributario aplicable a la materia, los derechos fiduciarios tienen el mismo tratamiento tributario (costos y condiciones tributarias) de los bienes aportados al patrimonio autónomo por parte del fideicomitente, teniendo en cuenta que ***la expresión condiciones tributarías no se restringe al costo fiscal asociado al bien, sino que hace referencia a la fuente, naturaleza. deducibilidad, concepto*** **e,** ***inclusive*****, a** ***los beneficios tributarios.***

(...).

Así las cosas, (…) las sociedades fiduciarias como (…) administradoras de fondos de capital privado, en la medida que corresponden a profesionales especializados, encargados de administrar y gestionar los citados vehículos de inversión, están en la obligación de cumplir con los deberes formales a cargo de estos. (DIAN. Conc. Oficio 909023, (Int. 168), dic. 29/2022).

¿Cómo se identifican tributariamente los patrimonios autónomos?

[§ 904] A cada sociedad fiduciaria se le asigna, un NIT que identifica en forma global a todos los fideicomisos que administra, aparte de su propio NIT.

El gobierno nacional puede determinar en qué casos los patrimonios autónomos deberán contar con un NIT individual.

(D.L. 624/1989 - E.T. art. 102, num. 5º, inc. 1º. Modificado. L. 1607/2012, art. 127).

¿Qué patrimonio autónomo debe contar con un NIT individual?

[§ **905]** Por disposición legal los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de operaciones de comercio exterior deberán contar con un NIT individual.

(D. 2460/2013, art. 5º, lit. b), DUR. 1625/2016, num. 5º. Modificado. D. 678/2022, art. 1º).

¿Se deben inscribir los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de operaciones de comercio exterior en el RUT?

[§ 906] Sí. Cuando las sociedades fiduciarias administran patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de operaciones de comercio exterior, deben realizar la inscripción en el Registro Único Tributario de dichos patrimonios autónomos para la obtención del número de identificación tributario NIT que los identifique de manera individual.

(D. 589/2016, art. 1º que reglamentó el num. 5º del art. 102 del D.L. 624/1989 – E.T., DUR. 1625/2016, num. 5º. Modificado. D. 678/2022, art. 1º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la doctrina sobre el NIT y RUT de los patrimonios autónomos?

[§ 907] DOCTRINA.—**Las sociedades fiduciarias que administran patrimonios autónomos cuya finalidad sea operaciones de comercio exterior deberán ser inscritos en el RUT y obtener un NIT individual para efectos del cumplimiento de las obligaciones formales.** "(…) El artículo 1º del Decreto 589 de 2016 establece que: ART. 1º—Las sociedades fiduciarias que administren **patrimonios autónomos constituidos para desarrollar operaciones de comercio exterior**, en desarrollo y cumplimiento de la regulación aduanera, deberán realizar la inscripción en el Registro Único Tributario (RUT) de dichos patrimonios autónomos para la obtención del Número de Identificación Tributaria (NIT), que los identifique de manera individual. (resaltado por fuera de texto).

De la norma transcrita se tiene que el legislador determinó que la fiducia administradora de un patrimonio autónomo creado para llevar a cabo operaciones de comercio exterior debe cumplir con el trámite de inscripción en el RUT y obtener un NIT de manera independiente.

En línea con lo anterior el Decreto 1625 de 2016 establece en el artículo 1.6.1.2.1***** la obligación de inscripción en el RUT señalando en el numeral 5 que los patrimonios autónomos constituidos para desarrollar operaciones de comercio exterior, en desarrollo y cumplimiento de la legislación aduanera deberán cumplir con esta condición y obtener un NIT individual. En cuanto a la formalización del RUT la norma señala los documentos que deberán presentarse de conformidad con en el artículo 1.6.1.2.11. *ibidem* que para el caso de los patrimonios autónomos se encuentran descritos el numeral 10 del artículo en comento.

(…).

(…) el Decreto 1625 de 2016 tiene como finalidad que la sociedad fiduciaria cumpla con los deberes formales (por ejemplo, la presentación de una declaración) del patrimonio autónomo constituido para realizar operaciones de comercio exterior y suministrar la información que solicite la DIAN". (DIAN. Conc. 002230, int. 226, abr. 3/2024).

***NOTA:** DUR 1625/2016, art. 1.6.1.2.1., num. 5º, Modificado. D. 678/2022, art. 1º, num 5º.

¿Cuál es la responsabilidad de las sociedades fiduciarias por el no cumplimiento de las obligaciones formales?

[§ 908] Las fiduciarias son responsables por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos; así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones.

(D. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 3º. Modificado. L. 488/98, art. 82).

¿Qué bienes puede perseguir la administración de impuestos en la acción de cobro?

[§ 909] La administración tributaria en la acción de cobro podrá perseguir los bienes del patrimonio autónomo, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el artículo 102 del Estatuto Tributario.

(E.T., art. 102, par. 2º, Modificado. L. 488/1998, art. 82).

Retención en la fuente

¿Sobre qué conceptos la fiduciaria debe practicar retención en la fuente el fiduciario?

[§ 910] La fiduciaria deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los respectivos ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes.

(D. 624/1989 - E.T., art. 102, par. 1º. Modificado. L. 223/1995, art. 81).

¿En qué casos debe practicar la sociedad fiduciaria la retención en la fuente?

[§ 911] En términos generales, la sociedad fiduciaria deberá practicar la retención en la fuente, sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los negocios fiduciarios, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes. (L. 624/1989 - E.T., art. 102, par. 1º).

¿Cuáles son los requisitos para que los contribuyentes puedan ser autorizados como autorretenedores del impuesto sobre la renta?

[§ 911-1] 1. Ser residente en el país en caso de las personas naturales o tener domicilio en el país si se trata de personas jurídicas, responsables del impuesto sobre la renta en el régimen ordinario o de ingresos y patrimonio.

2. Que la inscripción en el registro único tributario (RUT), sea igual o superior a tres (3) años, y que en dicho registro el contribuyente se encuentre activo y la información actualizada.

3. Haber obtenido ingresos brutos en el año gravable anterior superiores a ciento treinta mil (130.000) unidades de valor tributario (UVT) vigentes a la fecha de la solicitud.

4. Tener un número superior a cincuenta (50) clientes que le practiquen retención en la fuente, que reúnan las exigencias previstas en los artículos 368 y 368-2 del Estatuto Tributario.

5. No encontrarse en proceso de liquidación, reestructuración, reorganización, concordato o toma de posesión o no haber suscrito acuerdo de reestructuración o reorganización.

6. No presentar pérdidas fiscales en los últimos tres (3) años gravables anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y que la misma no tenga su origen en la aplicación de beneficios tributarios, para lo cual se requiere que al momento de la solicitud se adjunte certificación emitida por contador público o revisor fiscal según corresponda, que así lo demuestre.

7. Encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarías, en cuanto a la presentación y pago de las mismas, a la fecha de radicación de la solicitud y durante el término de estudio de esta.

8. No encontrarse incurso dentro de las causales de suspensión de la autorización para actuar como autorretenedor de que tratan los numerales 2º y 3º del artículo 4º de la presente resolución.

PAR. 1º—En el evento en que el solicitante acredite que los ingresos brutos a que se refiere el numeral 3º del presente artículo, exceden de seiscientas treinta mil (630.000) unidades de valor tributario (UVT), se podrá autorizar como autorretenedor, sin tener en cuenta el número de clientes mínimos exigibles.

PAR. 2º—Si el solicitante posee inversión estatal y cuenta con un patrimonio superior a doscientas noventa mil (290.000) unidades de valor tributario (UVT) podrá ser autorizado como autorretenedor, sin tener en cuenta los requisitos establecidos en los numerales 3º y 4º del presente artículo.

PAR. 3º—Si el solicitante ha sido declarado como Zona Franca Permanente Especial, por cumplir los requisitos establecidos en la Ley 1004 de 2005 y en el Decreto 2147 de 2016 o en las normas que las modifican o adicionen, podrá ser autorizado como autorretenedor, sin tener en cuenta los requisitos establecidos en los numerales 3º y 4º del presente artículo.

(Res. 5707/2019, art. 1º, Modificada. Res. 26/2024, art. 1º, nums. 6º y 7º, DIAN).

¿En relación con los fondos de inversión colectiva, de capital privado, fondos mutuos de inversión y otros fondos sobre qué concepto debe la fiduciaria practicar la retención en la fuente?

[§ 912] La sociedad fiduciaria, como administradora de los fondos, practicará la retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta y complementarios sobre los ingresos que distribuya entre sus suscriptores o partícipes.

(L. 624/1989 - E.T., art. 368-1. Modificado. L. 2010/2019, Reglamentada por el D. 1054/2020, art. 3º, D. 1848/2013, art. 1º).

¿En qué momento la fiduciaria debe practicar la retención en la fuente sobre los rendimientos de los fondos de inversión colectiva?

[§ 913] La retención en la fuente que corresponda a los ingresos que distribuyan los fondos entre los suscriptores o partícipes debe practicarse al momento del pago, salvo en los casos en los que no se admita el diferimiento del ingreso, en este último caso la retención deberá realizarse conforme a las normas que son aplicables en los contratos de fiducia mercantil, al momento de la realización del ingreso.

(L. 624/1989 - E.T., art. 368-1, Reglamentado por el D. 1054/2020 art. 2º, D. 1848/2013, art. 1º).

¿Hay un tratamiento diferenciado en el caso de los fondos de capital privado?

[§ 914] Sí, las redenciones de participaciones que se efectúen a los inversionistas del fondo de capital privado, que correspondan a restitución o reembolso de aportes en los términos del reglamento del fondo de capital privado, no estarán sujetas a la retención en la fuente hasta la concurrencia del valor total de dichos aportes. Alcanzado este límite, se aplicarán las reglas previstas en el presente decreto.

Conforme con lo anterior, a los fondos de capital privado no se les aplica la regla general de los fondos de inversión colectiva del artículo 1º del Decreto 1848 de 2013.

(D. 1859/2014, art. 1º que adicionó el par. 7º al art. 1º, D. 1848/2013).

¿Cuándo se practica la retención en la fuente en los fondos de capital privado?

[§ 915] Se practica cuando haya concurrido el valor total de los aportes.

Las redenciones que correspondan a restitución o reembolso de aportes en los términos del reglamento del fondo de capital privado, no estarán sujetas a la retención en la fuente hasta la concurrencia del valor total de dichos aportes. Alcanzado este límite se aplican las reglas previstas en el Decreto 1848 de 2013.

(D. 1848/2013, art. 1º, par. 7º. Adicionado. D.L. 1859/2014, art. 1º).

¿Con qué recursos debe atender el fiduciario el pago de la retención en la fuente?

[§ 916] Con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, las fiduciarias deberán atender el pago de la retención en la fuente, que se genere como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios, cuando sean procedentes.

(L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 4º. Modificado. L. 488/98, art. 82).

¿Quiénes deben responder por el pago de la retención en la fuente cuando los recursos del patrimonio autónomo no sean suficientes?

[§ 917] Cuando los recursos del patrimonio autónomo sean insuficientes para pagar la retención en la fuente, los beneficiarios responderán solidariamente por las retenciones y sanciones.

(L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 5º. Modificado. L. 488/98, art. 82).

¿Cuáles han sido los pronunciamientos de la doctrina frente a la retención en la fuente que debe practicar la fiduciaria sobre los rendimientos de las inversiones?

[§ 918] DOCTRINA.—¿**Resultan aplicables de forma supletiva las normas tributarias relativas a la fiducia mercantil?** Al respecto, se debe tener en cuenta el artículo 368-1 del Estatuto Tributario que dispone: "ART. 368-1.—**Retención sobre distribución de ingresos por los fondos a que se refiere el artículo 23-1 del Estatuto Tributario.** Los fondos de que trata el artículo 23-1 de este estatuto o las sociedades que los administren o las entidades financieras que realicen pagos a los inversionistas, según lo establezca el Gobierno Nacional, efectuarán la retención en la fuente que corresponda a los ingresos que distribuyan entre los suscriptores o partícipes, al momento del pago, salvo en los casos en los que no se admita el diferimiento del ingreso, en los términos establecidos en la norma. En este último caso la retención deberá realizarse conforme a las normas que son aplicables en los contratos de fiducia mercantil, al momento de la realización del ingreso. Los agentes de retención serán los responsables de confirmar la procedencia de beneficio del diferimiento del ingreso y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario. (...)".

En concordancia con lo anterior, deberán atenderse los artículos 1.2.1.9.1.1., 1.2.1.9.1.2., 1.2.4.7.5. y 1.2.4.7.6. del Decreto 1625 de 2016 (adicionados por el Decreto 1054 de 2020) de los cuales se observa que la aplicación de las normas de fiducia mercantil a los FCP es procedente únicamente en los casos expresamente señalados por dichas disposiciones legales".

(...).

Respecto al reconocimiento del ingreso en los FCP deberá observarse lo dispuesto en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario, el cual señala: "ART. 23-1.—**No son contribuyentes los fondos de capital privado, los fondos de inver-**

sión colectiva y otros. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva, administrados por una entidad autorizada para tal efecto. La remuneración que reciba por su labor la entidad que administre el fondo constituye un ingreso gravable para la misma y estará sujeta a retención en la fuente. Los ingresos del fondo de capital privado o de inversión colectiva, previa deducción de los gastos a cargo del mismo y de la contraprestación de la sociedad administradora, se distribuirán entre los suscriptores o partícipes, al mismo título que los haya recibido el fondo de capital privado o de inversión colectiva y en las mismas condiciones tributarias que tendrían si fueran percibidos directamente por el suscriptor o partícipe. No obstante, lo anterior, la realización de las rentas para los beneficiarios o partícipes de un fondo solo se diferirá hasta el momento de la distribución de las utilidades, inclusive en un periodo gravable distinto a aquel en el cual el fondo de capital privado o los fondos de inversión colectiva han devengado contablemente el respectivo ingreso, en los siguientes casos: (...)".

Por lo tanto, para efectos del reconocimiento del ingreso por parte de los partícipes del FCP, deberá observarse lo dispuesto en la norma citada (i.e., requisitos especiales para el diferimiento del ingreso), así como las disposiciones del Decreto 1625 de 2016 aplicables (en particular las sustituidas por el Decreto 1054 de 2020) y los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario. Igualmente, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.2.1.9.1.3. del Decreto 1625 de 2016, el cual indica: "ART. 1.2.1.9.1.3.— **Fondos cuyo propósito principal sea el diferimiento de impuestos.** En los casos en que el propósito principal de la creación del fondo de capital privado o de inversión colectiva sea el diferimiento de impuestos, las rentas de los partícipes o suscriptores se causarán en el mismo ejercicio en que son percibidas por el fondo de capital privado o de inversión colectiva, con independencia de que se cumpla con los requisitos señalados en los literales a) y b) del numeral 2 del inciso 4 artículo 23-1 del Estatuto Tributario. Entre otros, se considera que el propósito principal de un fondo de capital privado o de inversión colectiva es el diferimiento de impuestos cuando este se estructura con el fin de realizar una transacción particular de venta de uno o varios activos, de conformidad con el inciso 5 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario. De igual forma, cuando el fondo de capital privado o de inversión colectiva se estructura sin razón o propósito económico y/o comercial aparente, con el fin de obtener provecho tributario, de conformidad con el artículo 869 del Estatuto Tributario". (DIAN. Conc. 909170. sep. 6/2021).

Impuesto al Valor Agregado IVA

¿Debe presentar la fiduciaria declaración de IVA por las actividades de los patrimonios autónomos?

[§ 919] La sociedad fiduciaria deberá presentar declaraciones bimestrales de IVA, cuando los patrimonios autónomos sean responsables de este impuesto, utilizando para el efecto el NIT global de los mismos. Igualmente, podrán compensar el IVA descontable en los fideicomisos responsables de este impuesto.

(L. 624/1989 - E.T., arts. 600 y 601. L. 1607/2012, arts. 61 y 62).

¿Con qué recursos debe atender el fiduciario el pago del IVA?

[§ 920] Con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, las fiduciarias deberán atender el pago del IVA que se genere como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios, cuando sean procedentes.

(L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 4º).

¿Quiénes deben responder por el pago del IVA cuando los recursos del patrimonio autónomo no sean suficientes?

[§ 921] Cuando los recursos del patrimonio autónomo sean insuficientes para pagar el IVA, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos, retenciones y sanciones.

(L. 624/1989 - E.T., art. 102, num. 5º, inc. 5º).

Gravamen a los movimientos financieros, GMF

¿Qué hechos en materia fiduciaria generan el GMF?

[§ 922] Son hechos generadores del GMF:

• El traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre fondos de inversión colectivas, entre diferentes copropietarios de los mismos, así como el retiro de estos derechos por parte del beneficiario o fideicomitente, inclusive cuando dichos traslados o retiros no estén vinculados directamente a un movimiento de una cuenta corriente, de ahorros o de depósito. En aquellos casos en que sí estén vinculadas a débitos de alguna de dichas cuentas, toda la operación se considerará como un solo hecho generador.

• Las operaciones de pago a terceros por cuenta de los clientes de las fiduciarias por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones.

• Los fondos de inversión colectiva.

(L. 624/1989 - E.T., art. 871, incs. 3º, 4º, 8º y 11. L. 1430/2010, arts. 28 y 45).

¿Quién es el sujeto pasivo del gravamen?

[§ 923] El sujeto pasivo del gravamen es el fideicomitente o el aportante o suscriptor.

(L. 624/1989 - E.T., art. 871, incs. 10 y 11. L. 1430/2010, art. 28).

¿Quién es el agente retenedor?

[§ 924] El agente de retención del GMF es la fiduciaria (L. 624/1989 - E.T., art. 876).

En los casos en que no procedan las exenciones previstas en los numerales 5º y 7º del artículo 879 del Estatuto Tributario, actuará como agente de retención el girador.

Tratándose de cheques de gerencia que hayan sido solicitados por la sociedad fiduciaria esta actuará como agente de retención (D. 660/2011, art. 3º).

También se gravarán al momento del retiro definitivo de los recursos, las utilidades o rendimientos generados por las inversiones o portafolios constituidos en sociedades fiduciarias y la base gravable estará constituida únicamente por el valor de la utilidad o rendimiento. La sociedad fiduciaria, deberá actuar como agente de retención por los rendimientos y utilidades gravados.

¿Cuándo se causa el GMF?

[§ 925] El GMF es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que

se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera.

(L. 624/1989 - E.T., art. 873).

¿Están gravados los pagos a terceros originados en operaciones de compensación y liquidación de valores u operaciones simultáneas o transferencia temporal de valores?

[§ 926] Las operaciones de pago a terceros por cuenta del fideicomitente por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones fuera del mercado de valores se encuentran sujetas al GMF, así se originen en operaciones de compensación y liquidación de valores u operaciones simultáneas o transferencia temporal de valores.

En este caso el agente de retención del gravamen es la fiduciaria y sujeto pasivo el fideicomitente.

(L. 624/1989 - E.T., art. 879, num. 5º, inc. 2º. L. 1430/2010, art. 4º).

Exenciones al GMF

¿Qué desembolsos o pagos están exentos del gravamen?

[§ 927] Los desembolsos o pagos, según corresponda, mediante abono a la cuenta corriente o de ahorros o mediante la expedición de cheques con cruce y negociabilidad restringida, derivados de las operaciones de compensación y liquidación que se realicen a través de sistemas de compensación y liquidación administradas por entidades autorizadas para tal fin respecto a operaciones que se realicen en el mercado de valores, derivados, divisas o en las bolsas de productos agropecuarios o de otros comodities, incluidas las garantías entregadas por cuenta de participantes y los pagos correspondientes a la administración de valores en los depósitos centralizados de valores siempre y cuando el pago se efectúe al cliente, comitente, fideicomitente, mandante.

Las operaciones de pago a terceros por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones se encuentran sujetas al Gravamen a los Movimientos Financieros.

Cuando la operación sea gravada, el agente de retención es el titular de la cuenta de compensación y el sujeto pasivo su cliente.

(L. 624/1989 - E.T., art. 879, num. 7º. D. 660/2011, art. 2º. L. 1430/2010, art. 5º).

¿Qué traslados se encuentran exentos del gravamen?

[§ 928] Están exentos los siguientes traslados:

a) Entre fondos de inversión colectiva constituidos en la misma entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de los cuales sea titular el mismo y único partícipe o suscriptor.

b) Entre cuentas de ahorro, cuentas corrientes, CDT's, y/o tarjetas prepago nominadas, y cuentas abiertas a nombre de un fondo de inversión colectiva de la

cual sea partícipe o suscriptor, el mismo y único titular de la cuenta individual, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

c) Entre cuentas de ahorro, cuentas corrientes, CDT's, y/o tarjetas prepago nominadas, y un patrimonio autónomo o un encargo fiduciario, de los cuales sea aportante o suscriptor el mismo cliente inicial, fideicomitente constituyente o mandante inicial, siempre y cuando estén abiertas en el mismo establecimiento de crédito.

d) Entre patrimonios autónomos o encargos fiduciarios abiertos en la misma entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, de los cuales sea aportante o suscriptor el mismo cliente inicial, fideicomitente constituyente o mandante inicial.

e) Entre inversiones o portafolios constituidos en una misma sociedad fiduciaria a favor de un mismo beneficiario.

Estas exenciones no comprenden las operaciones que impliquen el traslado de recursos entre cuentas de ahorro y/o corrientes asociadas a patrimonios autónomos diferentes que pertenezcan a fideicomitentes o beneficiarios distintos al inicial.

f) Entre las cuentas que tengan las entidades distribuidoras, incluidas las cuentas ómnibus, previstas en el artículo 3.1.4.2.2 del Decreto 2555 de 2010 y cualquier norma que lo modifique o sustituya, en desarrollo de la actividad de distribución de fondos de inversión colectiva de que tratan los Capítulos 1 y 2 del Título 4 del Libro 1 de la Parte 3 Fondos de Inversión Colectiva del Decreto 2555 de 2010 y las cuentas que las entidades administradoras de fondos de inversión colectiva señalen para que la cuenta ómnibus o el participe, según sea el caso, se constituya como inversionista de un fondo de inversión colectiva, en el entendido que dichos traslados se realizan a favor de un mismo beneficiario entendiendo por este, el inversionista del fondo de inversión colectiva, bien sea, directamente o a través de una cuenta ómnibus.

g) Entre las cuentas que tengan las entidades administradoras de fondos de inversión colectiva y las cuentas de las entidades que desarrollen la actividad de custodia de valores en los términos del Título 1 del Libro 37 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, con el propósito de realizar la compensación y liquidación de las operaciones de inversión de conformidad con las instrucciones impartidas por el administrador de los fondos de inversión colectiva o el gestor de que trata el Capítulo 2 del Título 3 del Libro 1 de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010, en el entendido que dichos traslados se realizan a favor de un mismo beneficiario entendiendo por este, el inversionista del fondo de inversión colectiva, bien sea, directamente o a través de una cuenta ómnibus.

h) Entre las cuentas que tengan los custodiados y las cuentas de las entidades que desarrollen la actividad de custodia de valores en los términos del Título 1 del Libro 37 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, con el propósito de realizar la compensación y liquidación de las operaciones de inversión de conformidad con las instrucciones impartidas por el custodiado o la persona a quien este autorice, en el entendido que dichos traslados se realizan a favor de un mismo beneficiario entendiendo por este, el inversionista, bien sea, directamente o a través de una cuenta ómnibus.

(L. 624/1989 - E.T., art. 879 num. 14. D. 660/2011 art. 8º. Modificado por D. 1744/2013, art. 4º y Adicionado. D. 1489/2015, art. 2º).

¿Qué se entiende como inversión o portafolio para efectos de la exención del GMF?

[§ 929] Se entiende como inversión o portafolio, para efectos de la exención del numeral 14 del artículo 879 del Estatuto Tributario:

• Los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, RNVE, valores listados en sistemas de cotización de valores del extranjero, participaciones en fondos de inversión colectiva, divisas, e instrumentos transados en las bolsas de productos agropecuarios y otros *commodities*, adquiridos directamente o a través de fondos de inversión colectiva, fondos o patrimonios autónomos, encargos fiduciarios y cualquier otro mecanismo autorizado que se utilice para tal fin.

• Las operaciones del mercado monetario realizadas directamente o a través de fondos de inversión colectiva, fondos o patrimonios autónomos, encargos fiduciarios y cualquier otro mecanismo autorizado que se utilice para tal fin.

Para los mismos efectos se entiende como portafolio un conjunto de inversiones.

(L. 624/1989 - E.T., art. 879, num. 14. D. 660/2011, art. 7º. Modificado. D. 1489/2015, art. 1º).

Impuestos territoriales

¿Son sujetos pasivos los patrimonios autónomos de los impuestos territoriales?

[§ 930] Los patrimonios autónomos en quienes se configure el hecho generador del impuesto son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales.

Frente al impuesto a cargo de los patrimonios autónomos los fideicomitentes y/o beneficiarios, son responsables por las obligaciones formales y sustanciales del impuesto, en su calidad de sujetos pasivos. En los contratos de cuenta de participación el responsable del cumplimiento de la obligación de declarar es el socio gestor; en los consorcios, socios o partícipes de los consorcios, uniones temporales, lo será el representante de la forma contractual. Todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad Tributaria respectiva de señalar agentes de retención frente a tales ingresos.

(L. 1430/2010, art. 54, inc. 1º, par. 2º. Modificado. L. 2010/2019, art. 150).

¿Quiénes son los responsables por las obligaciones formales y sustanciales de los impuestos territoriales?

[§ 931] Son responsables por las obligaciones formales y sustanciales del impuesto a cargo de los patrimonios autónomos, los fideicomitentes y/o beneficiarios en su calidad de sujetos pasivos.

(L. 1430/2012, art. 54, par. 2º. Modificado. L. 2010/2019, art. 150, par. 2).

¿Quién es el responsable de declarar los impuestos territoriales en los consorcios o uniones temporales?

[§ 932] El representante legal de los consorcios y de las uniones temporales es responsable de declarar los impuestos territoriales.

(L. 1430/2012, art. 54, par. 2º. Modificado. L. 2010/2019, art. 150, par. 2º).

Tributos en el Distrito Capital

Impuesto de industria y comercio

¿Quiénes son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio en las actividades realizadas a través de patrimonios autónomos?

[§ 933] Los fideicomitentes o beneficiarios serán sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio derivado de las actividades desarrolladas por los patrimonios autónomos, cuando el hecho generador del impuesto se realice a través de los mismos.

(Ac. 469/2011, art. 6º).

¿Quiénes son los responsables de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de las actividades desarrolladas a través de patrimonios autónomos?

[§ 934] Están obligados a presentar la declaración de industria y comercio los fideicomitentes y/o beneficiarios de los patrimonios autónomos, respecto de las actividades gravadas y desarrolladas por los mismos, conjuntamente con las demás actividades que a título propio desarrollen.

(Ac. 469/2011, art. 21, inc. 1º).

¿Quiénes son los responsables de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de las actividades desarrolladas a través de consorcios o uniones temporales?

[§ 935] Respecto de las actividades gravadas y desarrolladas por los consorcios y uniones temporales están obligados a presentar la declaración de industria y comercio el consorcio o unión temporal a través del representante legal respectivo.

(Ac. 469/2011, art. 21, inc. 1º).

¿Quiénes son agentes retenedores del impuesto de industria y comercio por los ingresos obtenidos por el patrimonio autónomo?

[§ 936] Las sociedades fiduciarias serán agentes retenedores de los ingresos obtenidos por el patrimonio autónomo y que estén gravados con el impuesto de industria y comercio del Distrito Capital.

(Ac. 469/2011, art. 23).

Impuesto predial unificado

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto predial unificado respecto de predios vinculados y/o constitutivos de patrimonios autónomos?

[§ 937] Los fideicomitentes y/o beneficiarios del patrimonio autónomo serán los sujetos pasivos del impuesto predial unificado de los predios ubicados en la jurisdicción de Bogotá Distrito Capital vinculados o constitutivos del mismo.

(Ac. 469/2011, art. 8º, inc. 4º).

¿Cómo se puede hacer efectivo el pago del impuesto predial unificado?

[§ 938] Por ser un gravamen real, el pago del impuesto predial unificado se podrá hacer efectivo sobre el respectivo predio independientemente de quién sea su propietario y sin importar el título con el que lo haya adquirido, previo el debido proceso.

No obstante, lo anterior, cuando se expidan liquidaciones oficiales de revisión con posterioridad a la transferencia del predio, la responsabilidad para el pago de los mayores valores determinados recae en cabeza del propietario y/o poseedor de la respectiva vigencia fiscal.

(Ac. 469/2011, art. 9º, incs. 1º y 3º. L. 1430/2010, art. 60, incs. 1º y 4º).

¿Qué se requiere para el otorgamiento de escrituras públicas de transferencia de dominio sobre inmuebles?

[§ 939] Se deberá acreditar ante el notario que el inmueble objeto de transferencia de dominio no tiene deuda vigente por concepto de impuesto predial unificado; así como el pago de las contribuciones por valorización que se hubieren generado sobre el predio y que fueren exigibles.

(Ac. 469/2011, art. 11, inc. 1º. L. 1430/2010, art. 60, inc. 3º).

¿Quiénes son los responsables por las obligaciones formales y sustanciales del impuesto predial unificado en el Distrito Capital de los predios vinculados a patrimonios autónomos?

[§ 940] Son responsables de las obligaciones formales y sustanciales, en calidad de sujetos pasivos, los fideicomitentes y/o beneficiarios del patrimonio autónomo respecto de los predios vinculados y/o constitutivo del mismo.

(Ac. 469/2011, art. 15, inc. 3º).

Impuestos sobre vehículos

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto sobre vehículos vinculados y/o constitutivos de patrimonios autónomos?

[§ 941] Los fideicomitentes y/o beneficiarios del patrimonio autónomo serán los sujetos pasivos del impuesto sobre vehículos matriculados en la jurisdicción de Bogotá Distrito Capital vinculados o constitutivos del mismo.

(Ac. 469/2011, art. 10).

Doctrina y jurisprudencia frente a los impuestos territoriales

¿Cuál ha sido el pronunciamiento de la doctrina frente a los impuestos territoriales?

[§ 942] DOCTRINA.—**Vigencia y alcance de la normatividad aplicable al Distrito Capital contenido en la Ley 1430 de 2010 y Acuerdo Distrital 469 de 2011.** "(...). **Cambios en materia de sujeción pasiva.**

Se adiciona a la sujeción pasiva, los sujetos que realizan el hecho gravado a través de patrimonios autónomos, precisando que las obligaciones formales y materiales recaen en los fideicomitentes y/o beneficiarios.

Actividades gravadas realizadas a través de patrimonios autónomos

En este punto, para efectos del impuesto de industria y comercio, así como frente a los demás impuestos que gravan actividades, la norma establece la obligación material (el pago del tributo) en cabeza del fideicomitente y/o beneficiario en proporción al derecho que estos detenten respecto del patrimonio autónomo. Para la liquidación del tributo debe tenerse en cuenta la base gravable general definida en el artículo 42 del Decreto Distrital 352 de 2002, esto es, los ingresos netos obtenidos por el patrimonio autónomo durante el periodo gravable, los cuales están constituidos por la sumatoria de los ingresos ordinarios y extraordinarios, de los cuales se detraen los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y la venta de activos fijos, ingresos a los cuales el fideicomitente o beneficiario debe sumar aquellos percibidos por actividades diferentes o realizadas por fuera del patrimonio autónomo, siendo el sujeto pasivo del referido tributo la persona natural o jurídica o la sociedad de hecho, que realice el hecho generador de la obligación tributaria, calidad que tienen los fideicomitentes y/o beneficiarios frente a las actividades gravadas desarrolladas a través de los patrimonios autónomos constituido en virtud de una fiducia mercantil, encargo fiduciario o fiducia pública y por tanto independientemente de que la actividad sea desarrollada bajo la figura del patrimonio autónomo, el fideicomitente o beneficiario es el sujeto pasivo frente a los ingresos del fideicomiso.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que los fideicomitentes y/o beneficiarios son los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio derivado de las actividades industriales, comerciales o de servicios adelantadas través de los patrimonios autónomos, deberán liquidar el impuesto sobre la totalidad del ingreso percibido por el patrimonio, que les corresponda, de acuerdo a la proporción de los derechos dentro del mismo y a la tarifa de la actividad desplegada a través del respectivo patrimonio.

De otra parte, el Acuerdo Distrital 469 del 22 de febrero de 2011, en relación con el tema de la retención en la fuente en el impuesto de

industria y comercio frente a los ingresos obtenidos provenientes de actividades gravadas ejercidas a través de los patrimonios autónomos, prescribe:

"ART. 23.—Nuevos agentes de retención del impuesto de Industria y Comercio.

Las sociedades fiduciarias frente a los ingresos gravados obtenidos por el patrimonio autónomo y quienes sean considerados grandes contribuyentes del impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital".

En desarrollo de la norma transcrita las sociedades fiduciarias, como voceras de los patrimonios autónomos, al haber sido designadas como agentes de retención en la fuente del impuesto de industria y comercio, deben practicar la retención frente a la totalidad de los ingresos que percibe el patrimonio y al momento del pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero, siempre y cuando en la operación económica se cause el impuesto de industria y comercio en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, debiendo certificar lo retenido a cada uno de los fideicomitentes o beneficiarios conforme al grado de participación en dicho patrimonio y a los demás sujetos de retención (terceros) para efectos de la presentación de la declaración del referido impuesto, que a estos corresponda.

Actividades gravadas realizadas a través de consorcios, uniones temporales y contratos de cuentas en participación.

La *Ley 1430 de 2010 igualmente señala que en quienes se realice el hecho gravado, a través de consorcios, uniones temporales es sujeto pasivo del impuesto, regla que realmente no se modifica frente a la legislación anterior en el entendido de que los consorcios y uniones temporales no son personas y por tanto la sujeción pasiva recae en cabeza de cada uno de los miembros, quienes realmente desarrollan el hecho gravado través de la figura contractual del consorcio o unión temporal.

El cambio realmente se materializa en el hecho que la propia ley establece que la obligación formal de declarar los periodos que se configuren a partir de la vigencia de la ley, por las operaciones realizadas a través de los consorcios, se cumplirá por el representante legal de la forma contractual, norma desarrollada en el artículo 21 del Acuerdo 469 de 2011, conforme a la cual el representante debe presentar la declaración por las operaciones del consorcio, esto es, identificando que corresponden a las realizadas a través de tal figura contractual, de manera separada e independiente de las de cada uno de los consorciados. En este sentido en la declaración que presente el representante del consorcio o unión temporal, deberá identificar al consorcio a cuyo amparo se desarrollaron, sin que ello signifique que se dé la entidad de contribuyente al consorcio, pues tal calidad solamente reside en cada uno de los consorciados o miembros de la unión, quienes por tal calidad responden por el pago del tributo.

Teniendo en cuenta que los reales sujetos pasivos del impuesto son cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal, es a estos a quienes les corresponde surtir el proceso de inscripción en el registro de información tributaria, mas no al consorcio o unión temporal, ya que al carecer de personería no es sujeto pasivo autónomo del impuesto; no obstante para efectos de la declaración de las operaciones realizadas al amparo del contrato y como quiera que en virtud del Acuerdo 469 de 2011 la diferenciación de tales operaciones se cumple precisamente mediante una declaración a nombre del consorcio, la declaración contendrá el nombre del consorcio y el número de identificación que le ha sido asignado por la DIAN.

(...).

Impuestos a la propiedad.

Con la entrada en vigencia de la *Ley 1430 de 2010, para efectos del impuesto predial e impuesto sobre vehículos automotores, la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación de declarar y pagar el impuesto por la vigencia gravable 2011, recae exclusivamente en los fideicomitentes y/o beneficiarios, en su calidad de sujetos pasivos, tal como lo dispone en forma expresa el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 y el artículo 15 del Acuerdo Distrital 469 de 2011.

(...).

Los bienes del fideicomitente entregados a la fiduciaria se comportan económicamente como inversiones, muy parecido a las inversiones que se hacen en sociedades comerciales. La fiduciaria constituye con estos bienes un patrimonio separado de sus bienes propios y los de otros patrimonios. Con dichos bienes la fiduciaria realiza las actividades indicadas en el contrato de fiducia y cuyo titular de los derechos fiduciarios que administra es el fideicomitente. Por tanto, si el titular de los derechos fiduciarios dentro de los cuales están los bienes constitutivos del

patrimonio es el fideicomitente y no la fiduciaria el llamado a declarar y pagar el impuesto predial que generen los predios. La fiduciaria recibe los bienes pero no en plena propiedad sino en fiducia, que etimológicamente significa en "confianza" y solo para administrarlos conforme a las indicaciones del propietario económico de estos bienes que es el fideicomitente o el beneficiario designado como titular de los derechos fiduciarios. El patrimonio autónomo se comporta así como un conjunto de bienes separados formalmente del patrimonio del fideicomitente y administrados por la fiduciaria, pero vinculados económicamente con el patrimonio del fideicomitente o beneficiario a través de los derechos fiduciarios derivados del contrato de fiducia.

(...).

De suerte que en el evento de incumplimiento de las obligaciones del fideicomitente y que la administración haga efectivas las deudas por predial con el predio fideicomitido, quien en realidad resulta responsable es el fideicomitente o beneficiario titular de los derechos fiduciarios sobre el patrimonio autónomo. En el evento de incumplimiento de obligaciones tributarias la administración debe proferir los actos de fiscalización contra los sujetos pasivos definidos en el artículo 54 de la *Ley 1430 de 2010 concordante con el artículo 15 del Acuerdo 352 de 2011 y podrá hacerse efectivo el pago de estas obligaciones con el mismo predio independientemente de quien figure como propietario, tal como lo establece el artículo 60 de la misma ley ya mencionada.

Así mismo, pero en materia de impuestos a la propiedad, esto es, impuesto predial unificado e impuesto sobre vehículos automotores, se presenta una tipología especial cuando sobre un bien se ha constituido un usufructo, caso en el cual la carga tributaria recae en el usufructuario. No obstante, es de anotar que si el usufructuario es un patrimonio autónomo las obligaciones formales y sustanciales recaen en los fideicomitentes y/o beneficiarios de los mismos.

Finalmente es importante precisar en materia tanto de impuesto predial como de vehículos, por cada bien debe presentarse una única declaración tributaria, independientemente del número de sujetos pasivos, esto es, del número de propietario, poseedores, fideicomitentes o beneficiarios, razón por la cual cuando alguno de ellos cumpla con la obligación formal, liberará de la carga formal a los demás, sin perjuicio de la responsabilidad particular frente al pago de la pretensión sustancial o pago del tributo, tal como sucede con los bienes sometidos a comunidad.

(...).

Garantía real.

Otorga la ley, carácter de gravamen real al impuesto predial unificado, siendo su consecuencia más importante que podrá hacerse efectivo independientemente de quien sea su propietario. No obstante, lo anterior, es necesario precisar que este tratamiento aplica respecto de las transferencias de dominios que se realicen a partir de la vigencia de la ley y transmiten exclusivamente las obligaciones contenidas en declaraciones privadas a cargo del tradente. No obstante lo anterior, es necesario precisar que el carácter de gravamen real lo ostenta el impuesto predial unificado que se causa a partir de la vigencia de la *Ley 1430 de 2010, luego frente a las obligaciones derivadas de períodos anteriores la obligación es netamente personal de tal suerte que solo podrá perseguirse al propietario o poseedor de la respectiva vigencia fiscal, sin que sea posible perseguir el predio cuando este está en cabeza de una persona diferente al deudor del respectivo periodo.

Ahora bien, la disposición no contiene excepciones en términos del carácter de gravamen real para el impuesto predial unificado. Indica lo anterior que independientemente del tipo de propiedad que se constituya en relación con un bien inmueble, con este último se podrá satisfacer los impuestos causados y adeudados conforme con las reglas arriba expresadas. Lo anterior aplica para los predios sobre los que se constituye el derecho de dominio, el fideicomiso civil y aquellos contenidos dentro de un patrimonio autónomo en virtud de un contrato de fiducia mercantil.

Por su parte, la ley crea requisitos a cumplir para el otorgamiento de escrituras públicas de actos de transferencia de dominio sobre inmuebles siendo necesario para ello acreditar que el inmueble se encuentra al día por concepto de impuesto predial unificado (art. 60). Una vez transferido el dominio del bien establece la norma que los mayores valores contenidos en liquidaciones oficiales de revisión —posteriores a la trasferencia del dominio— son de responsabilidad del propietario o poseedor de la respectiva vigencia fiscal. Esta situación se extiende, en el caso de los bienes que hacen parte de patrimonios autónomos, a los fideicomitentes o beneficiarios de los mismos en su calidad de sujetos pasivos, tanto cuando los

bienes inmuebles ingresan al patrimonio autónomo o cuando salen de él.

No obstante, lo anterior, la garantía real no se predicará de un bien inmueble adquirido por un tercero en pública subasta ordenada por un juez. En este evento el juez deberá garantizar que se cubran los valores del impuesto adeudado con cargo al producto del remate. En el evento que el importe resultante del remate no cubra la totalidad del tributo, el excedente, al igual que las sanciones e intereses podrán ser perseguidos en cabeza del propietario o poseedor del predio en las respectivas vigencias fiscales". (DDI, Conc. 1207, mar. 28/2011).

***NOTA:** La Ley 1430 fue expedida en el año 2010 y declarada exequible en el año 2012 no erróneamente como se menciona en el concepto en el 2010.

[§ 943] JURISPRUDENCIA.—***Los sujetos pasivos del impuesto predial de los bienes que constituyen patrimonios autónomos son los fideicomitentes o beneficiarios.*** *"(…) Para resolver, se advierte que el impuesto predial unificado es un gravamen real que recae sobre los bienes inmuebles o propiedad raíz ubicados en el Distrito Capital de Bogotá, se genera por la existencia del predio y se causa el primero 1º de enero del respectivo año.*

*En cuanto al sujeto pasivo de los impuestos departamentales y municipales, el artículo 54 de la *Ley 1430 de 2010, modificado por el artículo 177 de la Ley 1607 de 2012 establece que son "las personas naturales, jurídicas, las sociedades de hecho y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto".*

*En el Distrito Capital de Bogotá, (…), el artículo 8º del Acuerdo 469 de 2011 dispuso como sujetos pasivos del impuesto predial unificado los siguientes: "ART. 8º—**Sujeto pasivo.** Es sujeto pasivo del impuesto predial unificado, el propietario o poseedor de predios ubicados en la jurisdicción de Bogotá Distrito Capital. De acuerdo con el artículo 54 de la *Ley 1430 de 2010, son sujetos pasivos del impuesto predial (…). Cuando se trate de predios vinculados y/o constitutivos de un patrimonio autónomo serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos fideicomitentes y/o beneficiarios del respectivo patrimonio.*

Si el dominio del predio estuviere desmembrado por el usufructo, la carga tributaria será satisfecha por el usufructuario" [destaca la Sala]. Así las cosas y para lo que interesa en este asunto, tratándose de predios vinculados y/o constitutivos de un patrimonio autónomo, son sujetos pasivos del impuesto predial unificado los fideicomitentes y/o beneficiarios. Responderán solidariamente por el pago del impuesto, el propietario y el poseedor del predio". (C.E., Sec. Cuarta. Sent. 26445/2023. Rad. 25000-23-37-000-2018-00494-01, nov. 16/2023. M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto).

***NOTA:** La Ley 1430 fue expedida en el año 2012 y no erróneamente como se menciona en el concepto en el 2010.

[§ 944] JURISPRUDENCIA.—***El sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio es el fideicomitente o beneficiario.*** *"(…) Las disposiciones demandadas, que en su contenido son idénticas, prescriben que los fideicomitentes o titulares de los derechos fiduciarios son los responsables del pago del impuesto de industria y comercio por los bienes y las actividades gravadas que realicen los patrimonios autónomos constituidos por fiducia mercantil. Así mismo, prescriben que la responsabilidad por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales, la afectación de los recursos del patrimonio al pago de los impuestos y las sanciones de los beneficiarios, se regirá por lo previsto en el artículo 102 del Estatuto Tributario Nacional.*

(…).

Como puede verse, las disposiciones acusadas no crearon un nuevo sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio: los patrimonios autónomos. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de febrero de 2009, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicado: 25000-23-27-000-20005-00434-01 (16261). Si bien en la sentencia del 5 de febrero de 2009, esta Sección confirmó la sentencia que declaró la nulidad de una norma similar a la que se demanda en el presente proceso, en esta oportunidad la Sala precisa el criterio sostenido en dicha providencia, ya que una lectura contextual de las normas permite concluir que lo que pretende el ente territorial es que la obligación por el pago del impuesto de industria y comercio por las actividades realizadas por los patrimonios autónomos que sean susceptibles de ser gravadas con dicho impuesto, se radique en el fideicomitente o titular de los derechos fiduciarios, por lo que en esas condiciones la norma se ajusta a la legalidad.

En otras palabras, las disposiciones demandadas no gravan al patrimonio autónomo, sino a las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho fideicomitentes o titulares de los derechos fiduciarios, que sí pueden ser sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio en razón de su personalidad jurídica y previsión legal.

Así las cosas, de acuerdo con la lectura que la Sección hace de las normas acusadas, será responsable del pago del impuesto de industria y comercio la persona natural o jurídica o la sociedad de hecho fideicomitente o titular de los derechos fiduciarios en quienes se realice el hecho gravado a través del patrimonio autónomo. No lo será el patrimonio autónomo como tal, pues dicho ente, que no es persona ni sociedad de hecho, no es sujeto pasivo del impuesto. No es posible afirmar, entonces, que por el hecho de que los patrimonios autónomos no sean sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, las actividades industriales, comerciales y de servicios que desarrollan tampoco están gravadas. Sí lo son, pero en cabeza de las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, que son los sujetos pasivos del gravamen". (C.E. Sec. Cuarta. Sent. Rad. 85001-23-31-000-2011-00020-02(19248), ago. 21/2014 M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

Impuesto de delineación urbana

¿Quién es el sujeto activo del impuesto de delineación urbana?

[§ 945] El sujeto activo del impuesto de delineación urbana es el Distrito Capital de Bogotá, y en él radican las potestades tributarias de administración, control, fiscalización, liquidación, discusión, recaudo, devolución y cobro.

(Ac. 352/2008, art. 3º).

¿Quién es el sujeto pasivo del impuesto de delineación urbana?

[§ 946] Son sujetos pasivos del impuesto de delineación urbana los titulares de las licencias de construcción.

(Ac. 352/2008, art. 4º).

¿Quiénes pueden ser los titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción?

[§ 947] Podrán ser titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción quienes ostenten la calidad de propietarios de los inmuebles objeto de la solicitud, los fideicomisos, y los fideicomitentes de los mismos fideicomisos si así lo certifica la sociedad fiduciaria.

También podrán ser titulares las entidades previstas en el artículo 59 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, cuando se les haya hecho entrega del predio o predios objeto de adquisición, en los procesos de enajenación voluntaria y/o expropiación previstos en los capítulos VII y VIII de la Ley 388 de 1997. No obstante, durante el curso del proceso y previamente a la entrega del predio o predios, las citadas entidades estarán facultadas para adelantar todos los trámites previos para la solicitud de licencias urbanísticas tales como, solicitudes de factibilidad y disponibilidad de servicios públicos, actualización de cabida y linderos, los trámites dirigidos a precisar o actualizar la información cartográfica y demás actuaciones que se requieran para la expedición de licencias urbanísticas y estudio y aprobación de

los instrumentos de planeación urbana que desarrollen y complementen el plan de ordenamiento territorial.

Los propietarios comuneros podrán ser titulares de las licencias de que trata este artículo, siempre y cuando dentro del procedimiento se convoque a los demás copropietarios o comuneros de la forma prevista para la citación a vecinos con el fin de que se hagan parte y hagan valer sus derechos.

En los casos de proyectos bifamiliares, será titular de la licencia de construcción el propietario o poseedor de la unidad para la cual se haya hecho la solicitud, sin que se requiera que el propietario o poseedor de la otra unidad concurra o autorice para radicar la respectiva solicitud. En todo caso, este último deberá ser convocado de la forma prevista para la citación a vecinos.

(DUR - Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio 1077/2015, art. 2.2.6.1.2.1.5. Modificado. D. 1783/2021, art. 14).

¿Cuál es la base gravable para la liquidación del impuesto de delineación urbana?

[§ 948] La base gravable para la liquidación del impuesto de delineación urbana en el Distrito Capital es el monto total del presupuesto de obra o construcción.

Se entiende por monto total del presupuesto de obra o construcción el valor ejecutado de la obra, es decir, aquel que resulte al realizar la construcción, ampliación, modificación o adecuación de obras o construcciones, dentro del término de la vigencia de la licencia incluida su prórroga.

En el caso de reconocimiento de construcciones en el Distrito Capital, la base gravable será el resultado de multiplicar el valor de los metros construidos por el valor del metro cuadrado que fije la entidad distrital de planeación, para el respectivo periodo objeto del acto de reconocimiento.

(Ac. 352/2008, art. 5º).

¿Quiénes deberán presentar y pagar la declaración del impuesto de delineación urbana?

[§ 949] Los contribuyentes del impuesto de delineación urbana en el distrito capital de Bogotá, deberán presentar y pagar la declaración del impuesto dentro del mes siguiente a la finalización de la obra o al último pago o abono en cuenta de los costos y gastos imputables a la misma o al vencimiento del término de la licencia incluida su prórroga, lo que ocurra primero, conforme a la base gravable establecida en el artículo 5º del Acuerdo 352 de 2008.

El mayor valor resultante de la diferencia entre el valor ejecutado de la obra y el presupuesto de obra, base del anticipo, de ser positivo se liquidará a la tarifa del 3%. Esta diferencia se calculará en unidades de valor constante indexadas con el índice de costos de la construcción de vivienda (ICCV), certificado por el Dane.

Cuando se trate de reconocimiento de construcción, la declaración deberá presentarse en la fecha de la respectiva solicitud, debiendo acreditarse ante el curador la presentación y pago del impuesto.

(Ac. 352/2008, art. 8º).

¿Qué anticipo se debe pagar para la obtención de la licencia de delineación urbana?

[§ 950] Para la expedición de la licencia los contribuyentes del impuesto de delineación urbana en el distrito capital de Bogotá, deben efectuar un primer pago a título de anticipo equivalente al 2.6% del monto total de presupuesto de obra o construcción.

El recaudo del anticipo se realiza a través del mecanismo de retención en la fuente para lo cual el contribuyente será autorretenedor del impuesto.

El cálculo del pago inicial del impuesto se determinará con base en los precios mínimos de costo por metro cuadrado y por estrato que fije la entidad distrital de planeación para cada año.

(Ac. 352/200,8 art. 7º).

¿En qué sentido se ha pronunciado la jurisprudencia sobre pago del impuesto de delineación urbana?

[§ 951] JURISPRUDENCIA.—***El fideicomitente es sujeto pasivo del impuesto de delineación urbana, toda vez que está facultado legalmente para obtener la licencia.*** *"(...) De las normas transcritas se establece que si bien el impuesto de delineación urbana estaba regulado por el Decreto Distrital 352 de 2002, aplicable en la fecha en que se causó el tributo, en cuyo artículo 74 dispuso como sujeto pasivo del mismo a los propietarios de los predios sobre los cuales se realiza el hecho generador, no se puede echar de menos que el sujeto pasivo del impuesto de delineación urbana, no puede ser otro que quien realiza el hecho gravable, lo que en este caso ocurre con la expedición de la licencia de construcción de la que pueden ser titulares, entre otros, los propietarios del derecho de dominio a título de fiducia, pero también los fideicomitentes de las mismas fiducias, de los inmuebles objeto de la solicitud.*

Tampoco se puede desconocer, como lo advirtió el Ministerio Público, que el Acuerdo 020 de 1940 dispuso que estaban obligados a pagar el tributo de delineación urbana, los interesados en las respectivas obras o edificaciones, sin que se exigiera la condición de ser el propietario del inmueble de la construcción.

De una interpretación sistemática de las normas antes citadas se puede afirmar que puede ser sujeto pasivo del impuesto de delineación urbana el fideicomitente. Esta conclusión parte de una premisa fundamental, y es que, si se les permite a los fideicomitentes obtener las licencias de construcción, no se les puede negar que declaren y paguen el tributo, lo que constituye la obligación previa para obtener la licencia, para lo cual están autorizados por el mismo ordenamiento.

En otras palabras, negarle al fideicomitente el derecho a cumplir con la obligación de declarar y pagar el impuesto, es prohibirle que cumpla un requisito exigido para poder obtener la licencia, lo que iría en contra del efecto útil que deben tener las normas". (C.E., Sec. Cuarta. Sent. 18798-2013. Rad. 25000-23-27-000-2009-00078-01(18798), mar. 22/2013. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez).

Derechos notariales

¿Qué valor se tiene como cuantía en la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil?

[§ 952] En las escrituras públicas contentivas del negocio jurídico de fiducia mercantil y que impliquen trasferencia de bienes, se tendrá como cuantía del acto, para efectos de los derechos notariales, el valor de los bienes transferidos. En caso de no expresarse dicho valor, se tomará en cuenta el avalúo catastral o autoavalúo.

(D. 188/2013, art. 19, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.1.).

¿Qué valor se tiene como cuantía en la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil en garantía y la restitución de los mismos?

[§ 953] La escritura pública de fiducia en garantía causará por derechos notariales los ordenados para la hipoteca.

La escritura pública de restitución de los bienes entregados en fiducia en garantía causará por derechos notariales los ordenados para la cancelación de hipoteca.

(D. 188/2013, art. 20, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.2.).

¿Qué valor se tiene como cuantía en los fideicomisos de administración?

[§ 954] En los fideicomisos con fines estrictamente de administración, se tendrá como cuantía del acto el valor estipulado como remuneración para la fiduciaria.

(D. 188/2013, art. 21, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.3, inc. 1º).

¿Cómo se procede cuando el contrato de fiducia de administración es a plazo determinado o determinable y la remuneración es periódica?

[§ 955] Cuando en el contrato de fiducia mercantil de administración se prevea la remuneración de la fiduciaria por pagos periódicos y se exprese además un plazo determinado o determinable, los derechos notariales se liquidarán sobre el valor de la remuneración que corresponda a la duración del contrato.

(D. 188/2013, art. 21, par. 1º, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.3, par. 1º).

¿Cómo se procede cuando en el contrato de fiducia de administración la remuneración de la fiduciaria es periódica y no se fija un plazo de duración?

[§ 956] En caso de que el contrato de fiducia mercantil de administración sea de término indefinido y la remuneración se pacte en cuotas periódicas, los derechos se liquidarán sobre el valor de las cuotas que correspondan a cinco años.

(D. 188/2013, art. 21, par. 1º, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.3, par. 1º).

¿Cómo se procede cuando en el contrato de fiducia de administración la remuneración de la fiduciaria es indeterminada?

[§ 957] Cuando en el contrato de fiducia mercantil de administración la remuneración de la fiduciaria sea indeterminada, la cuantía del acto será la correspondiente al valor de los bienes que se transfieren, y en caso de no expresarse dicho valor, se tomará el valor del avalúo catastral o el auto avalúo.

Cuando la remuneración del fiduciario sea parte determinada y parte indeterminada, se procederá en igual forma.

(D. 188/2013, art. 21, par. 2º, compilado DUR del Sector Justicia y del Derecho, art. 2.2.6.13.2.4.3, par. 2º).

¿Cuál es valor de los derechos de la inscripción en el registro de las escrituras públicas por medio de las cuales se constituye una fiducia mercantil?

[§ 958] En la inscripción de escrituras públicas por medio de las cuales se constituye una fiducia mercantil, los derechos correspondientes a los actos con cuantía de que trata el literal b) del artículo 1º de la Resolución 179 del 10 de enero de 2025, se les aplicará el valor más alto que surja entre el dado al contrato y el avalúo catastral del predio de que se trate.

(Res. 179/2025, art. 6º, Supernotariado).

Aspectos tributarios del contrato de encargo fiduciario

¿Quién es responsable de declarar los ingresos y solicitar los costos y deducciones en el contrato de encargo fiduciario?

[§ 959] Cuando en el encargo fiduciario haya entrega de bienes a la Sociedad Fiduciaria, el fideicomitente será el responsable de declarar los ingresos y solicitar los costos y deducciones, según la información suministrada por la Fiduciaria.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el encargo fiduciario no hay transferencia de propiedad de los bienes, sino una entrega, a título de mera tenencia a la Sociedad Fiduciaria de los mismos.

De igual forma, lo dispuesto anteriormente, no es aplicable a los encargos fiduciarios sin bienes.

(D. 2050/1997, art. 29 que reglamentó el E.T. —Retención en la fuente en el mandato—).

¿Qué normatividad se aplica a los encargos fiduciarios en materia de facturación?

[§ 960] Las facturas deberán ser expedidas en todos los casos por el mandatario. Si el mandatario adquiere bienes o servicios en cumplimiento del mandato la factura deberá ser expedida a nombre del mandatario para efectos de soportar

los respectivos costos, deducciones o impuestos descontables o devoluciones a que tenga derecho el mandante, el mandatario deberá expedir al mandante una certificación donde consigne la cuantía y concepto de estos la cual debe ser avalada por contador público o revisor fiscal, según las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En el caso de devoluciones se adjuntará además una copia del contrato de mandato.

El mandatario deberá conservar por el término señalado en el Estatuto Tributario, las facturas y demás documentos comerciales que soportan las operaciones que realizó por orden del mandante.

(D. 1514/98, art. 3º).

- Fiducia mercantil y encargo fiduciario
- Patrimonio autónomo
- Responsabilidad del fiduciario
- Negocios fiduciarios para fines estatales
- Fondos de inversión colectiva-FICs
- Protección al consumidor financiero
- Tipos de negocios fiduciarios
- Fondos de Capital Privado
- Aspectos tributarios

legis · Asofiduciarias