

PARTE QUINTA

Disposiciones especiales aplicables a las operaciones de las sociedades de servicios financieros

CAPÍTULO I

Disposiciones relativas a las Operaciones de las Sociedades Fiduciarias

Artículo 146. NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS

1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios. En relación con los encargos fiduciarios se 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 propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto.

2. Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.

Decreto 847/93

Art. 1°. Los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado.

3. Publicidad de los contratos de fiducia mercantil. Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

4. Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos.

5. Prohibición general. Ninguna institución fiduciaria podrá administrar más de un fondo común ordinario de inversión.

6. Autorización previa para la operación de fondos comunes especiales. Ningún fondo común especial podrá entrar en operación sin contar con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria.

Las sociedades fiduciarias, podrán constituir y administrar simultáneamente varios fondos comunes especiales de inversión, siempre y cuando acrediten ante la Superintendencia Bancaria la capacidad administrativa necesaria.

7. Separación patrimonial de los fondos recibidos en fideicomiso. Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la entidad.

8. Margen de solvencia o patrimonio adecuado. El valor de los recursos recibidos por una entidad fiduciaria para la integración de fondos comunes de inversión o de fondos de pensiones no podrá exceder de los límites que al efecto señale el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Mientras el Gobierno Nacional señala los límites a que hace referencia este artículo, el valor total de los recursos recibidos por una sociedad fiduciaria para la integración del fondo común ordinario no podrá exceder de cuarenta y ocho (48) veces el monto de su capital pagado y reserva legal, ambos saneados.

Decreto 1797/99.

Art. 1°, inc. 1°. Patrimonio adecuado. El valor de los activos recibidos por una sociedad fiduciaria para la administración de reservas o garantía de obligaciones del sistema de seguridad social, incluidos los regímenes excepcionales, no podrá exceder de cuarenta y ocho (48) veces su patrimonio técnico.

ENCARGOS FIDUCIARIOS Y FIDUCIA PUBLICA

Ley 80/93

Art. 32, num. 5. Encargos fiduciarios y fiducia pública. Inc. 1°. Declarado inexecutable. Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia G-086 del 1° de marzo de 1995. Exps. D-647 y D-672.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente Estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

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 esta ley.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este Estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

Parágrafo 1°. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Ley 80/93

Art. 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: **num. 20.** Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permitan la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

Decreto 679/94

Art. 22. De los encargos fiduciarios y contratos de fiducia. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la Ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las entidades estatales continuarán vigentes hasta su terminación en los términos pactados.

En adelante, sólo podrán celebrarse acuerdos para adicionar el plazo o el valor de contratos de fiducia o de encargo fiduciario celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones de la misma.

Por consiguiente, los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal no podrá celebrar a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, en adelante no podrán ser prorrogados.

Parágrafo. De conformidad con el artículo 25, numeral 20, de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos de encargo fiduciario para la administración de los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de los contratos estatales.

Decreto 679/94

Art. 23. De la celebración de contratos en desarrollo de encargos fiduciarios o contratos de fiducia. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública. No obstante podrán encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso.

Ley 80/93

Art. 41, par. 2°. Operaciones de crédito público, inc. 2°. Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, 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. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

Circular Externa 007 de 1996. Básica Jurídica. Superintendencia Bancaria. Título V, Capítulo Preliminar. Requisitos para la vinculación de clientes a través de diferentes negocios fiduciarios; Capítulo I. Operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias.

Véase además:

E.O.S.F., arts. 3° y 29.

C. de Co., arts. 1226 y ss. Fiducia mercantil.

L. 100/93, arts. 54. Inversión y rentabilidad de las reservas de Invalidez, Vejez y Muerte y Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional; y 130. Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

L. 549/99, art. 3°. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.

L. 550/99, art. 41. Normalización de los pasivos pensionales.

D. 530/94, cap. V. Sistema de pagos y reconocimientos de la deuda.

D. 1296/94, art. 3°. Naturaleza de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas.

D. 1299/94. Se dictan normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales, arts. 19 y ss.

D. 810/98. Reglamenta parcialmente el artículo 23 del Decreto 1299 de 1994 y el artículo 5° del Decreto 1314 de 1994.

D. 1044/00. Se reglamenta parcialmente la Ley 549 de 1999. Fonpet.

D. 1266/01. Modifica el Decreto 1044 de 2000 y reglamenta parcialmente la Ley 549 de 1999. Fonpet.

Jurisprudencia:

Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Julio E. Correa Restrepo. Sentencia del 31 de mayo de 1996. Exp. 7654. Márgenes de solvencia. Publicada en Jurisprudencia Financiera 1994-1998, Superintendencia Bancaria, Legis S.A., 1999, pág. 468.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. Concepto del 30 de enero de 1997. Rad. 942. Las personas jurídicas de derecho público o privado, entre otras, las sociedades fiduciarias, pueden conformar consorcios que no constituyen una persona jurídica autónoma e independiente de quienes la forman. La responsabilidad es solidaria frente a las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y durante el contrato (arts. 6° y 7°, Ley 80 de 1993).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Cesar Hoyos S. Concepto del 4 de marzo de 1998. Rad. 1074. Jurídicamente no es viable el manejo y administración de los recursos públicos mediante la fiducia mercantil. Publicado en Derecho Colombiano No. 437, mayo de 1999, pág. 477.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Sentencia del 30 de julio de 1998. Exp. 5688. Fondos Comunes Ordinarios. Diferencia entre el valor del fondo y los recursos que lo integran. La revalorización del patrimonio frente a los márgenes de solvencia. Numeral 8 del artículo 146 del E.O.S.F. Publicada en Jurisprudencia Financiera 1994-1998, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 229.

Arbitramento:

Centro de Arbitraje. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral Beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central. 31 de julio de 2000. La obligación de asesoría o consejo profesional no se presume, de suerte que, de no establecerla la ley, las partes deben estipularla.

Conceptos:

94058387-1 del 13 de enero de 1995. Superintendencia Bancaria. La determinación de la actividad social fija la capacidad de la sociedad. Autorización de la Superintendencia Bancaria para el desarrollo del objeto social. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1998*, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 339.

96041669-5 del 6 de febrero de 1997. Superintendencia Bancaria. Clases de contratos fiduciarios. Generalidades. Obligaciones. Certificados de registro de garantía fiduciaria. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1998*, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 350.

97000114-3 del 6 de marzo de 1997. Superintendencia Bancaria. Fiducia de Administración Inmobiliaria. Calidad que ostenta el beneficiario. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1998*, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 369.

97019193-1 del 30 de mayo de 1997. Superintendencia Bancaria. Viabilidad para modificar un contrato irrevocable de fiducia mercantil en garantía. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1998*, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 364.

97042087-2 del 14 de noviembre de 1997. Superintendencia Bancaria. Las inversiones de portafolio pueden considerarse como operaciones conexas o complementarias al objeto social de las sociedades fiduciarias. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1998*, Superintendencia Bancaria. Legis S.A., 1999, pág. 518.

2000020332-2 del 14 de julio de 2000. Superintendencia Bancaria. Contrato de fiducia mercantil de administración. Transferencia de acciones al patrimonio autónomo. Publicado en *Doctrina y Conceptos Financieros 2000*, Superintendencia Bancaria, 2001, pág. 48.