



Unidad de Proyección Normativa
y Estudios de Regulación Financiera

Regulación del Negocio Fiduciario

**Unidad de
Proyección
Normativa y
Estudios de
Regulación
Financiera - URF**

Bogotá – Colombia
Junio 2025

Mariana Aya Guerrero
Subdirectora

Angélica González Tous
Asesora

**Diana Carolina Mesa
Téllez**
Asesora

**Margarita Suárez
Camargo**
Asesora

Palabras Clave:

**Negocio fiduciario,
encargo fiduciario,
riesgos fiduciarios y
no fiduciarios,
principios, deberes,
operaciones.**

Documento técnico





Resumen

El Gobierno Nacional ha definido como objetivos estratégicos para el sector financiero, entre otros: i) consolidar un marco regulatorio que potencie el crecimiento de los diferentes mecanismos de financiación empresarial, particularmente la canalización de recursos a sectores líderes de la economía local como la construcción en sus ramas de vivienda e infraestructura social y obras públicas, ii) diversificar los participantes del mercado de capitales propendiendo por una adecuada protección del consumidor.

Teniendo en cuenta la contribución que las sociedades fiduciarias a través de su producto clásico de negocio fiduciario han tenido en las últimas décadas a los sectores anteriormente mencionados y a otras actividades de gran importancia para la economía nacional, el proyecto de decreto que acompaña este documento tiene por objeto: i) contar con normas adecuadas para los participantes de los distintos tipos de negocios fiduciarios, propendiendo por la protección del consumidor; y, ii) crear los incentivos necesarios que permitan a las sociedades fiduciarias actuar en los sectores de la economía en los que actualmente son determinantes para la gestión profesional de los recursos y los riesgos.

Por lo anterior, atendiendo discusiones sostenidas con la Superintendencia Financiera de Colombia así como de la industria, se presenta a continuación la revisión y propuesta de arquitectura regulatoria para el desarrollo del negocio fiduciario. Por lo anterior, se agrupan las definiciones necesarias para los tipos de negocios, se establecen los principios, deberes y diferentes operaciones que podrán ejecutarse a través del negocio fiduciario, así como las reglas especiales para la ejecución de aquellas que han generado especial interés de la intervención regulatoria del Estado por cuanto tienen mayores riesgos.

Esta propuesta normativa se pone a disposición del público en general para sus comentarios, en cumplimiento de los artículos 3º y 8º de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1081 de 2015, el cual fue aprobado para tal fin por el Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera de acuerdo con las decisiones consignadas en el Acta No. 14 del veintisiete (27) de junio de 2025.



Tabla de contenido

Resumen	2
Listado de acrónimos	5
Introducción	6
Regulación Derecho Anglosajón	12
Regulación vigente del negocio fiduciario	13
1. Alternativas Regulatorias	27
1.1 Mantener las normas actuales	27
1.2 Creación marco regulatorio para el Negocio Fiduciario	28
2. Propuesta Marco regulatorio para el Negocio Fiduciario	28
2.1 Definiciones	29
2.1.1 Negocio Fiduciario	30
2.1.2 Fiducia Mercantil	30
2.1.3 Encargo Fiduciario	30
2.1.4 Riesgos fiduciarios	32
2.1.5 Riesgos no fiduciarios	32
2.2 Principios	32
2.2.1 Segregación	33
2.2.2 Profesionalidad	33
2.2.3 Prevalencia de los intereses	33
2.2.4 Previsión	34
2.2.5 Transparencia	34
2.3 Deberes de las Sociedades Fiduciarias	34
2.3.1 Suministro de Información	34
2.3.2 Rendición de cuentas	35



2.3.3	Valoración	35
2.3.4	Administración de riesgos fiduciarios	36
2.3.5	Protección de bienes transferidos o entregados	36
2.3.6	Mejor ejecución de las operaciones	37
2.3.7	Prevención y administración de conflictos de interés	37
2.3.8	Revelación sobre rendimientos y Utilidades	38
2.3.9	Autorización de Publicidad	38
2.3.10	Procedimiento para la liquidación del negocio fiduciario	39
2.4	Deberes del Fideicomitente o Encargante	39
2.4.1	Administración de riesgos no fiduciarios	39
2.4.2	Información al comité del negocio fiduciario	40
2.4.3	Información a beneficiarios y terceros interesados	40
2.4.4	Situaciones de conflictos de interés relativos al fideicomitente o encargado en desarrollo del negocio fiduciario.	40
2.5	Comité del negocio fiduciario	41
2.5.1	Obligatoriedad	41
2.5.2	Conformación	41
2.5.3	Funciones	42
2.6	Aprobación contratos modelo y reporte de información de los negocios fiduciarios	42
2.7	Modalidades del negocio fiduciario	43
2.7.1	Recaudo	43
2.7.2	Pago	43
2.7.3	Garantía	43
2.7.4	Administración	44
2.7.5	Inversión	44
2.7.6	Conservación y Salvaguarda	45
2.7.7	Instrumentalización para el desarrollo de proyectos	45
2.7.8	Instrumentalización para el desarrollo de proyectos inmobiliarios	45
2.7.9	Actos conexos	46
2.8	Modalidad de instrumentalización para el desarrollo de proyectos inmobiliarios	46
	Bibliografía	48



Listado de acrónimos

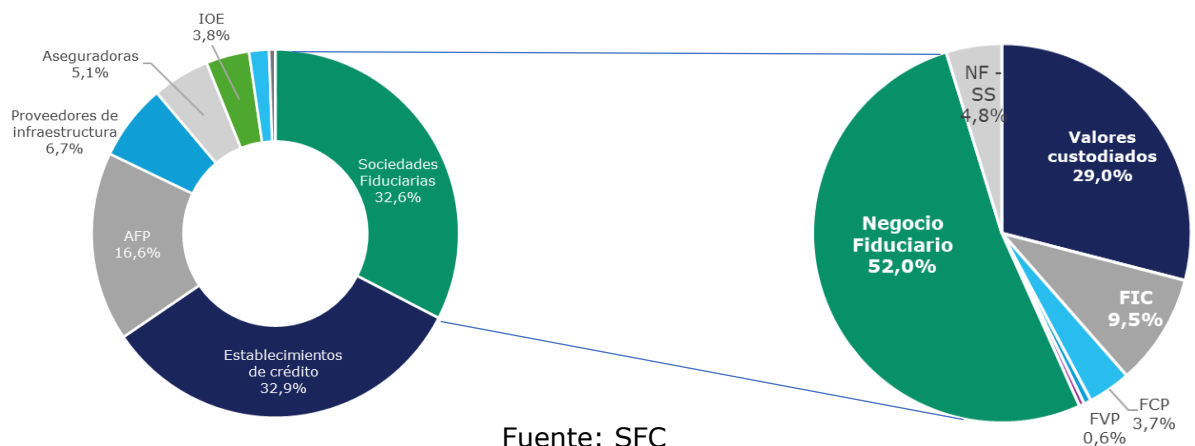
AFP	Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
IOE	Instituciones Oficiales Especiales
FIC	Fondos de Inversión Colectiva
FCP	Fondos de Capital Privado
FVP	Fondos Voluntarios de Pensión
PIB	Producto Interno Bruto
SFC	Superintendencia Financiera de Colombia
URF	Unidad de Regulación Financiera
CBJ	Circular Básica Jurídica

Introducción

La literatura académica ha aportado desde hace décadas evidencia de que la profundidad del sistema financiero está relacionada positivamente con el crecimiento y desarrollo económico (Arestis & Demetriades, 1997; Calderón & Liu, 2003; Wachtel, 2001). Ahora bien, el sector financiero se puede dividir en el bancario o de crédito y el no bancario o de administración de inversión; éste último concentra la administración profesional de los recursos para transformar el ahorro de los hogares en inversión.

En el contexto local, las entidades autorizadas a desarrollar la administración de recursos para inversión son principalmente las Sociedades Fiduciarias, Administradoras de Pensiones y Cesantías y Sociedades Comisionista de Bolsa. Como se evidencia en la Gráfica 1, al cierre de diciembre de 2024 el volumen de activos administrado por los Establecimientos de Crédito es el mayor del sistema financiero \$1.059,5 Bn, seguido por el correspondiente a las Sociedades Fiduciarias (\$1.048,8 Bn), duplicando los activos en administración de las AFP que ascienden a \$534,9 Bn y superando en más de 20 veces aquellos recursos bajo administración de las Sociedades Comisionistas de Bolsa (\$ 44,9 Bn).

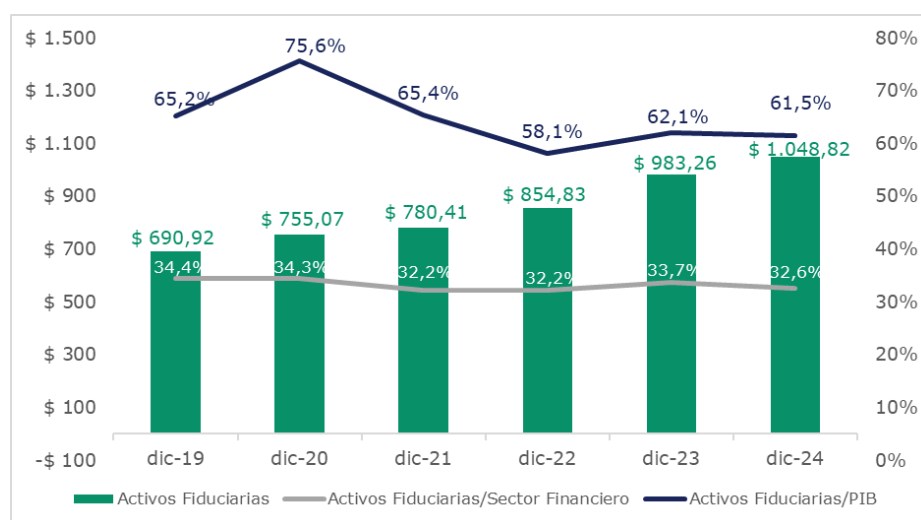
Gráfica 1. Activos del Sistema Financiero y de las Sociedades Fiduciarias a diciembre 2024



Desagregando los activos de las fiduciarias, como se muestra en el panel derecho de la Gráfica 1, la actividad de negocio fiduciario concentra la mayoría del volumen de activos administrados por las Sociedades Fiduciarias con 56,73% y \$594,9

billones¹, seguidos en representatividad por los activos custodiados (29,01%), fondos de inversión colectiva (9,53%), fondos de capital privado (3,68%) y fondos voluntarios de pensiones (0,62%). Nótese que a pesar de que la fiducia clásica es la actividad más representativa de la industria en montos, es la que presenta menos desarrollo regulatorio en el marco de la actividad financiera o Decreto 2555 de 2010. Lo anterior, en parte por la gran diversidad de sectores económicos en los que interviene este negocio, la flexibilidad que ofrece para desarrollar administración de bienes, recursos, valores, entre otros; y, la característica principal que es la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes en la ejecución de las tareas encomendadas a las sociedades fiduciarias.

Gráfica 2. Evolución activos las Sociedades Fiduciarias a diciembre 2024 y representatividad sobre la actividad financiera y económica agregada
Billones de pesos y porcentajes



Fuente: SFC

Adicionalmente, se observa en la Gráfica 2 que la representatividad del sector fiduciario se ha mantenido incluso durante la crisis producida por la pandemia del COVID-19 en 2020, estabilizándose respecto al sistema financiero alrededor del 30% y respecto al PIB por encima del 60% a cierre de 2024.

¹ En los que se incluyen los negocios fiduciarios cuyos subyacentes son recursos de la seguridad social.



Lo anterior se amplía en el estudio “Rol de las Sociedades Fiduciarias en el desarrollo de Colombia”, realizado por el Centro de Estudios Económicos ANIF en 2022² y en el que se destaca la contribución que por décadas el negocio fiduciario ha tenido en los sectores de infraestructura, vivienda y de la seguridad social.

En el sector de infraestructura, la Ley 1508 de 2012 habilitó la conformación de patrimonios autónomos para la canalización y administración de los recursos de las asociaciones público-privadas, generando como beneficios generales: i) flexibilidad para estructurar una amplia diversidad de operaciones alrededor de un gran objetivo, ii) la obligación de las fiduciarias de actuar en pro de y defender los intereses y activos del patrimonio autónomo, y iii) la separación patrimonial de los bienes del fideicomiso de los propios del fideicomitente y de la fiduciaria, y de los de otros clientes. De acuerdo con el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas del Departamento Nacional de Planeación, existen 881 proyectos de los cuales el 59% corresponden a proyectos relacionados con transporte y movilidad. El número restante de proyectos se reparte entre sectores tales como edificaciones públicas y renovación urbana, agua y saneamiento básico, minas y energía, salud y una decena más de sectores³.

En el caso particular de la infraestructura de transporte, el sector fiduciario administra los recursos de 29 concesiones de cuarta generación que suman más de 4.300 kilómetros de vías, que han generado cerca de 40 mil empleos directos y tienen presencia en 19 departamentos. A febrero de 2024, las fiduciarias administraban activos por cerca de \$20 billones en este programa de infraestructura.

En el sector de la construcción de vivienda, se destaca la contribución del sector fiduciario en la administración de los recursos de importantes programas estatales⁴ y también en la canalización del ahorro de los hogares a la adquisición de vivienda. En el primer caso se destacan los programas como “Vivienda gratuita”, “Mi Casa Ya”

² ANIF. (2022). Centro de Estudios Económicos ANIF. Disponible en: <https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2022/03/Documento-ANIF-Asofiduciarias-22.03.22.pdf>

³ En desarrollo de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012, según la cual los recursos de los proyectos de Asociaciones Público-Privadas (APP) únicamente pueden ejecutarse a través de patrimonios autónomos, figura desarrollada por las sociedades fiduciarias y habilitada para la administración a través de la fiducia mercantil.

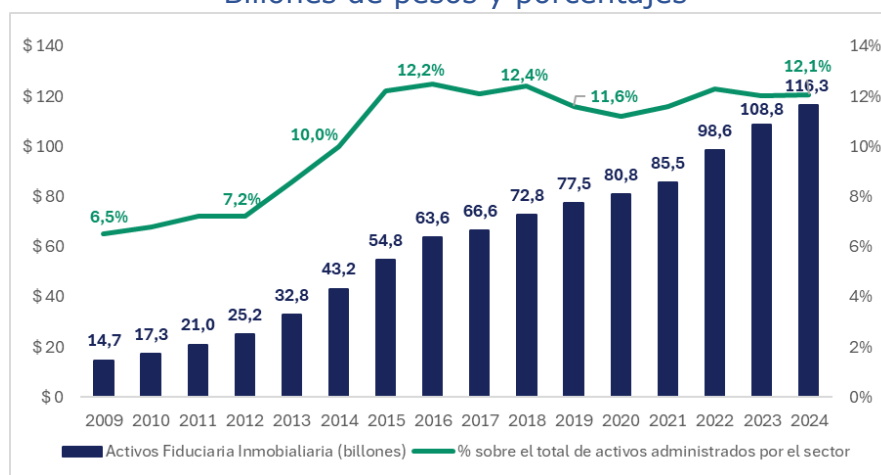
⁴ De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1469 de 2011 y artículo 6° de la Ley 1537 de 2012, entre otros, debe tenerse en cuenta que los recursos direccionados por el Estado a programas de vivienda deben ejecutarse a través de contratos fiducia mercantil.

y “FRECH II” que han contribuido a reducir en un 32% el déficit cuantitativo de vivienda y en un 54% el déficit cualitativo (de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación). Cabe resaltar que mediante el programa “Mi Casa Ya”, se posibilitó la entrega de subsidios de manera efectiva y por encima de las metas establecidas por el Gobierno Nacional en el periodo 2018-2022⁵.

En el frente de adquisición de vivienda, el rol de la fiducia inmobiliaria se considera fundamental puesto que solucionó diversas de las causas que llevaron a la crisis del sector de la construcción de finales del siglo pasado como i) la posibilidad de adquisición de inmuebles solamente al momento de su terminación y ii) administración profesional de los recursos aportados y su canalización a los constructores de acuerdo con la ejecución del proyecto de vivienda. Lo anterior, ha generado que en el periodo 2009 – 2024, los activos administrados en fiducia inmobiliaria se hayan crecido en 7,82 veces⁶, lo que se muestra en el Gráfico 3, a continuación.

Gráfico 3. Evolución activos en fiducia inmobiliaria

Billones de pesos y porcentajes



Fuente: SFC

De cara a la participación del negocio fiduciario en el sector de la seguridad social se destaca históricamente por ejemplo la administración del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA y de su esquema de subcuentas, la administración de más de

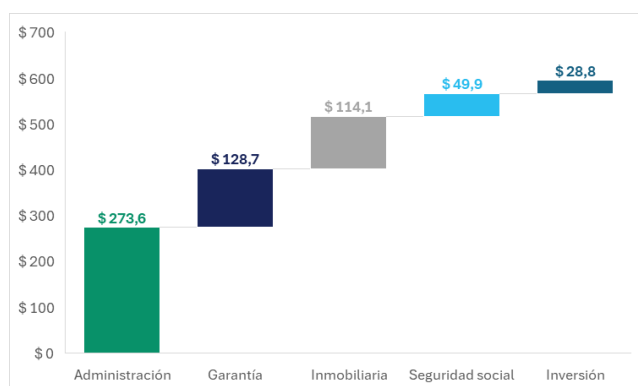
⁵ Asofiduciarias (2024). Cifras generales Sector Fiduciario. Documento interno.

⁶ Cifras extraídas del Reporte consolidado de activos fideicomitidos por entidad. SFC. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10115394/resultados-del-sistema-financiero-colombiano-septiembre-de-2024/>

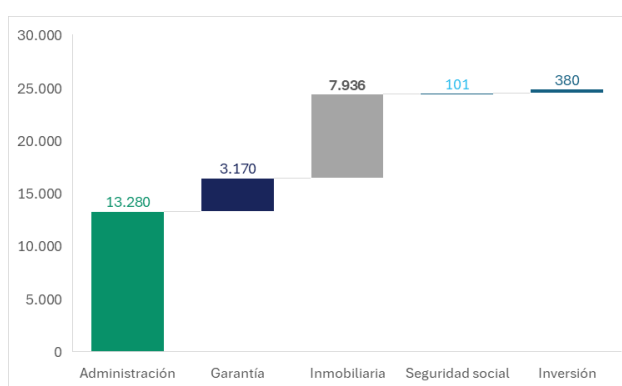
\$50 billones del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) para cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales hasta 2023. Ahora bien, examinando de manera aislada el negocio fiduciario, que en este caso reúne los contratos suscritos entre las fiduciarias y sus constituyentes a través de la figura de fiducia mercantil o encargo fiduciario se observa que los recursos administrados alcanzan \$589,17 billones, los cuales representan el 46,85% del PIB⁷. Estos activos son administrados en 24.971 negocios, los cuales representan el 98,5% del total de la cantidad de productos administrados por el sector fiduciario⁸.

Activos y número de negocios por tipología a cierre de 2024

a. Montos administrados



b. Número de negocios



Fuente: SFC

Según las tipologías de negocio que hoy están definidas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia⁹ y como se evidencia en la Gráfica 4, a cierre de 2024 en la línea de administración se acumulan \$273,6 billones y 13.280 negocios equivalentes al 46% de los activos de los negocios fiduciarios y al 53,4% de la cantidad total de este tipo de contratos, respectivamente. Por su parte, los activos en fiducia en garantía alcanzan \$128,68 billones y 3.170 negocios equivalentes al 21,6% y al 12,7% de los activos y

⁷ PIB a precios corrientes base 2015 reportado por el DANE

⁸ Cifras extraídas del Reporte consolidado de activos fideicomitidos por entidad. SFC. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10115394/resultados-del-sistema-financiero-colombiano-septiembre-de-2024/>

⁹ Capítulo I, Título II de la Parte II. Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14). Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10083480/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce---/parte-ii-mercado-intermediado-10083480/>



negocios fiduciarios, correspondientemente. En fiducia inmobiliaria se administran \$114,09 billones y 7.936 negocios correspondientes al 11,99% de los activos y al 31,5% de los negocios fiduciarios; Se destacan los contratos que en fiducia están compuestos por recursos de la seguridad social que alcanzan \$49,9 billones en 101 contratos, lo que representa en términos de recursos en administración el 8,4% y 0,4% en cantidad de contratos; y, finalmente en la tipología de fiducia de inversión las fiduciarias gestionan \$28,8 billones con 380 contratos, lo que corresponde al 4,8% en los activos totales y al 1,5% del número total de negocios fiduciarios.

Para la URF es fundamental recordar las motivaciones que desde el punto de vista económico requieren la intervención regulatoria. En este sentido, el primer criterio es el de riesgo sistémico que la actividad en estudio de manera potencial tiene sobre el sistema financiero y en la economía en agregado. El segundo, es la protección al consumidor financiero cuando éste se encuentra en una relación de consumo de un servicio o producto financiero, que implica potencialmente diferentes niveles de profesionalismo, experiencia y conocimiento y, por último, pero en el mismo nivel de relevancia, la necesidad de propender por la competencia y la transparencia en los mercados¹⁰.

La caracterización de la actividad fiduciaria presentada anteriormente permite inferir que el negocio fiduciario además de tener una representatividad importante en el sector financiero por los montos bajo administración en esta modalidad, también tiene presencia en diversos sectores de la economía; en este sentido, se activa el criterio de necesidad regulatoria, de conformidad con el Manual de la Política de Mejora Normativa del Departamento Nacional de planeación, por representar un riesgo sistémico frente al sin número de proyectos que se desarrollan de diferentes sectores de la economía. Por otro lado, en algunas tipologías de negocio como en la inmobiliaria se identifican relaciones contractuales entre contrapartes con niveles de conocimiento y conocimiento de las labores necesarias para llevar los proyectos a finalización exitosa y por esta razón se requiere que el marco regulatorio promueva mecanismos de información y protección para los intervinientes que en estos contratos tienen desventajas frente a los desarrolladores de los proyectos como las personas naturales. Así también, la Unidad de Regulación Financiera considera pertinente la promoción de la competencia de los diferentes participantes del mercado a través de un marco regulatorio claro y consistente con la diversidad de operaciones que se pueden estructurar bajo las modalidades de fiducia mercantil y encargo fiduciario.

¹⁰ IOSCO (2003, 1998). Principios y Objetivos de la Regulación de los Mercados de Valores.



Por lo anterior, el proyecto de decreto al que acompaña este documento tiene por objeto establecer un marco regulatorio que i) genere la certeza jurídica suficiente para los participantes de los distintos tipos de negocios fiduciarios, ii) determinar las reglas pertinentes para una adecuada protección del consumidor, y iii) establecer los incentivos adecuados para la actuación de las sociedades fiduciarias en los sectores de la economía en los que actualmente son determinantes para la gestión profesional de los recursos y los riesgos.

Regulación Derecho Anglosajón

La figura de fiducia en Colombia tiene como características esenciales la transferencia de bienes a un fiduciario, la constitución de un patrimonio autónomo y su administración en favor de los intereses de los beneficiarios. Estas características son compartidas, a grandes rasgos, en jurisdicciones como México, Perú y Argentina. En cambio, otras jurisdicciones que también comparten raíces de derecho civil, como lo son la española, francesa y alemana, no contemplan estos aspectos y hacen uso de otras figuras jurídicas –como lo son el mandato y la administración de terceros— que no crean un patrimonio autónomo. Por el contrario, la figura del trust del derecho anglosajón cumple una misma estructura funcional a la de la fiducia. Por esto es usual que las personas asocien el negocio fiduciario con la figura del Trust.

Sergio Rodríguez Azuero en su libro “Contratos Bancarios” hace una breve descripción del concepto del Trust, figura del derecho anglosajón. Se basa en una relación fiduciaria donde una persona –natural o jurídica— denominada *trustee* posee determinados bienes y está obligada legalmente a mantenerlos en beneficio de un tercero, denominado *cestui que trust*. Este negocio surge de la voluntad del *settlor*, la persona que crea el trust.

El *trustee* (el fiduciario) adquiere el título legal de los bienes o derechos que recibe para administrarlos de acuerdo con el interés del *cestui que trust* (o beneficiario). Por lo cual, deberá velar por la conservación de los bienes, incrementar el patrimonio, obtener utilidades, entre otros. Está obligado a presentar un informe de gestión estricto y riguroso a los beneficiarios a la fecha de terminación del *trust*.

El *cestui que trust*, o beneficiario, es aquella persona por quien se ha constituido el *trust* y quien puede ejercer acciones encaminadas para que el *trustee* lleve a cabo operaciones y celebre o no contratos. Es quien adquiere un derecho equitativo (o un interés) sobre los bienes que conforman el *trustee*.

El *Trust* está formado por un conjunto de bienes que constituyen una unidad independiente (del patrimonio del *settlor*, del *trustee* y del *cestui que trust*). Esta unidad tiene una destinación específica afectando los bienes a una finalidad determinada o determinable conforme a lo indicado en el *trust deed*, documento que establece los términos, reglas y finalidades del *trust*.

Si bien la figura del *trust* cumple una función similar a la del negocio fiduciario, jurídicamente la figura no es la misma. La finalidad del *trust* implica la existencia de un negocio que es oponible totalmente a terceros, tanto en las obligaciones como en la propiedad que conforma el *trustee*. Por otra parte, en el *trust* existe doble titularidad de los bienes porque el *trustee* adquiere la propiedad legal mientras que el *cestui que trust* adquiere un derecho equitativo o un interés sobre esos derechos. Por el contrario, en el negocio fiduciario existe solo un derecho de propiedad que se le atribuye al fiduciario y que usualmente requiere ciertos grados de solemnidad contractual. Otra diferencia, consiste en que el *trust* surge de un acto unilateral mediante el cual se afecta un bien en beneficio de un tercero; mientras que el negocio fiduciario es un contrato bilateral celebrado entre el fideicomitente y fiduciario.

Por lo anterior, la noción del *trust* del derecho anglosajón (*common law*) no puede equipararse con el negocio fiduciario. Sumado a que en Colombia la calidad de fiduciario la deben ejercer ejecutado únicamente por sociedades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y, sobre las cuales, la regulación es especial en relación con este tipo de negocios.

Regulación vigente del negocio fiduciario

En la actualidad como práctica acuñada en la industria, el término negocio fiduciario está compuesto por los contratos que se estructuran bajo las figuras de fiducia mercantil y encargo fiduciario. Tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario son instrumentos legales que se consideran flexibles en la medida en que a través de estos se pueden desarrollar innumerables finalidades propias y autónomas, todas relacionadas con la administración de bienes o recursos, respondiendo a la función económica de la sociedad fiduciaria.

Sociedad Fiduciaria

Las sociedades fiduciarias son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera en Colombia. De conformidad con el artículo 3 del EOSF, las sociedades fiduciarias son sociedades de servicios financieros cuya función es la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.

Las operaciones autorizadas para las sociedades fiduciarias, descritas en el artículo 29 del EOSF, abarcan diferentes operaciones en donde se brinda seguridad y confianza en el manejo de los recursos captados del público, dentro de los cuales están las actividades de fiducia mercantil y encargo fiduciario. Las operaciones autorizadas son:

“a. Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;

b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece;

c. Obrar como agente de transferencia y registro de valores;

d. Obrar como representante de tenedores de bonos;

e. Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin;

f. Prestar servicios de asesoría financiera;

g. Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2 ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán



emitir bonos 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;

h. Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto.

i. 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.

2. Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por "fideicomiso de inversión" todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos 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 y con lo previsto en el presente Estatuto;

3. Prohibición General. 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.

4. Contratos de red de oficinas. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar con los establecimientos de crédito contratos para la utilización de su red de oficinas, con el objeto de realizar por conducto de éstas las operaciones de recaudo, recepción, pago, enajenación y entrega de toda clase de bienes muebles e inmuebles necesarias para el desarrollo de los negocios propios de su actividad, en los casos y bajo las condiciones que fije el reglamento y siempre que a través de estas operaciones no puedan realizarse, directa o indirectamente, las actividades fiduciarias no autorizadas a los establecimientos de crédito y que los medios

empleados para el efecto permitan revelar con claridad la persona del fiduciario y la responsabilidad de las instituciones financieras que intervienen en su celebración”. (Subrayado propio, fuera del texto)

En desarrollo de las actividades autorizadas, y por ejercer su función económica que versa en la administración de bienes o recursos captados del público, las sociedades fiduciarias deben cumplir con los requisitos para obtener la autorización de funcionamiento por parte de la SFC, quién en su calidad de supervisor del sistema financiero evalúa la idoneidad de los socios y administradores, la solidez del plan de negocio y el cumplimiento normativo.

Adicionalmente, una vez autorizadas y en desarrollo de su objeto, deben cumplir con normas prudenciales sobre gestión de riesgos, gobierno corporativo y transparencia en la administración de los recursos confiados.

Ante el incumplimiento de cualquier disposición que les sea aplicable, las sociedades fiduciarias están sujetas a un régimen de responsabilidad especial al ser una sociedad que desarrolla actividad financiera y que funciona bajo vigilancia de la SFC. En caso de incumplimiento del marco normativo en desarrollo de su actividad, la SFC tiene la facultad de requerir información, imponer sanciones administrativas, económicas o incluso ordenar la intervención de la entidad, de conformidad con el régimen sancionatorio contenido en el EOSF.

Fiducia Mercantil

El contrato de fiducia mercantil está contemplado en las disposiciones de la Ley 410 de 1971, por medio de la cual se expide el Código de Comercio, en sus artículos 1226 y siguientes. El artículo 1226 define la fiducia mercantil como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”

El artículo también establece que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario, y que sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia, podrán tener la calidad de fiduciarios.

El desarrollo que se hace a través del articulado del Código de Comercio respecto de la fiducia mercantil establece principalmente que:

1. Los bienes objeto de la fiducia no se consideran garantía general de los acreedores del fiduciario;
2. La fiducia, según la naturaleza de los bienes que se transfiere, deberá constar en escritura pública registrada;
3. Los motivos legales de la renuncia del fiduciario, la cual debe ser autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, así como las causales de remoción;
4. La separación de bienes fideicomitidos del resto de activos del fiduciario, y de los activos que correspondan a otros negocios fiduciarios;
5. Los deberes indelegables del fiduciario, tales como: diligencia, mantener la separación patrimonial, actuar de acuerdo con lo establecido en el contrato, defender y proteger los bienes fideicomitidos, procurar el mayor rendimiento de los bienes, transferir los bienes según corresponda al concluir el negocio, y rendir cuentas;
6. Los derechos del beneficiario del negocio fiduciario, relativos a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del contrato, acciones de impugnación y oposición o solicitud de remoción del fiduciario;
7. Derechos del fiduciante;
8. Remuneración del negocio fiduciario;
9. Causales de extinción del negocio fiduciario, terminación del negocio y destinación de los bienes fideicomitidos;

Teniendo en cuenta las disposiciones expuestas, y que el contrato de fiducia mercantil se celebra entre las partes según el objetivo y las obligaciones que pactan entre ellas, el contrato de fiducia mercantil responde al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Es de resaltar esta característica del contrato, en la medida en que las partes desarrollan el negocio según sus necesidades económicas. En este contexto, la sociedad fiduciaria brinda seguridad en el manejo de los bienes administrados y centra su función en el servicio que presta como sociedad fiduciaria, apartándose del desarrollo del objeto mismo del contrato de fiducia mercantil.

El marco regulatorio del contrato de fiducia mercantil se complementa con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contiene reglas en

virtud de las cuales las sociedades fiduciarias están autorizadas para la administración de recursos y bienes, su función económica versa en la administración de recursos de terceros a través de los diferentes productos que éstas pueden ofrecer, con la diligencia y profesionalidad que se requiere para ello como sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En adición al marco normativo general aplicable a las sociedades fiduciarias y a la fiducia mercantil, existen disposiciones especiales a nivel de ley, aplicable únicamente para algunos contratos de fiducia mercantil. Por ejemplo, la Ley 80 de 1993, en donde se establecen algunas reglas especiales para el contrato de fiducia mercantil que se celebre con una entidad de carácter público, la Ley 549 de 1999 en donde la fiducia mercantil es el vehículo para el financiamiento del pasivo pensional, la Ley 550 de 1999 en donde se autorizan patrimonios autónomos para la normalización de pasivos pensionales, o la Ley 1676 de 2013 que establece disposiciones relacionadas con la fiducia en garantía, entre otros.

Así mismo, en temas de protección al consumidor financiero, la Ley 1328 de 2009 regula la protección del consumidor financiero, incluyendo los deberes de las sociedades fiduciarias en la prestación de servicios fiduciarios.

Encargo fiduciario

Por su parte, el contrato de encargo fiduciario no contempla un desarrollo regulatorio particular a nivel de ley, salvo dos artículos del EOSF. Por una parte, en el literal b. numeral 1 del artículo 29, se dispone el encargo fiduciario como una de las actividades autorizadas a realizar por parte de la sociedad fiduciaria en los siguientes términos:

“b. Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece;”

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 146 del mismo estatuto, estipula las normas que le son aplicables al contrato de encargo fiduciario en los siguientes términos:

“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.”

Adicional a las disposiciones expuestas, no existe a nivel de ley o decreto, desarrollo normativo para el contrato de encargo fiduciario y en ese sentido, el desarrollo que se ha dado en Colombia ha sido por vía de jurisprudencial, a través de instrucciones particulares que emite la SFC en la Circular Básica Jurídica y de líneas de interpretación de la industria.

Respecto del numeral 1 del artículo 146 del EOSF, se ha evidenciado en la labor de construcción del proyecto de decreto y de este documento técnico, que se ha generado especial controversia entre el alcance y la interpretación que se da en la aplicación de éste numeral referente al uso subsidiario de las normas del mandato al contrato de encargo fiduciario.

Por una parte, existe una interpretación donde la aplicación subsidiaria de las normas del mandato al contrato de encargo fiduciario implica que a través del contrato de encargo fiduciario es dable desarrollar un mandato puramente entendido y con las reglas que lo regulan del Código de Comercio en sus artículos 1262 y siguientes.

Por otra parte, existe otra interpretación donde la aplicación subsidiaria de las normas del mandato al contrato de encargo fiduciario se hace únicamente en lo no regulado en el marco normativo de la fiducia mercantil y siempre que no contravenga la función económica y la razón de ser de los negocios desarrollados por la sociedad fiduciaria y del espíritu mismo del encargo fiduciario. En ese sentido, no es dable desarrollar un mandato puramente entendido según su regulación en el Código de Comercio, sino que son normas que únicamente aplican de forma complementaria más no sustitutiva de las normas aplicables de la fiducia mercantil.

No se evidencia, en el estudio desarrollado desde esta Unidad, un consenso al respecto. Por el contrario, esta disparidad en la interpretación ha dificultado el desarrollo de la industria y la labor de supervisión en cabeza de la SFC. En virtud de lo anterior, se desarrollará en el marco de las alternativas regulatorias de este documento, la visión que desde la Unidad de Regulación financiera se tiene para la propuesta de la regulación a nivel de decreto del encargo fiduciario.

Conflictos de interés para los negocios fiduciarios.

El artículo 146 del EOSF establece en su numeral 9 que *“Los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de entidades fiduciarias 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 este. La Superintendencia Bancaria determinará y calificará en la forma prevista en los incisos 2o. y 3o. del numeral 6 del artículo 98 del presente Estatuto, la existencia de tales conflictos. Así mismo, podrá establecer mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de conflicto de interés, si a ello hubiere lugar.”*

La prohibición implica el cumplimiento de los criterios de conocimiento de información privilegiada por cualquier funcionario de la sociedad fiduciaria, ante una situación que dé lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por éste.

En desarrollo de este documento técnico que acompaña el proyecto de decreto para el negocio fiduciario, se pudo identificar que dicha norma ha tenido diversas interpretaciones.

Sin embargo, como se puede observar en los desarrollos regulatorios de los últimos años en lo relacionado con las situaciones de conflictos de interés, la regulación ha desarrollado disposiciones reconociendo la importancia de la prevención, identificación y administración de los conflictos de interés.

Como consecuencia de lo anterior, para el caso de los fondos de inversión colectiva el artículo 3.1.3.1.3 del Decreto 2555 de 2010 establece como obligación y responsabilidad de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva *“(…) 21. Identificar, controlar y gestionar las situaciones generadoras de conflictos de interés en la actividad de administración de fondos de inversión colectiva, según las reglas establecidas en las normas aplicables y las directrices señaladas por la Junta Directiva de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva.”* A su vez, y continuando con esta línea, el artículo 3.1.1.1.5 del mismo Decreto insta a que las sociedades administradoras de Fondos de Inversión Colectiva establezcan normas de gobierno corporativo, políticas y mecanismos idóneos para prevenir y administrar los posibles conflictos de interés en los que puedan incurrir la Sociedad Administradora o cualquiera de sus funcionarios. Las disposiciones anteriores son

aplicables a todas las sociedades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Sumado a esto, para los casos de entidades vigiladas que hacen parte de conglomerados financieros, el artículo 2.39.3.1.4 del Decreto 2555 de 2010 establece que:

“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.

Dichas directrices deben prever que se podría presentar una situación de conflicto de interés entre las entidades que conforman el conglomerado financiero, entre estas y las entidades y personas vinculadas al conglomerado financiero y entre los administradores y personas con capacidad de toma de decisión de dichas entidades. Se entiende como administradores los definidos en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Estas directrices deberán incorporar límites, criterios de materialidad, barreras de información entre las entidades o líneas de negocio susceptibles de generar conflictos de interés, así como lineamientos acerca de la información relevante asociada a dichos conflictos que le deben ser presentados a los órganos competentes.”

Como consecuencia del desarrollo normativo y el reconocimiento de la importancia de la administración de los conflictos de interés, y tenido en cuenta el alto grado de profesionalidad que tienen las sociedades fiduciarias es claro que estas pueden identificar, revelar y administrar los conflictos de interés que se ocasionen en desarrollo de su actividad financiera de manera adecuada.



Ahora bien, para esta Unidad es claro que la administración de conflictos de interés no debe desconocer la disposición legal que el artículo 146 del EOSF establece en su numeral 9 mediante el cual se establece la prohibición de celebración de negocios fiduciarios según los criterios que el artículo establece para que la sociedad fiduciaria se abstenga de celebrar el contrato.

En ese sentido, se expondrá en el marco de las alternativas regulatorias de este documento, la visión que desde la Unidad de Regulación financiera se tiene en lo relacionado con las situaciones de conflictos de interés.

Ausencia de un marco regulatorio:

La fiducia mercantil y encargo fiduciario actualmente no tienen desarrollo normativo a nivel de decreto, en ese sentido su desarrollo jurídico se ha dado a nivel contractual en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual ha conllevado a controversias judiciales y ha dificultado la labor de supervisión.

Desarrollo de la Circular Básica Jurídica:

De conformidad con el artículo 11.2.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la Superintendencia Financiera de Colombia es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Se encarga, en términos generales, de la inspección, vigilancia y control de las personas y entidades que realizan actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, tiene por función proteger a los inversionistas, ahorradores y asegurados.

El numeral 1 del artículo 325 del EOSF, señala que la SFC tiene por objetivos asegurar la confianza pública en el sistema financiero, supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a control y vigilancia para la adecuada prestación del servicio y el cumplimiento del marco normativo, entre otros.

Para el desarrollo de estos objetivos, el literal a) del numeral 3 del artículo 326 del EOSF, precisó como una de las funciones de control y vigilancia a cargo de la SFC, la facultad de instrucción de la siguiente manera: "Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales

normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades. Esta misma facultad será ejercida por la Superintendencia de Valores respecto de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente.”

En concordancia con estos lineamientos, es competencia de la SFC, en su calidad de autoridad administrativa especializada en supervisión financiera, aseguradora y del mercado de valores, emitir directrices generales sobre diversos aspectos de estas actividades. Esto implica definir pautas sobre la manera en que las entidades supervisadas deben cumplir con las disposiciones que regulan sus operaciones autorizadas, establecer criterios técnicos que faciliten el cumplimiento de dichas normas, delinear procedimientos para su correcta implementación y determinar cómo estas instituciones deben gestionar los riesgos inherentes a sus operaciones.

La SFC, en virtud de sus facultades ha desarrollado el Capítulo I del Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica a través de la cual establece las disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios. A través de este capítulo, la SFC ha instruido a las entidades vigiladas respecto del concepto del negocio fiduciario, las condiciones para su celebración, las particularidades de los contratos de prestación masiva de servicios o de adhesión, aspectos relacionados con la rendición de cuentas, temas contractuales, entre otros.

Especialmente, la SFC respondiendo a sus necesidades de supervisión, ha catalogado a través de la circular los negocios fiduciarios por tipología y ha desarrollado instrucciones particulares para cada uno de los tipos de negocios. Las tipologías de los negocios fiduciarios desarrolladas en la circular básica jurídica corresponden a las que se exponen a continuación:

- Fiducia de inversión.

Respecto de esta tipología, la Circular Básica Jurídica desarrolla aspectos relacionados con la destinación específica de los recursos fideicomitidos, la prohibición de la delegación de la profesionalidad, de la responsabilidad y de la ejecución del objeto del contrato.

- Fiducia inmobiliaria.

Respecto de esta tipología de negocio, la SFC instruye a través de la Circular Básica Jurídica sobre los riesgos que implica el negocio, la divulgación de la información, aspectos específicos del desarrollo de proyectos inmobiliarios relacionados con terrenos, tradición de los inmuebles, punto de equilibrio, condiciones técnicas, financieras o jurídicas, licencias de construcción, niveles mínimos de solvencia, fuentes de financiación, entre otros. Adicionalmente, establece consideraciones mínimas que deben tener los contratos de fiducia inmobiliaria, dependiendo de la forma en la que se estructure el negocio y de las funciones que cumpla el contrato (pagos, administración, garantía, tesorería, preventa), así como su autorización ante la SFC.

- Fiducia de administración

La SFC no ha desarrollado instrucciones particulares para esta tipología de negocio fiduciario.

- Fiducia en garantía.

Para este tipo de contrato, la SFC únicamente instruye a través de circular una abstención para expedición de certificados o constancias de garantías cuando los avalúos de los bienes dados en garantía no estén actualizados.

- Fiducia Pública.

Las instrucciones emitidas por la SFC a través de la circular para este tipo de fiducia se centran en los negocios fiduciarios que pueden desarrollar las fiduciarias con las entidades estatales, las autorizaciones necesarias de conformidad con la estructuración del negocio, el régimen de inversiones de los excedentes de liquidez, la no conformación de patrimonios autónomos, la no delegación de funciones públicas en las sociedades fiduciarias o fideicomisos, la remuneración fiduciaria y la responsabilidad administrativa.

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

Adicional a esta tipología de negocios fiduciarios, la SFC establece instrucciones a través de la Circular Básica Jurídica para negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias.

Desarrollo jurisprudencial del contrato de fiducia mercantil:

En los últimos años, las relaciones y obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil han sido objeto de múltiples litigios ante las autoridades judiciales y arbitrales, lo que ha llevado a la construcción de un cuerpo jurisprudencial significativo. Particularmente, la tipología de negocio fiduciario que ha sido objeto de mayor controversia judicial es el de Fiducia Inmobiliaria.

Las controversias se han promovido por acciones de protección al consumidor ante la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, por demandas ante los juzgados civiles, por impugnación de sentencias o recursos de apelación ante el Tribunal Superior, o por recursos extraordinarios de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

Las disputas en estos procesos se han centrado en establecer la responsabilidad de la sociedad fiduciaria respecto de temas como el incumplimiento y/o terminación de contratos de promesa de compraventa, devolución de dineros depositados con sus intereses corrientes y moratorios, reintegro de lo pagado por impuesto predial, falta de escrituración de bienes pagados, indemnización por la pérdida de oportunidad de valorización de un inmueble, indemnización por detrimento patrimonial.

Los argumentos propuestos por las partes demandantes y que son objeto de estudio por la autoridad competente, se han centrado en la falta de gestión oportuna y diligente de las sociedades fiduciarias, falta de verificación de niveles de solvencia, la solidez económica, capacidad técnica y capacidad jurídica de los fideicomitentes, transferencia de dineros, cumplimiento de deberes de la sociedad fiduciaria en un contrato de fiducia de tipo inmobiliario, falta de verificación de financiación, verificación de punto de equilibrio, debido análisis de riesgos que puedan afectar el negocio, desarrollo de acciones necesarias para evitar el estancamiento o atrasos de obras, no protección de los bienes fideicomitidos, entrega de recursos al fideicomitente sin el lleno de los requisitos a nivel contractual, desviación de recursos, cumplimiento de los compromisos legales y contractuales, conducta de la

sociedad fiduciaria y la prestación de servicios en su calidad de administradora y vocera de un patrimonio autónomo, su calidad de administradora, el grado exigible de diligencia y su bien ejercicio profesional, y en general, se cuestiona el rol de la sociedad fiduciaria dentro del contrato de fiducia mercantil.

Ejemplo de las controversias planteadas anteriormente, son algunos de los casos que se exponen a continuación:

Controversia por falta de diligencia de la sociedad fiduciaria al continuar los desembolsos al fideicomitente a pesar de los retrasos en el proyecto:

“el reporte de egresos da cuenta de transacciones llevadas a cabo en favor de la constructora, no obstante la persistente demora, realizándose pagos incluso con posterioridad a junio de 2015 -fecha en la que, según la anterior declaración, dejaron de hacerse los desembolsos-, sin que dicha tardanza activara señales de alerta a la sociedad intimada para verificar la solidez financiera de los fideicomitentes de un proyecto estructurado en el año 2012; pasividad que pone en entredicho el cumplimiento de uno de los deberes indelegables del fiduciario, consistente en “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, contemplado en el artículo 1234, numeral 1, del Código de Comercio, y desdice del acatamiento del canon 3, literal a), de la Ley 1328 de 2009, en cuyo tenor preceptúa que “[l]as entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia (...) en la prestación de sus servicios a los consumidores, (...). En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero (...).”¹¹

En este caso, el Tribunal Superior de la Judicatura declara como no probada la ausencia de responsabilizas patrimonial por parte de la sociedad fiduciaria y ordena a esta reintegrar la suma pagada por los beneficiarios en calidad de cuota inicial, junto con los rendimientos causados hasta la fecha del fallo.

Las decisiones en estos procesos han señalado problemas estructurales en la regulación de la fiducia mercantil, tales como la falta de principios que rigen la

¹¹ Tribunal superior de Bogotá D.C. Sala de decisión civil.(2020, dic) PA Balsillas de Tolú.

ejecución de negocios fiduciarios, la insuficiencia de disposiciones sobre los deberes, obligaciones y la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, la falta de claridad en la ejecución de instrucciones fiduciarias y la delimitación de los deberes de los fiduciarios frente a los beneficiarios y fideicomitentes. Adicionalmente, el desarrollo jurisprudencial ha expuesto una problemática de protección al consumidor, no porque las normas de protección sean insuficientes, sino porque la información respecto del desarrollo del negocio fiduciario a beneficiarios o consumidores financieros debe ser clara, completa, comprensible y oportuna.

Estos vacíos generan desequilibrio en el desarrollo de las relaciones contractuales y la prestación de servicios financieros, generan incertidumbre jurídica y afectan la confianza en el sistema financiero colombiano, especialmente en las sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de recursos.

1. Alternativas Regulatorias

Teniendo en cuenta la relevancia del negocio fiduciario tanto en el contexto del mercado financiero como para el sector real y el marco regulatorio con el que actualmente cuenta este vehículo, ambos aspectos cubiertos en la sección previa, se presentan alternativas regulatorias, contrastando la preservación de la normativa actual y la promoción de la generación de un nuevo marco regulatorio.

1.1 Mantener las normas actuales

Como se ha mencionado en secciones previas del presente documento la evolución del negocio fiduciario tanto en términos de dimensión dentro del sistema financiero y en diversas actividades del sector real, como el papel de la participación de las sociedades fiduciarias en la transferencia prudente de recursos entre otros agentes de la economía y la administración profesional de estos, requiere un marco normativo que genere claridad sobre el alcance del propósito del vehículo, las responsabilidades y derechos de las partes directas e indirectas del contrato y mecanismos de comunicación entre los participantes del negocio. Todo esto en respeto del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para la negociación y estipulación de los derechos y obligaciones que rigen el negocio jurídico.

Continuar con el estado actual a nivel regulatorio, en el cual no hay regulación del negocio fiduciario a nivel de decreto, puesto que como se ha mencionado en el Decreto 2555 de 2010 no contempla hoy reglas particulares respecto al negocio fiduciario, tendría como consecuencia la profundización de la situación actual, a

saber, falta de claridad sobre las responsabilidades de los intervinientes directos e indirectos de los negocios fiduciarios, incentivos inadecuados para la participación de las sociedades fiduciarias en la función que como entidades vigiladas del sistema financiero y expertos en la administración de recursos tienen en esta industria e ineficiencias de cara a la transmisión de información a los consumidores y beneficiarios finales en los negocios de esta naturaleza.

Así pues, se propone en la siguiente sección la estructuración de un marco normativo exclusivo para el negocio fiduciario en el Decreto 2555 de 2010 y cuyos objetivos son:

1. Contar con normas adecuadas para los participantes de los distintos tipos de negocios fiduciarios, propendiendo por la protección al consumidor financiero.
2. Crear los incentivos necesarios que permitan a las sociedades fiduciarias actuar en los sectores de la economía en los que actualmente son determinantes para la gestión profesional de los recursos y los riesgos.

1.2 Creación marco regulatorio para el Negocio Fiduciario

Tomando en consideración la situación respecto del marco normativo vigente y los objetivos de la regulación para la industria, la estructura del proyecto normativo incluye secciones separadas para: definiciones, principios, deberes tanto de las sociedades fiduciarias como de los encargantes o fideicomitentes, obligaciones de información a los beneficiarios del contrato, procedimiento de autorización y reporte a la Superintendencia Financiera de Colombia, actividades posibles a desarrollar a través de negocios fiduciarios y condiciones particulares para la ejecución de algunas que generan interés particular por las características diversas de los participantes.

2. Propuesta Marco regulatorio para el Negocio Fiduciario

A continuación se detallan las propuestas incluidas en cada una de las secciones, los objetivos específicos a los que atienden y su concordancia con el marco jurídico superior y en uso de las facultades que: i) la Constitución Política de Colombia establece en el numeral 11 de su Artículo 189 para "*Ejercer la potestad*

reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”; ii) el EOSF define en los literales b) y d) de su Artículo 46 como objetivos de la intervención del Estado en las actividades financiera y aseguradora “que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas” y “que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia”; respectivamente; y, iii) lo establecido literales a) y c) del artículo 4 de la Ley 964 de 2005 respecto de: “establecer la regulación aplicable a las actividades del mercado de valores señaladas en las normas vigentes” y “Establecer la regulación aplicable a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores”, respectivamente.

Por otro lado, el régimen de protección al consumidor previsto en la Ley 1328 de 2009 establece que el consumidor financiero debe ser entendido como todo cliente, usuario o potencial cliente de las entidades vigiladas. En esa medida, es fundamental crear normas que propendan por la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo que, de conformidad con el ámbito de dicha ley en donde se busca que tanto a los consumidores financieros como las entidades vigiladas suministren información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita que cada uno de ellos conozca adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que se establecen entre sí.

La propuesta normativa se centra en la delimitación del desarrollo del negocio fiduciario, teniendo en cuenta que: 1) el contrato es autónomo, esto quiere decir que no necesita de la existencia de otro contrato para subsistir; 2) el contrato se celebra en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en donde éstas manifiestan sus derechos, sus responsabilidades y el alcance de sus obligaciones; 3) y que la relación financiera o de consumo de servicios financieros se da entre la sociedad fiduciaria y el fideicomitente o encargante, bajo el entendido que el alcance de la sociedad fiduciaria es la prestación de servicios financieros de conformidad con las actividades que le son autorizadas en virtud de su licencia y que el fideicomitente o encargante es quien adquiere, disfruta o utiliza los servicios financieros prestados por la sociedad fiduciaria. Lo anterior, de conformidad con el régimen de protección al consumidor de la Ley 1480 de 2011.

2.1 Definiciones

Con el fin de delimitar de manera clara y comprehensiva el ámbito de aplicación de la norma proyectada, las modalidades bajo las que se puede desarrollar el negocio fiduciario así como el régimen de responsabilidades y deberes de los participantes de la industria, al tiempo que se mantiene la coherencia y armonía con el marco legal establecido por el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las particulares a la administración de recursos de naturaleza especial como el de las entidades públicas, seguridad social, entre otros; se incluyen precisiones sobre:

2.1.1 Negocio Fiduciario

La definición propuesta en el Artículo 2.5.5.2.1 del proyecto de decreto tiene como objeto establecer que las normas provistas por la iniciativa en discusión cubren todos los contratos que se convengan a través de las figuras de fiducia mercantil y encargo fiduciario siempre que el fin sea el ejercicio de las operaciones previstas descritas en los literales a) y b) del numeral 1 y el numeral 2 del artículo 29 del EOSF.

Se resalta que la construcción de la definición no hace distinciones particulares respecto de la naturaleza u origen de los recursos que subyacen al contrato, a saber, si los recursos se consideran privados o públicos, de seguridad social, entre otros. Lo anterior, toda vez que la propuesta aquí presentada pretende ser armónica frente a normas vigentes en la materia como la Ley 80 de 1993 en lo relacionado con recursos públicos y con las reglas establecidas para la administración de recursos de la seguridad social que deberá desarrollarse de conformidad con las disposiciones en la Ley 549 de 1999, Ley 550 de 1999, o las normas que las desarrollen, modifiquen, complementen o sustituyan.

2.1.2 Fiducia Mercantil

Considerando que el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971 prevé la definición de la figura en mención, la propuesta normativa hace remisión expresa con el fin de generar un marco autocontenido para el conjunto de negocios fiduciarios que como se mencionó en la sección anterior pueden desarrollarse tanto a través de fiducia mercantil como de encargo fiduciario, y en este sentido deberán acogerse a las disposiciones del decreto que rige la materia en adelante.

2.1.3 Encargo Fiduciario



Como se mencionó en la introducción de este documento, el marco normativo actual no dispone una definición puntual de encargo fiduciario. Por esta razón y con el fin de generar claridad sobre el alcance de los negocios fiduciarios desarrollados en esta modalidad contractual se establece que son los contratos que tengan como fin: “realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece” en línea con lo que contempla el literal b) del numeral 1 del artículo 29 del EOSF.

También se incluyen en las operaciones de posible instrumentalización a través del encargo fiduciario, la ejecución de acciones relacionadas con la administración de un bien o recurso cuando estas labores no entren en contravención de lo dispuesto por el numeral 1 del Artículo 146 del EOSF. Es decir, que para lo no establecido de manera expresa para el encargo fiduciario deberían ser consideradas las reglas de la fiducia mercantil o el mandato.

No obstante, en la aplicación de las normas supletivas es requisito considerar con prioridad la salvedad de la norma citada que establece: “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”, y por esto priman las actividades y operaciones autorizadas para las sociedades fiduciarias en el cumplimiento de su función económica como entidades del perímetro regulatorio que ejercen las actividades de captación y aprovechamiento de recursos del público, consideradas de interés público y por tanto reguladas.¹²

Se aclara de igual forma que el encargo fiduciario no implica la transferencia de bienes, a diferencia de lo requerido para la fiducia mercantil. Lo anterior, respondiendo a la no conformación de un patrimonio autónomo para el manejo y transferencia de los bienes, sino únicamente a la administración de los mismos y el

¹² Constitución Política Colombiana artículo 335 “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

desarrollo de encargo específicos en cabeza de la sociedad fiduciaria como encargada.

2.1.4 Riesgos fiduciarios

Teniendo en cuenta la necesidad de establecer un marco claro de responsabilidades para la diversidad de agentes que intervienen actualmente en la industria a regular, la naturaleza variada de negocios que se desarrollan en ejecución de fiducia mercantil o encargo fiduciario y que la supervisión ejercida actualmente por la Superintendencia Financiera de Colombia está fundamentada en un sistema de administración de riesgos, se presenta como elemento de distinción de la responsabilidad el tipo de riesgos que cada parte puede administrar conforme al desarrollo del objeto que le es autorizado por su razón social y su nivel de conocimiento y *expertise* en su mercado.

En razón de lo anterior, la definición de riesgos fiduciarios presentada en el Artículo 2.5.5.2.4 del proyecto de decreto establece que son aquellos derivados de la posibilidad de ocurrencia de un hecho que afecte el desarrollo de la ejecución del contrato, siempre que las actividades allí consignadas correspondan a aquellas naturales de la actividad fiduciaria según las normas que a estas entidades vigiladas le apliquen, a saber, las listadas por el Artículo 29 y 146 del EOSF, así como el Decreto 2555 de 2010 y las normas que se han dado en su desarrollo.

2.1.5 Riesgos no fiduciarios

En complemento de la definición anterior y con el fin de reconocer que en desarrollo del objeto de un negocio fiduciario pueden contemplarse actividades diversas y por tanto relaciones contractuales no relacionadas con las operaciones de naturaleza financiera y fiduciaria, se establece en el Artículo 2.5.5.2.5 de la propuesta normativa que los riesgos no fiduciarios son aquellos hechos o circunstancias que afectan la ejecución del objeto de contrato de fiducia por parte del fideicomitente o encargante por su responsabilidad o por sus relaciones contractuales con terceros, y que en todo caso son ajenos a los riesgos fiduciarios.

2.2 Principios

En consideración de la variedad de negocios que pueden instrumentarse a través del negocio fiduciario y multiplicidad de agentes que potencialmente están



involucrados, con el fin de establecer los lineamientos orientadores para la relación contractual entre las sociedades fiduciarias y sus fideicomitentes o encargantes de manera transversal, se incluyen en la propuesta regulatoria los siguientes principios:

2.2.1 Segregación

En desarrollo de lo dispuesto en el Artículo 1233 del Código de Comercio en el marco de la fiducia mercantil sobre separación de los bienes fideicomitidos, se aclara que en ningún caso estos últimos hacen parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria y por tanto nunca 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 fiduciaria.

Para los negocios que se desarrollen a través de encargo fiduciario se establece que la Sociedad Fiduciaria en ningún caso podrá mezclar recursos de diferentes vehículos o los suyos con los de los demás encargos a su cargo, en términos de la información a reportar a entidades de control o al mercado en general.

2.2.2 Profesionalidad

Se hace extensible el principio de profesionalidad que actualmente rige el actuar de las Sociedades Fiduciarias en otros vehículos que implican recursos de terceros. No obstante, en este caso se especifica que la prudencia y diligencia se circunscribe al desarrollo de las operaciones que le son autorizadas de acuerdo con su licencia como entidad vigilada.

2.2.3 Prevalencia de los intereses

También en extensión del principio que aplica para las actividades a desarrollar por parte de las Sociedades Fiduciarias en la industria de fondos de inversión colectiva, se exige de la entidad vigilada priorizar incluso sobre sus intereses o los de sus partes relacionadas aquellos de sus fideicomitentes o encargantes y beneficiarios de los negocios fiduciarios, resaltando que los intereses de éstos últimos son aquellos manifestados en el contrato de fiducia que instrumentaliza el negocio y siempre que sean en desarrollo de las operaciones que le son autorizadas de acuerdo con su licencia como entidad vigilada.

2.2.4 Previsión

Considerando los desarrollos jurisprudenciales que se han dado en la materia y que fueron señalados en la sección introductoria del presente documento y simultáneamente cumpliendo con el objetivo de generar un marco claramente delimitado de responsabilidades de las Sociedades Fiduciarias en el desarrollo de los negocios fiduciarios, se exige la anticipación de los riesgos fiduciarios y demás aspectos que puedan afectar la ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato que instrumentaliza el negocio fiduciario y que le son propias en el desarrollo de las actividades que le son autorizadas por su función económica dentro del sector financiero.

2.2.5 Transparencia

Teniendo en cuenta que la línea regulatoria que se ha dado en términos de la protección de los consumidores financieros es el del fortalecimiento de la información que se pone a su disposición para la toma de decisiones fundamentadas, se introduce la exigencia de que se disponga el acceso de las partes involucradas directa o indirectamente al contrato de fiducia a información sobre los aspectos que en desarrollo del contrato de fiducia puedan incidir sobre los derechos que se establecen a su favor.

2.3 Deberes de las Sociedades Fiduciarias

En desarrollo de los principios propuestos en el capítulo 3 de la iniciativa normativa se incluyen los mecanismos a través de los cuales se materializan en obligaciones para las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia que intervienen en los negocios fiduciarios, así:

2.3.1 Suministro de Información

En aras de materializar el principio de transparencia y en atención a que como se mencionó en apartes anteriores, el mecanismo de protección al consumidor es generar el acceso a la información necesaria para la toma de decisiones, se requiere a la Sociedad Fiduciaria que ponga en conocimiento de las partes del contrato, ya sean directas o indirectas, los riesgos fiduciarios y no fiduciarios, costos, alcance de los derechos y obligaciones tanto de las partes como de los beneficiarios, así como

la materialización de eventos que afecten el éxito del objeto del contrato. En este caso, se destaca la claridad sobre la repartición de utilidades y/o rendimientos que en desarrollo de la ejecución del negocio fiduciario se puedan generar.

Para este fin, las fiduciarias están obligadas a asegurarse de que la información que se pone a disposición sobre el estado del negocio debe tener en cuenta las condiciones propias de cada modalidad contenida en el contrato, tipo de negocio, así como de que es verificable, periódica y oportuna. Además, deben tener en cuenta que entre los beneficiarios o partes indirectas del contrato (consumidores financieros) pueden tener diferentes conocimientos en materia financiera, razón por la cual tanto el lenguaje como los mecanismos de acceso deben ser claros y sencillos. Nótese que el deber de información cubre tanto la etapa precontractual, la de ejecución del contrato y su liquidación y las entidades podrán uso de medios tecnológicos para facilitar este acceso a la información.

Por lo tanto, se dispone que cuando haya circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles sobre el desarrollo del objeto del contrato respecto de las obligaciones de la sociedad fiduciaria, esta deberá informar al fideicomitente o encargante y a los beneficiarios de tal situación y de sus efectos sobre el desarrollo del contrato de fiducia mercantil o encargo fiduciario.

2.3.2 Rendición de cuentas

En concordancia con lo establecido por el numeral 8 del Artículo 1234 del Código de Comercio para la fiducia mercantil y en extensión a los negocios ejecutados en la modalidad de encargo fiduciario, se requiere que durante la ejecución del contrato las Sociedades Fiduciarias mantengan informados a los fideicomitentes, encargantes, beneficiarios y a quienes se disponga en el contrato del negocio, sobre las gestiones que le fueron encomendadas siempre que éstas les sean las propias a las actividades naturales a su licencia. Se establece para el cumplimiento de este deber la Superintendencia Financiera de Colombia emitirá las instrucciones sobre el contenido, la periodicidad y los mecanismos para poner a disposición la rendición de cuentas.

2.3.3 Valoración

Con el fin de generar información que permita el seguimiento y la supervisión adecuada en la industria, se requiere que las Sociedades Fiduciarias valoren o

contraten la valoración los activos, bienes o recursos que subyacen al desarrollo de los negocios fiduciarios. Se aclara que en atención a la extensión de este deber que existe también para otros vehículos administrados por fiduciarias, la valoración debe realizarse de acuerdo con las metodologías aplicables y atendiendo a las instrucciones que respecto a la periodicidad y los mecanismos del reporte señale la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.3.4 Administración de riesgos fiduciarios

En aplicación de las obligaciones que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera Colombia tienen de administración de riesgos en desarrollo de las operaciones y actividades que les son autorizadas de acuerdo con lo establecido en el literal a del numeral 3 del Artículo 326 del EOSF, se establece que la sociedad fiduciaria deberá realizar desde la etapa precontractual, como condición previa e indispensable para la celebración del contrato del negocio fiduciario, durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación, un análisis documentado de los riesgos fiduciarios, de conformidad con su objeto y el contexto en el que se desarrolla.

El análisis documentado de los riesgos fiduciarios implica según la propuesta normativa la aplicación de las cuatro etapas de su administración, a saber: i) identificación, ii) medición o evaluación, iii) mitigación o control, iv) y, monitoreo. Como resultado de este proceso la sociedad fiduciaria tiene la obligación de construir una matriz de riesgos fiduciarios y ponerla a disposición de las partes del contrato tanto directas como indirectas para atender de manera simultánea al deber de gestión de riesgos, el deber de información.

2.3.5 Protección de bienes transferidos o entregados

En desarrollo de los otros deberes indelegables del fiduciario tratados en el Artículo 1234 del Código de Comercio, y particularmente para este caso en su numeral 4, se propone en el Artículo 2.5.5.4.5 del proyecto de decreto que la sociedad fiduciaria se haga cargo de la personería jurídica para la protección de los bienes fideicomitidos. Adicionalmente, y sin perjuicio de la modalidad contractual del negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria también deberá adelantar todas las gestiones y acciones necesarias para preservar los bienes y procurar que estos se destinen al cumplimiento de la finalidad fiduciaria establecida en el contrato incluso frente a actos de terceros, del beneficiario e incluso del propio fideicomitente o encargante.

2.3.6 Mejor ejecución de las operaciones

En concordancia con lo dispuesto en el numeral 6 del Artículo 1234 del Código de comercio y en extensión de la disposición que en la materia existe para fondos de inversión colectiva en la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010, cuando el contrato del negocio fiduciario contemple la obligación para la Sociedad Fiduciaria de adquirir o enajenar activos, esta debe procurar porque las condiciones de la operación correspondan con las mejores existentes al momento de su ejecución, lo cual puede implicar que se desarrolle a precios de mercado o según los criterios contemplados en el contrato para determinar el precio, sin que esto significa una responsabilidad mayor a la labor de medio y no de resultado que se deriva del numeral 3 del Artículo 1234 del Código de Comercio vigente.

2.3.7 Prevención y administración de conflictos de interés

En línea con el desarrollo legal que ha reconocido la importancia de la administración de conflictos de interés, se establece en el proyecto de decreto una disposición que permite a las sociedades fiduciarias contar con principios, políticas y procedimientos para la detección, prevención, administración y revelación de conflictos de interés. Así mismo, se establece que estos lineamientos aplican a miembros de la junta directiva, administradores y en general a toda la cadena de funcionarios de la sociedad fiduciaria que intervengan en la realización del negocio fiduciario.

Así pues, el Artículo 2.5.5.4.8 del proyecto de decreto finaliza estableciendo la formalización de las principios, políticas y procedimientos que la Sociedad Fiduciaria debe diseñar e implementar en desarrollo del deber aquí consignado a través del código de buen gobierno corporativo de la entidad y algunos lineamientos generales para las reglas a estructurar para la administración de los conflictos de interés que surjan en la ejecución de los negocios fiduciarios en los que participe la entidad.

La propuesta normativa de conflictos de interés reconoce la prohibición del numeral 9 del artículo 146 y del numeral 6 del artículo 98 del EOSF, en donde se establece que los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de la sociedad fiduciaria que tenga acceso a información privilegiada, debe abstenerse de celebrar el negocio fiduciario respecto del cual versa la información privilegiada siempre que la situación de lugar a un conflicto de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o encargante o los beneficiarios designados por este.

Bajo el entendido de la existencia de la prohibición, la propuesta normativa separa las circunstancias en las que se aplica la prohibición de aquellas en las cuales se gestionan los conflictos de interés.

Para ello y teniendo como referencia la definición de información privilegiada en la intermediación en el mercado de valores del artículo 7.6.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, se establece un párrafo en la propuesta normativa expresando lo que se considera por información privilegiada para los negocios fiduciarios, como aquella que no es conocida por el público y que, de serlo, cambiaría las condiciones a pactar en el negocio fiduciario o las decisiones de las partes respecto del negocio fiduciario a celebrar. Así si los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general cualquier funcionario de la Sociedad Fiduciaria tuvieran acceso a este tipo de información respecto del negocio a constituirse y estuviera frente a una situación de conflicto de interés entre la sociedad fiduciaria y el fideicomitente o los beneficiarios, la sociedad fiduciaria deberá abstenerse de celebrar el negocio fiduciario.

En ese sentido, cuando los conflictos de interés no cumplan con los criterios de la prohibición y no se tenga conocimiento de información privilegiada en situaciones que den lugar a conflictos de interés, las sociedades fiduciarias deben aplicar el deber de prevención y administración de conflictos de interés de la propuesta normativa.

2.3.8 Revelación sobre rendimientos y Utilidades

Por considerarlo de especial interés para la protección del consumidor, y en atención al desarrollo jurisprudencial en la materia, se establece de manera expresa la obligación de que la sociedad fiduciaria manifieste en el contrato: el uso, el destino y el manejo de los rendimientos y utilidades que se puedan generar en desarrollo del negocio fiduciario. Esta disposición debe ser informada a todas las partes del contrato incluyendo a los beneficiarios en ejecución simultánea del deber de suministro de información.

2.3.9 Autorización de Publicidad

En línea con el objetivo de generar un marco claro de responsabilidades sobre las obligaciones de las partes del contrato de un negocio fiduciario y en la comunicación de estas a los beneficiarios, se establece que en el contrato deben ser claras las condiciones de uso del nombre y logo de la entidad vigilada para la publicidad

relacionada con el desarrollo del negocio y el mecanismo que la Sociedad Fiduciaria usará para emitir la autorización para este uso.

2.3.10 Procedimiento para la liquidación del negocio fiduciario

Atendiendo a las necesidades que se han identificado desde la supervisión de esta industria, se considera necesario que en el contrato que instrumentaliza el negocio se establezca de manera clara el procedimiento que se ejecutará para la liquidación del negocio, incluyendo el procedimiento a seguir en los casos en los cuales no fuere posible la localización del fideicomitente, encargante y/o beneficiarios de éste con el fin de que la sociedad fiduciaria pueda cumplir a cabalidad sus obligaciones y ejercer sus derechos en lo que corresponda.

2.4 Deberes del Fideicomitente o Encargante

Considerando que la ejecución del contrato puede requerir la participación activa del fideicomitente o encargante e incluso de relaciones contractuales adicionales de estos con terceros, a continuación, se presentan las obligaciones con las cuales deben cumplir los mencionados agentes en el contexto de su calidad de parte directa de un negocio fiduciario.

2.4.1 Administración de riesgos no fiduciarios

En aras de la claridad para las partes directas e indirectas del contrato que instrumenta el negocio fiduciario, se estima pertinente resaltar que la identificación, medición, administración, y monitoreo de los riesgos no fiduciarios, según la definición dada para estos en la sección destinada para tal fin, es responsabilidad de los fideicomitentes o encargantes del negocio fiduciario tanto en la etapa precontractual como durante la ejecución del contrato. En este orden de ideas, es deber del fideicomitente o encargante hacer un análisis documentado de los riesgos no fiduciarios que se materializa en una matriz de riesgos.

Se destaca en el artículo propuesto que si bien en desarrollo del deber de administración de riesgos no fiduciarios, el fideicomitente o encargante está obligado a informar y actualizar lo contenido en la matriz de riesgos no fiduciarios a la Sociedad Fiduciaria de manera oportuna cuando esta última lo requiera, estas entidades vigiladas no serán responsables de la veracidad de la información que en esta matriz se consigna.

2.4.2 Información al comité del negocio fiduciario

De materializarse alguno de los riesgos no fiduciarios identificados u otra circunstancia que evite, retrase o afecte el cumplimiento de las obligaciones del fideicomitente o encargante en un contrato de un negocio fiduciario y siempre que el negocio cuente con un comité fiduciario, ya sea de manera voluntaria u obligatoria, este debe informar el evento al mencionado comité haciendo referencia al riesgo, su efecto esperado, mecanismo de control y los aspectos que de manera adicional determine el mencionado comité.

En todo caso, se aclara que la existencia del comité del negocio fiduciario no constituye una exención de la responsabilidad del fideicomitente o encargante respecto del suministro de información a la Sociedad Fiduciaria o a quien se haya determinado en el contrato.

2.4.3 Información a beneficiarios y terceros interesados

Dado que los beneficiarios de los negocios fiduciarios pueden verse afectados por la materialización de los riesgos no fiduciarios identificados por el fideicomitente o encargante o por otras circunstancias no previsibles de las actividades no financieras y que evite, retrase o afecte el cumplimiento de las obligaciones del contrato, se establece como su responsabilidad definir un mecanismo para informar tanto en la etapa precontractual como de ejecución del contrato a los beneficiarios o a terceros que se dispongan en el contrato sobre su acaecimiento, los efectos sobre el objeto del contrato que instrumenta el negocio fiduciario y las acciones que ha ejecutado el fideicomitente o encargante como responsable para mitigar, contrarrestar o subsanar los efectos del hecho acaecido.

2.4.4 Situaciones de conflictos de interés relativos al fideicomitente o encargante en desarrollo del negocio fiduciario.

Reiterando el objetivo de la propuesta regulatoria por equilibrar las responsabilidades de las partes del contrato del negocio fiduciario y generar los mecanismos para la adecuada información a los beneficiarios, se establece que el fideicomitente o encargante debe identificar las situaciones que configuren un conflicto de interés y administrarlos de ser necesario.

Adicionalmente, en caso de que el negocio fiduciario cuente con un comité fiduciario, el fideicomitente o encargante está obligado a informarle a este órgano la situación generadora del conflicto y las acciones que se ejecutaron para administrarlo.

2.5 Comité del negocio fiduciario

En atención al objetivo de la propuesta normativa de fortalecer y aclarar los mecanismos de protección a las partes directas o indirectas de los negocios fiduciarios, se incluye en la propuesta normativa un capítulo con el fin de establecer las circunstancias que dan lugar a la existencia de un comité para el negocio fiduciario, así como las funciones a desempeñar y su conformación teniendo en cuenta que su propósito es velar por los derechos de los beneficiarios consignados en el contrato del negocio fiduciario.

2.5.1 Obligatoriedad

En aras de fortalecer el conjunto de mecanismos para la protección de las partes directas e indirectas del contrato a través del que se instrumentaliza el negocio fiduciario, se reconoce en la regulación la existencia de un órgano de gobierno que en algunos casos ya se usa en el mercado y que en el marco de la propuesta normativa tiene por función el seguimiento a la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato respecto de los derechos de los beneficiarios establecidos en este acto constitutivo.

Se establece que la existencia del comité del negocio fiduciario solo es obligatoria en el marco de la ejecución de la operación de instrumentalización de desarrollo de proyectos inmobiliarios cuando sus contratos sean de adhesión o contemplen la prestación de servicios masivos y es optativa para las demás operaciones.

2.5.2 Conformación

Teniendo en cuenta que como se ha mencionado en apartes anteriores, el contrato de fiducia tiene especial respeto por la manifestación de la voluntad privada de las partes, el Artículo 2.5.5.6.2 del proyecto de decreto establece que este acto jurídico debe contemplar de manera expresa las condiciones de conformación del comité del negocio fiduciario, ya sea en los casos en los que es potestativo o mandatorio, a saber, el número de integrantes que en todo caso debe ser impar, los requisitos

o calidades que en términos por ejemplo de experiencia o idoneidad deben certificar para cumplir de manera adecuada con las funciones que se le encomiendan, las reglas para la remuneración de los miembros y los mecanismos para su selección.

2.5.3 Funciones

De acuerdo con lo señalado en la sección 2.5 del presente documento, la finalidad del comité del negocio fiduciario es velar por los derechos que conforme a lo establecido en el contrato que instrumentaliza el negocio, se establecen para los beneficiarios de este. Por esta razón el Artículo 2.5.5.6.3 de la propuesta normativa establece que este órgano debe conocer de la materialización tanto de los riesgos financieros como no financieros, las circunstancias no previstas que eviten, afecten o retrasen el cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Fiduciaria, el fideicomitente o encargante y los conflictos de interés que se les presenten a las partes directas del contrato para determinar la información que se dará a conocer a los beneficiarios del contrato en aras de que estos tomen las decisiones que les correspondan respecto de su participación como sujetos indirectos del contrato del negocio fiduciario.

2.6 Aprobación contratos modelo y reporte de información de los negocios fiduciarios

El Artículo 146 del EOSF que define las normas generales de las operaciones fiduciarias establece en su numeral 4 y de manera expresa que cuando los contratos se usen para la prestación masiva de un servicio¹³ o se trate de un contrato de adhesión, su modelo debe ser evaluado de manera previa por la Superintendencia Financiera de Colombia, así como sus modificaciones o adiciones. Esta disposición se hace expresa para los negocios fiduciarios en el Artículo 2.5.5.7.1 de la propuesta normativa.

De otro lado, con el fin de mantener la supervisión de los negocios fiduciarios se establece la obligación de reporte de información de estos por parte de las sociedades fiduciarias en los términos que la Superintendencia Financiera de Colombia disponga para tal fin como entidad encargada de la actividad de vigilancia.

¹³ Según lo definido en el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. El literal f) del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009 el cual establece que: "f) *Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.*".

2.7 Modalidades del negocio fiduciario

Con el fin de reconocer la variedad de usos que se les da actualmente a los contratos que instrumentan los negocios fiduciarios, establecer un estándar de clasificación de las modalidades desarrolladas por los múltiples entidades que participan de esta industria, generar continuidad en la información que se publica respecto de esta industria y fomentar las eficiencias en el proceso de estructuración, registro y reporte a la Superintendencia Financiera de Colombia, se definen como operaciones las siguientes y se establece que un negocio fiduciario puede contemplar una o más operaciones de las definidas en un mismo contrato.

2.7.1 Recaudo

Aunque la operación *per se* no cuenta con una definición legal en cuerpos generales como el Código de Comercio o Civil o en el EOSF, se acuñan en esta definición las acciones que por costumbre se dan en el ámbito del negocio fiduciario actualmente, a saber, el recibo, cobro, recolección y concentración de recursos según lo dispuesto en el contrato del negocio.

2.7.2 Pago

Según la referencia que el Código Civil hace en la materia en su artículo 1625 y 1626 sobre el pago efectivo, el pago es la acción de extinguir obligaciones y la prestación de lo que se debe, respectivamente; la operación de pago en el negocio fiduciario se establece como la entrega a satisfacción de recursos en cumplimiento de una obligación estipulada en el contrato o contraída en desarrollo del contrato de negocio fiduciario.

2.7.3 Garantía

En desarrollo de lo establecido en el literal b, numeral 1 del Artículo 29 del EOSF como operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias y en extensión de la posibilidad de cumplir con “la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones” para la fiducia mercantil, se define que en el marco de los negocios fiduciarios la operación de garantía es el otorgamiento de un respaldo mediante la transferencia o entrega de bienes o derechos al negocio fiduciario para el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o encargante a favor de un tercero, con la condición de que, en caso de incumplimiento, el bien o derecho

sea ejecutado a favor del beneficiario o acreedor garantizado, según se ha establecido conforme a las instrucciones impartidas en el contrato.

2.7.4 Administración

Aunque tanto el Artículo 1226 del Código de Comercio en lo relacionado con la fiducia mercantil establece que en el marco de este contrato se transfieren uno o más bienes para su posible administración y el EOSF en el literal b, numeral 1 de su Artículo 29 autoriza a las Sociedades Fiduciarias para celebrar encargos que tengan como objeto la administración de bienes, ninguno de estos cuerpos normativos contempla una definición de la actividad como tal. Por lo anterior, se establece que para el desarrollo de los negocios fiduciarios la administración consiste en el conjunto de acciones requeridas para el manejo, transferencia o disposición de los bienes que se transfieren y/o entregan incluyendo, de ser el caso, los rendimientos en la ejecución del negocio fiduciario.

2.7.5 Inversión

En concordancia con lo establecido en el numeral 2 del Artículo 29 del EOSF en lo relacionado con la definición del “fideicomiso de inversión”, se establece que la operación de inversión en el marco de los negocios fiduciarios como la colocación de recursos para conformar portafolios de inversión, ya sea que se administren individualmente, en virtud de instrucciones del fideicomitente, o que se gestionen de forma colectiva por parte de la sociedad fiduciaria de conformidad con las políticas de inversión definidas por el fideicomitente, en beneficio de éste o de terceros. En esta operación, la sociedad fiduciaria actúa por cuenta del fideicomitente o encargante, asumiendo obligaciones de medio, cumpliendo con el numeral 3 del Artículo 1234 del Código de Comercio, así como actuando de conformidad a lo pactado contractualmente y de acuerdo con lo autorizado a su licencia.

Se resalta que en desarrollo con las disposiciones del Artículo 1234 del Código de Comercio que señala deberes indelegables del fiduciario, el artículo 2.5.5.8.6 contempla un inciso para establecer que en ningún caso la sociedad fiduciaria puede delegar su responsabilidad o sus decisiones de inversión para la que fue contratada la sociedad fiduciaria puede delegar su responsabilidad o sus decisiones de inversión para la que fue contratada.

Adicionalmente, se establece en complemento a lo establecido en el Artículo 2.40.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010 en su numeral 6, cuando el desarrollo de esta



actividad esté relacionado con valores, la sociedad fiduciaria debe aplicar la actividad de asesoría.

2.7.6 Conservación y Salvaguarda

Formalizando una de las labores que se desarrollan a través de negocios fiduciarios de manera permanente o temporal; se define la operación de conservación y salvaguarda en el marco de los negocios fiduciarios como aquella mediante la cual la sociedad fiduciaria recibe, conserva, salvaguarda los bienes o recursos objeto del negocio fiduciario, con el fin de garantizar su integridad, asegurar su trazabilidad conforme a las instrucciones del fideicomitente o encargante o de conformidad con lo establecido en el contrato.

2.7.7 Instrumentalización para el desarrollo de proyectos

Considerando el uso que actualmente tiene el negocio fiduciario como estructura contractual que posibilita la ejecución de proyectos en diversos sectores de la economía como el de infraestructura y para ello se establece en el contrato la participación de la Sociedad Fiduciario en actividades como las de recaudo, pago, garante e incluso para invertir parcialmente algunos recursos y todas estas operaciones están relacionadas con un proyecto en desarrollo, se reconoce en el artículo 2.5.5.8.87 del proyecto de decreto esta actividad como aquella que consiste en habilitar o instrumentalizar la estructuración contractual a través del negocio fiduciario para el desarrollo de proyectos no inmobiliarios en ejecución de las actividades que le son autorizadas a la sociedad fiduciaria. Esta actividad puede incluir proyectos de infraestructura, innovación, tecnología, medio ambiente, cultura, educación, desarrollo social, entre otros.

2.7.8 Instrumentalización para el desarrollo de proyectos inmobiliarios

La separación generada de la actividad anterior se pondera necesaria debido a que como se mencionó en apartes previos del documento, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial en la intervención de las Sociedades Fiduciarias como canal vigilado de transferencia de recursos entre individuos y desarrolladoras inmobiliarias en la operación de adquisición de una propiedad se generan relaciones de consumo financiero y no financiero que requieren una intervención diferencial en aras de generar la claridad necesaria para quienes participan del negocio fiduciario como beneficiarios respecto de: i) las responsabilidades que tiene la entidad vigilada por la SFC, el fideicomitente o encargante como entidad fuera del perímetro de la regulación financiera y, ii) los mecanismos que contempla la regulación para

generar equilibrio dentro del funcionamiento del negocio fiduciario en aras de proteger los derechos de los compradores que en la industria inmobiliario generalmente tienen carácter de parte indirecta del contrato del negocio fiduciario.

Por lo anterior, el artículo 2.5.5.8.9 propone como definición para esta operación que consiste en habilitar o instrumentalizar la estructuración contractual a través del negocio fiduciario para el desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios, en ejecución de las actividades que le son autorizadas a la sociedad fiduciaria.

2.7.9 Actos conexos

En aras de recoger las demás actuaciones que impliquen la participación de las Sociedades Fiduciarias en negocios que tengan por objeto “cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1226 del Código de Comercio y fomentar así el desarrollo futuro de esta industria se establece que las Sociedades Fiduciarias pueden desarrollar cualquier acción de confianza, en favor de los beneficiarios o de terceros en ejecución de las actividades que le son autorizadas a la sociedad fiduciaria y que deben estar relacionados con la finalidad del contrato

2.8 Modalidad de instrumentalización para el desarrollo de proyectos inmobiliarios

Teniendo en cuenta las particularidades que se derivan del uso del negocio fiduciario en para el desarrollo del sector inmobiliario que fueron señaladas en la sección 2.7.8 del presente documento, se considera necesario establecer algunas reglas particulares para este caso, específicamente cuando los contratos de estos negocios fiduciarios involucren la figura de adhesión o la prestación masiva de servicios por cuanto en estos, las partes indirectas que generalmente se convierten en beneficiarios del contrato solo pueden decidir si entran o salen del contrato, más no cuentan con poder de negociación respecto de ningún término contenido en él.

Por lo anterior, el artículo 2.5.5.9.1 del proyecto normativo propone que en estas situaciones, las partes del contrato deben determinar en el acto jurídico la forma de poner en conocimiento la información que el comité fiduciario determine. El informe especial debe ser dado a conocer a los beneficiarios y a todas las partes del contrato contemplando que los mecanismos de divulgación deben garantizar el acceso fácil



y permanente a la información. En esta misma línea se incluye la obligación de que el contrato del negocio fiduciario debe contar con un auditor.

Bibliografía

ANIF. (2022). Rol de las Sociedades Fiduciarias en el desarrollo de Colombia. ANIF. <https://www.anif.com.co/wp-content/uploads/2023/06/informe-final-de-gestion-2022-ii.pdf>

Arestis, P., & Demetriades, P. (1997). Financial development and economic growth: assessing the evidence. *The economic journal*, 107(442), 783-799.

Ley 84 (26 de mayo de 1873). *Diario Oficial*, 2.867

Código de Comercio, Decreto 410 (27 de marzo de 1971). *Diario Oficial*, 33.339.

Calderón, C., & Liu, L. (2003). The direction of causality between financial development and economic growth. *Journal of development economics*, 72(1), 321-334.

Decreto 663 (2 de abril de 1993). *Diario Oficial*, 40.820.

Rodríguez Azuero, S. (2013). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis S.A.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2025, feb). Informe actualidad del sistema financiero colombiano diciembre de 2024. <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/60765/informes-y-cifrasinformesinforme-actualidad-del-sistema-financiero-colombiano-60765/>

Wachtel, P. (2001). Growth and Finance: What do we know and how do we know it?. *International Finance*, 4(3), 335-362.

Tribunal superior de Bogotá D.C. Sala de decisión civil.(2020, dic) MP. Juan Pablo Suárez Orozco. Karen Andrea Vargas Ramírez VS. Fiduciaria Bancolombia S.A. (PA Balsillas de Tolú)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2022, sept). M.P: Luis Alonso Rico Puerta. Inversiones Uropán y Cía. S. en C. VS. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Marcas Mall)



Superintendencia financiera de Colombia. (2022, dic). Delegatura para funciones jurisdiccionales. Jorge Alberto Hernández Montes Vs. Fiduciaria Bancolombia S.A. (Balsillas)

Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá. Sala de decisión civil.(2023, mar) MP. María Patricia Cruz Miranda. Adriana Kloch Convers VS. Sociedad BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria (Wellness Center)

Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá. (2023, may). Soporte vital & empresarial S.A.S. VS. Fiduciaria Colpatria S.A. (Verano Mall)

Superintendencia financiera de Colombia. (2023, dic). Delegatura para funciones jurisdiccionales, Graciela Rincón Martínez vs. Alianza Fiduciaria S.A. (Ocean Tower)

Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá. Sala de decisión civil.(2023, oct) MP. Iván Darío Zuluaga Cardona. Gloria Mercedes Gámez Sandoval VS. Fiduciaria Bogotá S.A. (PA FUNZA)

Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá. Sala de decisión civil.(2024, feb) MP. Aída Victoria Lozano Rico. Blanca Cecilia Salinas Tejada VS. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Fideicomiso Inmobiliario Soho Bay)