XXXIV CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO FINANCIERO

FIDUCIA EN GARANTÍA

FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS – FELABAN

AGOSTO DE 2015

ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS DE COLOMBIA

LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO EN AMÉRICA LATINA

PARA ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ:

"La simple lectura de los artículos correspondientes al fideicomiso, ponen de manifiesto el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; por ello, ***no hay otra figura jurídica en toda la legislación*** *perteneciente al derecho privado mexicano* ***que cuente con la versatilidad de esta****."*

El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico. Alfredo Domínguez Martínez. Editorial Porrúa. México, 1975.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO EN AMÉRICA LATINA

Antecedentes

Panamá fue el segundo país en adoptar la ley de fideicomiso, después de México.

México la expidió en 1925 sustentada en proyecto Alfaro.

Bajo la Influencia de Pierre Lepaulle, profesor de la Universidad de Harvard.

PARA JOSE MANUEL VILLAGORDOA:

México utilizó el trust, antes de que la figura se consagrara normativamente, para arreglar la deuda pública de ese país, con la emisión de obligaciones para los Ferrocarriles Nacionales en 1905.

Jose Manuel Villagordoa Lozano. DOCTRINA GENERAL DEL FIDECOMISO 1982

PARA RODOLFO BATIZA:

Los primeros fideicomisos (mexicanos) fueron celebrados bajo la vigencia de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926. (…)

El primer fidecomiso registrado tiene fecha 8 de Octubre de 1939 … cuyo fin fue la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.

Además de este llegaron a inscribirse 4 fideicomisos antes de que se promulgara la Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de Junio de 1932

Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria, Rodolfo Batiza. editorial Porrúa México, 1977. página 43.

FIDEICOMISO EN GARANTÍA
DEFINICIONES

PIERRE LEPAULLE

JOSÉ MANUEL VILLAGORDOA LOZANO

RODOLFO BATIZA

JOAQUÍN RODRIGUEZ RODRIGUEZ

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

PARA PIERRE LEPAULLE:

"si el acto constitutivo del "trust" lo permite, en vez de tener que seguir el engorrozo procedimiento de cobro de una hipoteca, el "trustee" (en caso de que se le haya confiado no solo un derecho hipotecario sino el derecho de propiedad), puede tomar todas las medidas que le parezcan más prácticas para salvaguardar los derechos de las obligacionistas.

Puede, pues, arrendar los inmuebles y aun continuar explotando los negocios sociales."

Tratado teórico y practico de los trust. Pierre Lepaulle. Traducción por Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1975

PARA JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, CITADO POR BATIZA:

"el llamado fideicomiso en garantía no solo existe en la práctica sino que es un concepto legal. Diversas disposiciones de la ley bancaria en efecto, se refieren a él."

Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria, Rodolfo Batiza. Editorial Porrúa México, 1977. Págs. 143 y 85

PARA JOSÉ MANUEL VILLAGORDOA:

"En virtud de este tipo de fidecomiso, se transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente.

Los fideicomisos de garantía, por su propia naturaleza son contratos accesorios porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva."

Jose Manuel Villagordoa Lozano. DOCTRINA GENERAL DEL FIDECOMISO 1982. Página 190

PARA JOSÉ MANUEL VILLAGORDOA:

"…el fideicomisario acreedor (también puede ser un tercero en Colombia), tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos, para que de su producto se le haga el pago del crédito."

(…) *"El fiduciario ejercitará tales derechos en el supuesto de que incurra en mora el deudor, o bien, desde un principio y como medio de pago, para dar cumplimiento la obligación garantizada."*

Jose Manuel Villagordoa Lozano. DOCTRINA GENERAL DEL FIDECOMISO 1982. Página 191

PARA JOSÉ MANUEL VILLAGORDOA:

"Como el fin primordial de estos fideicomisos es el de garantizar una obligación principal, el fideicomitente puede reservarse el uso y goce de los bienes fideicomitidos. En estos casos de reserva, se establece que dicho fideicomitente perderá tales derechos, en el supuesto de que no cumpla con su obligación principal."

"Para que el fiduciario proceda a la venta del patrimonio fideicomitido, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación principal garantizada, con la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación, y de los cuales se desprenda el vencimiento anterior a la fecha de las solicitud."

Jose Manuel Villagordoa Lozano. DOCTRINA GENERAL DEL FIDECOMISO 1982. Página 191

PARA LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA:

*"**Fideicomiso de garantía** es aquel negocio por el cual una persona **transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes** a título de Fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, **para garantizar con ellos y/o con su producto**, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la **realización o venta de los bienes Fideicomitidos** para que con su producto **se pague el valor de la obligación** o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato."*

Sobre activos fijos, inventarios y cartera;

Flujos de caja futuros;

Administración de créditos sindicados.

VENTAJAS DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA QUE AÚN SE PREDICAN

PARA PIERRE LEPAULLE:

el "trust" es muy superior a la hipoteca, (…). sus principales ventajas son:

El" trust" es más amplio: a) Puede recaer en cualquier elemento del patrimonio, mueble o inmueble, corpóreo o incorpóreo; b) Puede constituirse en favor de personas indeterminadas (….)", E inclusive, lo digo yo, puede constituirse en favor de terceros no relacionados como partes del contrato de fideicomiso

"…. El "trust" se constituye en beneficio de en favor en beneficio de todos los interesados … el "trustee" debe obrar protegiendo a los acreedores, no deja por ello de tener el deber de elegir, entre todas las soluciones posibles, e igualmente convenientes, la que menos perjudique al deudor".

TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUST. PIERRE LEPAULLE. Traducción por Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1975. Págs. 68 y 69

PARA RODOLFO BATIZA:

"El fideicomiso en garantía ha venido a substituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. El clausulado del contrato, por lo general (…) establece el tramite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones, al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada …"

"Se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales. Tal parecer es, inexacto, (…) el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido entre las partes para la ejecución del fideicomiso, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor…"

RODOLFO BATIZA. EL FIDEICOMISO. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa. México, 1980. Págs. 85 y 145.

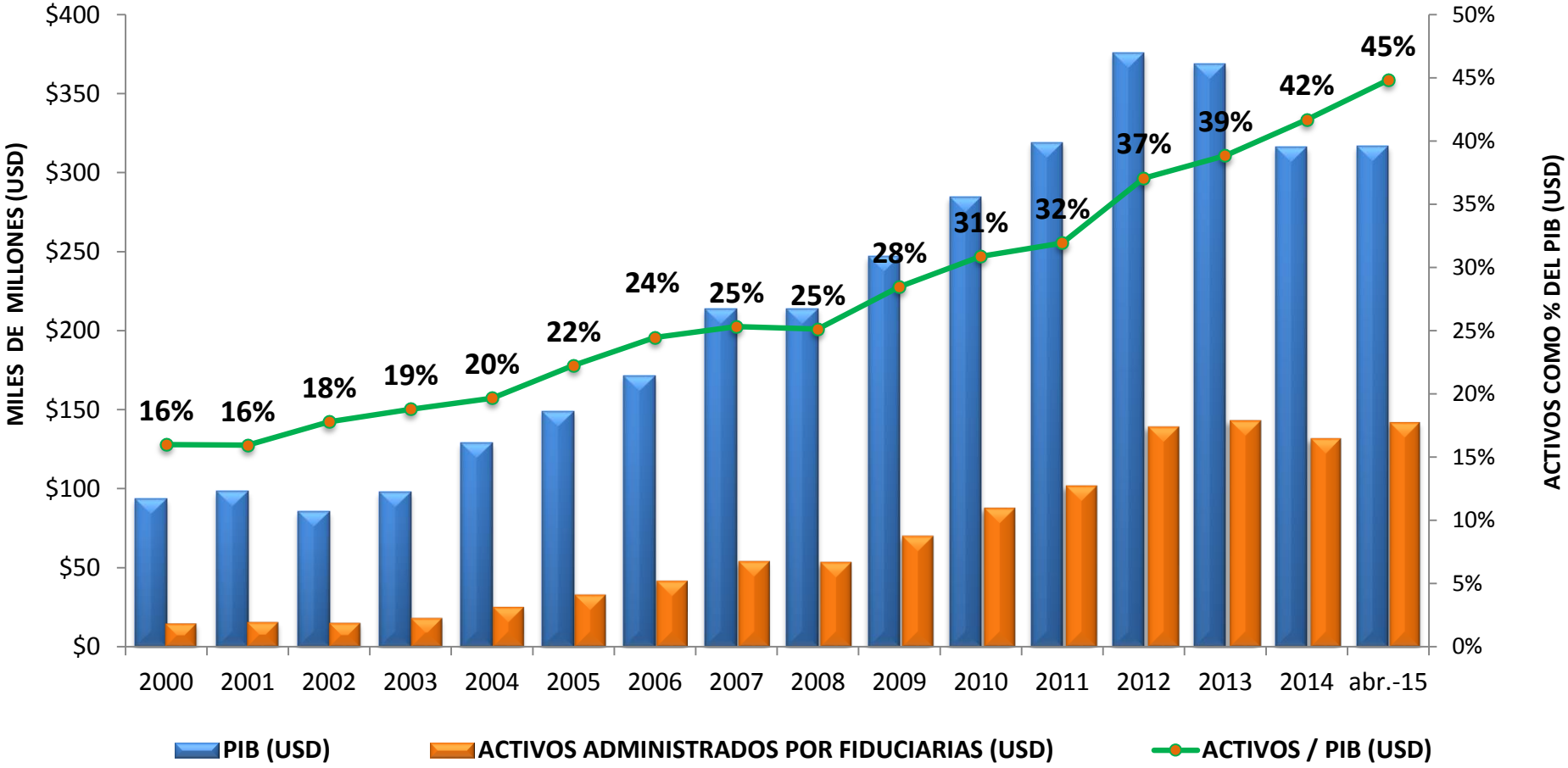
ALGUNAS CIFRAS DEL SECTOR FIDUCIARIO EN COLOMBIA

Cierre diciembre 2014 – abril 2015

ACTIVOS ADMINISTRADOS SOBRE EL PIB

Corte abril 2015 – Miles de millones dólares

Los activos administrados por el Sector Fiduciario equivalen al 45% del PIB*
Los activos en FICs equivalen al 6% del PIB*

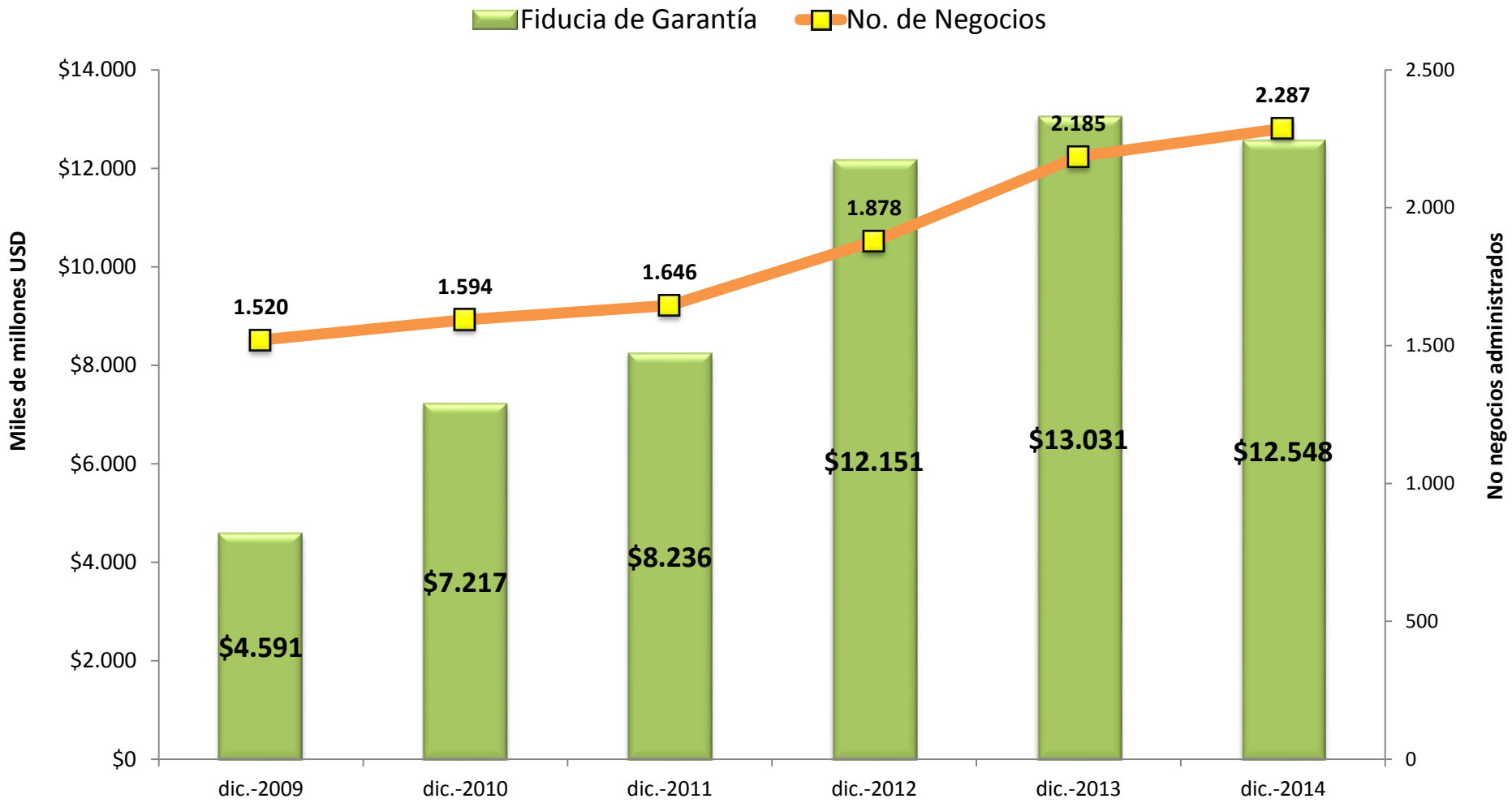


* Dato estimado del PIB al cierre de 2014

Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia – Banco de la República – Elaboración Asofiduciarias

ACTIVOS ADMINISTRADOS EN FIDUCIA DE GARANTÍA

Corte diciembre 2014 – Millones de dólares



Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia – Elaboración Asofiduciarias

PRINCIPIOS Y DEBERES A LOS QUE SE SUJETA EL FIDUCIARIO

La actividad se regula más por valores principios y deberes que por disposiciones legales y ello afecta la relación, conforme lo ha reconocido la Jurisprudencia

PRINCIPIOS DE LA ESENCIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Confianza	El fideicomitente contrata al fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada por aquel, por ello se afirma que el negocio fiduciario es *intuito personae*, es decir, en consideración de la persona.
Finalidad	Siempre debe haber una finalidad lícita en la fiducia, que debe quedar muy clara cuando se celebra el contrato.
Gestión profesional	La sociedad fiduciaria gestiona y cumple en forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes
Separación absoluta de bienes	La fiduciaria debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan sus clientes, así como entre los bienes que corresponden a distintos negocios fiduciarios. A su vez, debe llevar cuentas independientes de cada uno de sus negocios evitando así que se confundan.

Fuente: Presentación «Conceptos Básicos de los Negocios Fiduciarios en Colombia» Asofiduciarias 2013

PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

1. Realizar actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia

2. Separar bienes fideicomitidos del resto de los activos y de los de otros negocios fiduciarios.

3. Invertir los bienes del negocio fiduciario en la forma prevista en el contrato.

4. Proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y del mismo fideicomitente.

5. Pedir instrucciones al superintendente financiero si existen dudas del alcance de sus obligaciones.

6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.

7. Transferir los bienes, junto con sus frutos y rendimientos a la persona designada en el contrato o la ley.

8. Rendir cuentas de su gestión

9. Observar las reglas tributarias de acuerdo a la normatividad vigente.

Fuente: Presentación «Conceptos Básicos de los Negocios Fiduciarios en Colombia» Asofiduciarias 2013

DEBER DE INFORMACION

La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar información y para ello pedir al cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades.

El profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos y contraproducentes de los bienes y servicios, o de las prestaciones que se le encomienden, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos.

***LAUDO ARBITRAL JUNIO 8 DE 1999**

DEBER DE CONSEJO

el suministro de consejos u opiniones enderezados a formar en los clientes un conocimiento del negocio, que les permita expresar un consentimiento suficientemente ilustrado acerca del mismo, en forma tal que los clientes puedan considerar los principales factores que militan en pro o en contra de un determinado negocio o asunto.

***LAUDO ARBITRAL JUNIO 2 DE 1999 - INURBE FIDUCOR**

LA FIDUCIA EN GARANTÍA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

*Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores.**

Se realiza la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable.

La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitidos para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada.

***Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica (C. E. 029 de 2014) Parte II - Titulo II - Capitulo I – Núm. 8.4**

APLICABILIDAD DE LA LEY QUE PROMUEVE EL ACCESO AL CREDITO EN LA FIDUCIA EN GARANTÍA

LA OPONIBILIDAD

El registro establecido tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, los efectos previstos en el parágrafo del **art. 55 de la Ley 1116 de 2006** (bienes que no formarán parte del patrimonio a liquidar).

Las disposiciones contenidas en la **Ley 1676 de 2013** le son aplicables a los contratos de fiducia en garantía en lo referente al registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario.

***Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica (C. E. 029 de 2014) Parte II - Titulo II - Capitulo I – Núm. 8.4**

DIFERENCIAS ENTRE LA FIDUCIA EN GARANTÍA Y LA HIPOTECA

Fiducia en Garantía

- Se facilita la liberación de cupo para respaldar nuevos créditos, previa amortización del capital de la deuda.
- Permite de manera simultánea y con un mismo bien fideicomitido, garantizar a distintos acreedores.
- El incumplimiento definitivo del fideicomitente –deudor- de las obligaciones crediticias a su cargo, convierte el patrimonio autónomo en fuente de pago de las mismas a través de la enajenación o transferencia a título de dación en pago de los bienes fideicomitidos.
- Se optimiza la capacidad de garantía de los bienes del deudor mediante la actualización periódica de su valor comercial.

Hipoteca

- No es corriente en la Hipoteca
- Con la hipoteca no es posible realizar esta operación.
- En la figura de hipotecaria, ante el citado evento, es preciso recurrir a dilatados procesos judiciales cuya duración mínima es de cinco (5) años y por supuesto con altos costos por concepto de honorarios profesionales y costas judiciales.
- La actualización del valor comercial del bien hipotecado o del gravado con prenda no conduce necesariamente a generar una capacidad adicional de garantía.

LAS VENTAJAS DE LA FIDUCIA EN GARANTIA PARA LAS PARTES Y DISTINTOS INTERESADOS

VENTAJAS PARA LAS PARTES

- Facilita el pago de las obligaciones registradas en el fideicomiso.
- Mejora la capacidad de endeudamiento del deudor por una adecuada, asignación, distribución y aplicación de recursos.
- Logra conformar flujos futuros de fondos consistentes, independientes y con asignación especifica.
- Permite monitorear de los flujos que constituyen la fuente de pago.
- Recepción o recaudo de los recursos, en la fuente.
- Sistema eficaz para establecer reservas para el pago oportuno del servicio de la deuda.
- Evita la distracción de recursos.
- Disminuye los costos administrativos de las áreas de tesorería y contabilidad.

OTRAS VENTAJAS…

Los recursos de la fuente de pago con los cuales eventualmente se llegaren a conformar Fondos de Reserva, no permanecen ociosos por cuanto el Fiduciario persigue obtener los mejores rendimientos.

La Fiduciaria suministra al Fideicomitente informes periódicos que permiten la contabilización de los recursos fideicomitidos y la amortización de los pasivos atendidos con la fuente de pago.

Una vez atendidos los pagos contractualmente acordados, si llegaren a quedar remanentes estos pueden dedicarse, mediante instrucción escrita impartida por el fideicomitente, a atender pagos de terceros diferentes a los acreedores inicialmente designados como beneficiarios.

OTRAS VENTAJAS

Se consideran como admisibles, entre otros…

Se considera garantía admisible, bajo ciertas consideraciones.

También las considera sobre contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía, Incluidos los que versen sobre rentas derivadas de contratos de concesión.

No se ponen en duda las ventajas que representan los contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía, siempre y cuando el patrimonio autónomo se constituya con bienes que de acuerdo con el ordenamiento jurídico se acepten como garantías.

Concepto N° 95009411-1. Mayo 31 de 1995.

Según el Artículo 4°, literal e) del Decreto 2360 de 1993

RECOMENDACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA…

En la Fiducia en Garantía deberá preverse que la sociedad fiduciaria se abstendrá de expedir nuevos certificados o constancias de garantía cuando los avalúos de los bienes dados en fiducia no se hayan actualizado en los últimos tres años, por causa de la falta de suministro de recursos por parte del Fideicomitente o ausencia de recursos suficientes en el fideicomiso para tales efectos.

***Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica (C. E. 029 de 2014) Núm. 5.3**

DEBER DE LEALTAD EN LA FIDUCIA EN GARANTIA

Entre los deberes fundamentales de lealtad a cargo de los profesionales, están los que se orientan a informar de manera amplia y completa a sus clientes respecto de las situaciones que se pueden presentar en el curso de la ejecución contractual, deberes que no se agotan en la etapa meramente previa a la celebración del contrato sino que se perpetúan mientras el vínculo contractual tenga duración.

***LAUDO ARBITRAL JUNIO 2 DE 1999 - INURBE FIDUCOR**

EL TRIBUNAL CONSIDERÓ…

En los contratos de fiducia en garantía no pueden soslayarse por obvias, ciertas verdades fundamentales que subyacen en el fondo mismo de cada uno de ellos, y que incluso constituyen buena parte de su razón de ser.

***LAUDO ARBITRAL JULIO 19 DE 2000**

OTRAS REFLEXIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL DEBER DEL FIDUCIARIO

"... La fiduciaria tiene un deber de verificación de la razonabilidad de los avalúos, deber que es indelegable, y de señalada importancia, pues de la correcta valoración de los bienes fideicomitidos depende en buena medida la efectividad de la garantía ofrecida al mercado a través de los certificados correspondientes ..."

***LAUDO ARBITRAL AGOSTO 26 DE 1997**

CONTINGENCIAS DE LA FIDUCIA EN GARANTÍA

LA ACCIÓN REVOCATORIA

Articulo 1238 del código de comercio colombiano

*"Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, **a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo**. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado **en fraude de terceros** podrá ser impugnado por **los interesados**".*

Involucra una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente.

No corresponde a la pauliana, ni a las que objetivamente de los procesos concursales, como las L. 550/99 y L.1116/2006.

Pero sí es de jerarquía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, para permitir la persecución de los bienes fideicomitidos e, inclusive, según las circunstancias del caso, obtener su terminación.

EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA ACCIÓN REVOCATORIA

No se supedita **al fraude y al daño**, porque se obstaculizaría hacer efectivas acreencias preexistentes, pues no siempre que el proceder del deudor tiene un ánimo dañino compartido con su contratante, ni siempre éste es conocedor de la precaria situación económica de aquel.

Además, se trasladaría al acreedor (por razón de la carga de la prueba), el compromiso de acreditar el ánimo fraudulento, lo que de por sí, resulta extremadamente complicado y/o resultan inanes dichos esfuerzos.

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

CÓMO RESUELVE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO…

Los tribunales colombianos han sido estrictos con los profesionales, incluidos los Fiduciarios. No obstante, también han definido la responsabilidad de los mismos, bajo consideraciones derivadas de propio negocio jurídico y de la cooperación que todas las partes les corresponde para alcanzar la finalidad de la convención

¿CÓMO SE AFECTA LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO?

No compromete en principio su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo.

La responsabilidad directa del fiduciario se afecta cuando ha faltado a sus deberes o incumple los deberes y obligaciones fijados en el contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL.
1º de julio de 2009. Magistrado Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. REF: 11001-3103-039-2000-00310-01

¿CUÁNDO SE LE PUEDE ENDILGAR RESPONSABILIDAD A LA FIDUCIARIA?

… o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, en las cuales es responsable con su patrimonio "*directamente por situaciones en que se le indique de* ***haber incurrido en extralimitación****, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo*".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL.
1º de julio de 2009. Magistrado Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. REF: 11001-3103-039-2000-00310-01

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

El fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previsivas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten precaver o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes.

la responsabilidad profesional…. "es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso …. impregnándose no solo de la "aplicación de los principios técnicos y científicos" exigibles, sino de "normas protectoras del individuo y de la sociedad", que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL.
1º de julio de 2009. Magistrado Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. REF: 11001-3103-039-2000-00310-01

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

La responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

La inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada,…

…compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL.
1º de julio de 2009. Magistrado Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS. REF: 11001-3103-039-2000-00310-01

RENDICIÓN DE CUENTAS
OTRA DE LAS VENTAJAS DEL FIDEICOMISO PARA ACREEDORES GARANTIZADOS

Superintendencia Financiera
C.E. 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica)
Parte II Tit. II, Cap. I, núm. 6.

RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS:

Fiduciaria

Deber indelegable

Presentar al **beneficiario** y/o **acreedor garantizado** y al **fideicomitente** informe detallado y pormenorizado sobre:

- La gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario.
- El estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio.
- La ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas.

PERIODICIDAD

- Con una periodicidad mínima de 6 meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor.

- Debe ser remitida a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando.

- Las fiduciarias deben dejar constancia de envío y recibo de las rendiciones de cuentas.

CONTENIDO MÍNIMO

- Período que cobija la rendición de cuentas; Partes del contrato; Objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- Estado actual, localización e identificación de los bienes que conforman el negocio fiduciario. Fecha del último avalúo o estudio técnico practicado a los bienes y el resultado del mismo.
- Evolución de los aportes y del patrimonio del fideicomiso.
- Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada y su valor acumulado.
- Informe sobre las partidas sin conciliar mayores a 30 días, así como las gestiones para regularizarlas por la fiduciaria.

CONTENIDO MÍNIMO

- Descripción del desarrollo y ejecución del negocio; gestión del fiduciario de acuerdo con las obligaciones a su cargo, incluyendo las particularidades que permitan lograr la finalidad contratada, así como las variaciones significativas o importantes presentadas durante el período reportado.

- Relación de los procesos, quejas y/o reclamos que se presenten en desarrollo del negocio fiduciario por parte de cualquier persona natural o jurídica.

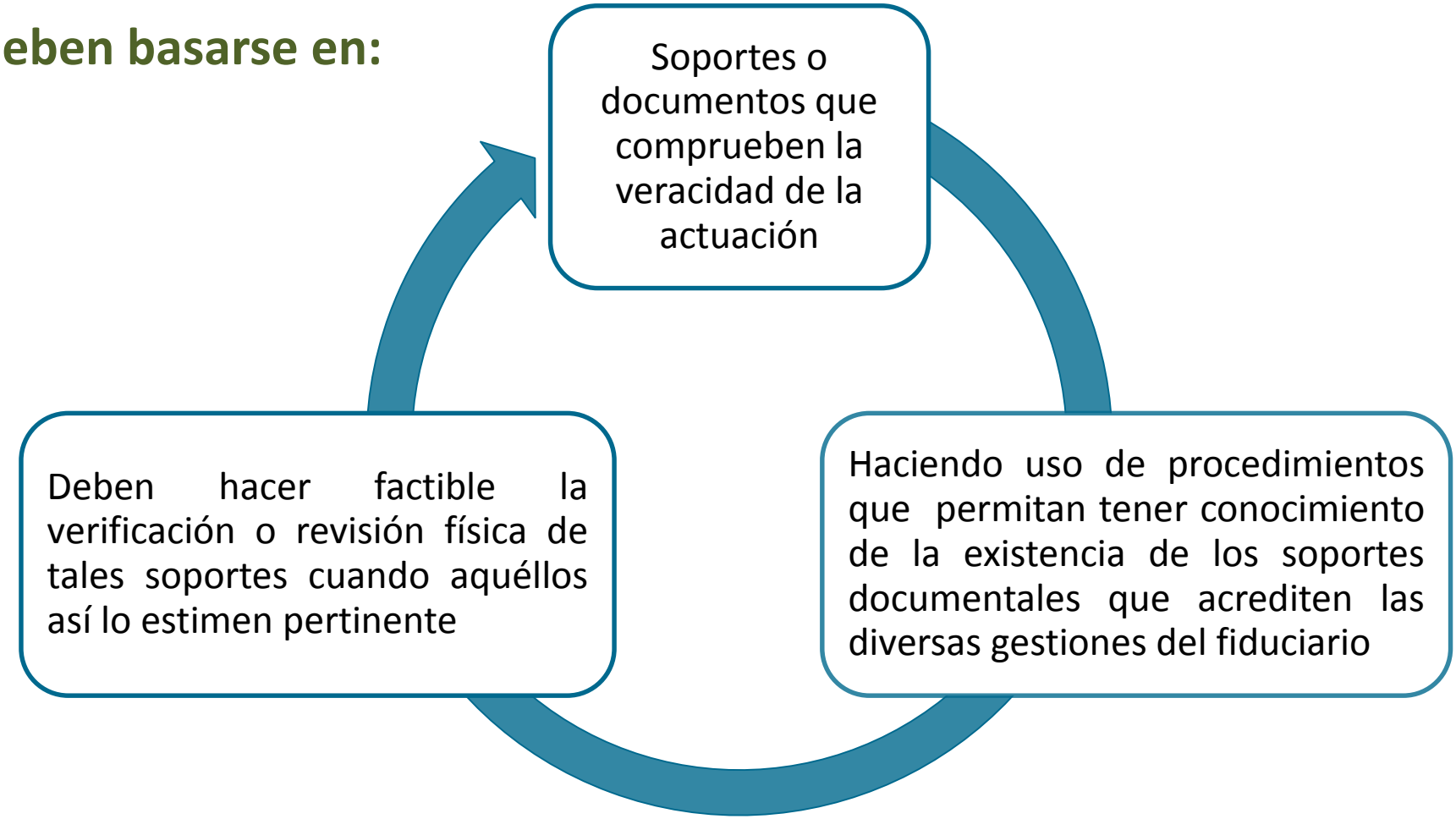
- Acreedores garantizados y estado de las garantías.

- Cesionarios de los beneficios.

- Estado de las condiciones suspensivas o resolutorias que afecten la adquisición o pérdida de los derechos.

CONTENIDO DE LOS SOPORTES DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS:

Deben basarse en:



DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES

LAUDO ARBITRAL | Abril 20 de 2004

LAUDO ARBITRAL | Julio 19 de 2000

LAUDO ARBITRAL | Noviembre 28 de 2001

LAUDO ARBITRAL

Abril 20 de 2004

EL CASO PLANTEADO

La finalidad del contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado entre las partes consistía en constituir un patrimonio autónomo que sirviera de garantía frente a los beneficiarios por los créditos adquiridos por el fideicomitente o directamente por el patrimonio autónomo.

Los activos del patrimonio autónomo serían facturas cambiarias de compraventa derivadas de las operaciones mercantiles realizadas por el fideicomitente y el producto de las mismas.

El fideicomitente se comprometió a incrementar el valor del fideicomiso cuando estuviera en peligro la garantía y al debido recaudo de la cartera.

LOS HECHOS ….

Dentro del contrato de fiducia mercantil **no se especificó el procedimiento a seguir para la ejecución** del fideicomiso.

El fideicomitente y la fiduciaria celebraron **contrato de prestación de servicios** en virtud del cual la primera encomendó a este último **la cobranza y recaudo de las facturas** que conformaban el patrimonio autónomo.

El fideicomitente incumplió sus obligaciones a los acreedores por lo cuál inició un proceso de reestructuración de deudas, inicialmente con el acreedor A, a quien incumplió de nuevo.

La fiduciaria informó al **acreedor A** sobre el déficit sufrido por el fideicomiso, generado por la diferencia entre el valor de las facturas recaudadas por el fideicomitente y el valor que efectivamente ingreso al fideicomiso.

OTROS HECHOS …..

La fiduciaria informó que el **fideicomitente fue requerido para reintegrar el faltante** y que en el momento de hacerlo se cancelarían las obligaciones a los acreedores.

La disminución de la cartera se originó en el deficiente seguimiento de la fiduciaria sobre la misma.

En fecha posterior al sinientro la fiduciaria dio por terminado el contrato de prestación de servicios para el recaudo de cartera con el fideicomitente.

El **acreedor A remitió la liquidación de la obligación** exigida por la fiduciaria para proceder al pago no obstante no encontrarse el requisito dentro del contrato.

El fideicomitente (acreedor garantizado) entró posteriormente en liquidación obligatoria.

Tanto los activos del fideicomiso como los del fideicomitente fueron insuficientes para atender las obligaciones a favor de “la entidad”.

PRETENSIONES DE LA PARTE CONVOCANTE

Que el **contrato de fiducia mercantil de garantía existe y es eficaz** como fuente de obligaciones entre las partes.

Que la fiduciaria obró de manera culposa en:

* La estructuración y constitución del fideicomiso al no regular el procedimiento para la ejecución del mismo.

* La falta de seguimiento y control de los activos del patrimonio autónomo por lo cual disminuyó la garantía hasta hacerse insuficiente.

* La exigencia inadecuada de la liquidación de las obligaciones a los acreedores como requisito para el pago.

* La no destinación oportuna de los recursos existentes al pago de las obligaciones.

* Incumplió el contrato y sus obligaciones al no haber presentado ningún crédito al tramite de reestructuración del fideicomitente(Asunto posterior a la insolvencia)

* Que se declare la responsabilidad civil de la fiduciaria, y en consecuencia responda por daño emergente y lucro cesante.

PRINCIPALES CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

INDELEGABILIDAD DE LOS DEBERES DEL FIDUCIARIO

La Superintendencia Financiera ha establecido que son ilegales las cláusulas que prevean la posibilidad de que la gestión encomendada al fiduciario sea delegada.

Cuando el fiduciario permitió que el recaudo de las sumas de dinero se hiciera por parte del fideicomitente generó una desviación en los recursos de su destino contractual.

Dicha desviación vulneró la independencia de los bienes fideicomitidos y desencadenó un riesgo que se concretó en la negativa de entrega de los recursos recaudados al fideicomiso y por tanto el incumplimiento en la ejecución de las garantías.

El deber de la fiduciaria de proteger y defender los bienes fideicomitidos es indelegable.

PRINCIPALES CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Obligaciones de medio y de resultado derivados de los contratos de fiducia

Las actividades en las que se comprometió la fiduciaria en el contrato son típicas de un fiducia en garantía, de acuerdo con el regulador bancario, el fiduciario alcanza su finalidad dependiendo del buen ejercicio de su experiencia profesional (obligación de medio).

El fiduciario en desarrollo de la obligación de medio no puede garantizar el valor de los activos para cubrir los créditos pero no puede ser ineficaz en las actividades que le son propias y a las que se compromete para lograr la finalidad cual es formar una garantía que sea una fuente de pago.

INDELEGABILIDAD DE LOS DEBERES DEL FIDUCIARIO

La fiduciaria al delegar el recaudo expuso al patrimonio autónomo al riesgo que precisamente los beneficiarios pretendían cubrir con la garantía.

Deber de protección y control de los activos fideicomitidos:

La actitud de la fiduciaria fue omisiva en la medida que el procedimiento de recaudo de los bienes, impidió cumplir con la finalidad del fideicomiso.

Las acciones que emprendió la fiduciaria fueron meramente formales y no aseguraron el control y vigilancia que su condición de profesional exige, las cuales deben permanecer en todas las etapas contractuales.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN…

"*Los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural*".

El hecho de no pactar procedimientos de ejecución dentro del contrato no exime a la fiduciaria de su obligación de asegurar el cumplimiento de la finalidad del contrato según su naturaleza y normas aplicables, no es necesaria la presencia de procedimientos especiales.

Si la fiduciaria hubiera seguido las normas legales de rendición de cuentas, hubiera podido hacer un seguimiento del activo fideicomitido y no hubiera retardado la obligación de hacer efectiva la garantía.

DE LO ANTERIOR SE DERIVA QUE…

El fiduciario debe atender la solicitud de los acreedores garantizados de ejecutar la garantía cuando no se les satisfagan sus obligaciones.

El procedimiento para la ejecución de la garantía debe constar en el contrato, pero su ausencia no lo vicia. Si la fiduciaria tiene dudas sobre el mismo puede acudir a la Superintendencia Financiera.

Si la fiduciaria escoge mecanismos diferentes para el cumplimiento de la finalidad del contrato, estos deben ser idóneos para alcanzar el fin perseguido.

NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA Y EL PERJUICIO CAUSADO…

El incumplimiento no se derivó de la crisis económica del fideicomitente pues de haberse realizado un adecuado seguimiento de los activos fideicomitidos por parte de la fiduciaria se hubiera podido cumplir con la garantía.

El fideicomiso nunca contó con los recursos suficientes para pagar la obligaciones a los acreedores.

La fiduciaria delegó de forma indebida el deber de recaudo al fideicomitente produciéndose el desvió de los recursos.

No existió una supuesta exposición al riesgo por “la entidad” al haber otorgado plazos al deudor pues se hizo en vigencia de la garantía y éste era un deudor de amplia trayectoria.

NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA Y EL PERJUICIO CAUSADO…

En virtud del deber de información o “deber de colaboración” la fiduciaria estuvo conforme a la ley al momento de solicitar la liquidación de las obligaciones por parte de los acreedores para efectos de proceder a la ejecución de la garantía, sin embargo al hacerlo de forma inoportuna e incoherente no logró su finalidad.

Concurrencia de formas para hacer efectivo el crédito:

- Entre el fideicomitente y el acreedor existían dos tipos de relaciones jurídicas.
- Relación cambiaria: Mutuo comercial - Acciones derivadas de los pagarés
- Contrato de fiducia: Garantía para acreedores - Acciones derivadas del contrato.
- En ningún caso puede pretenderse el doble pago.
- En este caso “la entidad” pretende una indemnización por parte de a la fiduciaria y no el ejercicio de una acción cambiaria.

CONCLUSIONES…

El contrato de fiducia mercantil en garantía fue estructurado indebidamente porque se desvirtuó la constitución del patrimonio autónomo.

Las obligaciones que adquirió la fiduciaria son obligaciones de medio, que dependían de la profesional realización de los instrumentos establecidos.

Hubo un inadecuado control y seguimiento de los activos fideicomitidos, lo cual llevó a la insuficiencia de la garantía.

Si la fiduciaria hubiera obrado diligentemente habría tenido control sobre los activos, y habría podido ejecutar la garantía, con recursos o en su defecto con facturas como dación en pago mediante el endoso de las mismas.

CONCLUSIONES…

La sociedades fiduciaria deben hacerse presentes dentro de los trámites de reestructuración, toda vez que ostentan la personería de los bienes fideicomitidos, en este caso se omitió este deber lo que evidenció una desprotección del activo fideicomitido.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El tribunal encontró responsable a la fiduciaria y en consecuencia ordenó el pago del una suma de dinero equivalente al daño emergente ocasionado a “la entidad” y su actualización.

LAUDO ARBITRAL

Julio 19 de 2000

EL CASO PLANTEADO

Un grupo de acreedores garantizados demandó a una Sociedad Fiduciaria por haber supuestamente incumplido el contrato de fiducia en garantía, en relación con:

LO QUE SE DEMANDA…

- Fallas derivadas de los avalúos de los bienes fideicomitidos.
- El problema que surge por la no cancelación de las hipotecas que afectaban el activo fideicomitido.
- Haber faltado a su obligación de suministrar determinadas informaciones a los acreedores garantizados.
- Consecuencias generadas por la falta de información a los acreedores garantizados relativa a las decisiones de la Superintendencia de Sociedades sobre la fiducia en garantía.
- Haber sido inferior a su obligación de defender judicial y administrativamente a dichos acreedores y,
- Negligencia de la Fiduciaria en la aplicación del procedimiento acordado en el contrato, para el remate de los bienes objeto de la fiducia.

Se dice… la fiduciaria no cumplió con su deber de dar "información y consejo", dado que según los demandantes, no les puso de presente…

- Todos los inconvenientes del contrato.
- Los elementos particulares básicos de la fiducia en garantía.
- El estado real en que se encontraba el patrimonio del fideicomitente.
- La existencia previa de un gravamen hipotecario sobre los inmuebles.
- El contenido de los avalúos con base en los cuales se celebraría el contrato.
- La nueva doctrina de la Superintendencia de Sociedades (sobre el hecho de que los bienes que conforman el patrimonio autónomo de la fiducia también pasan a formar parte de la masa concordataria del fideicomitente).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE ASPECTOS CONCEPTUALES…

La definición de la fiducia en garantía no contiene entre sus elementos distintivos uno solo que se refiera a la tarea de la fiduciaria y que contenga o permita deducir el acervo de las obligaciones específicas que ella asume en esta particular especie de convención.

EL TRIBUNAL CONTINUA MANIFESTANDO… LA LEY SE LIMITA A…

PARA LA FIDUCIARIA no exige ninguna descripción de las actividades u obligaciones específicas que debe asumir, salvo:

- La constitución del patrimonio autónomo.
- El deber de proceder a la venta de los bienes fideicomitidos.

PARA EL FIDEICOMITENTE, en cambio le exige:

- La transferencia irrevocable de la propiedad.
- La entrega irrevocable de los bienes para garantía de determinadas obligaciones a su cargo o de terceros.
- La formulación de instrucciones.

EL TRIBUNAL CONTINUA MANIFESTANDO… LA LEY SE LIMITA A…

PARA LOS ACRREDORES GARANTIZADOS, solicitar a la Fiduciaria:

- La realización o venta de los bienes fideicomitidos.
- El pago de las obligaciones garantizadas.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL…

La Fiduciaria debe cumplir todas sus actividades en forma diligente y realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.

Le corresponde a la Fiduciaria, además de lo establecido en el contrato:

- Velar por la conservación de los bienes fideicomitidos.
- Hacer exigible la responsabilidad del fideicomitente en punto del saneamiento de esos mismos bienes.
- Disponer la práctica de avalúos para mantener actualizado el valor de tales bienes.

EL TRIBUNAL TAMBIÉN CONSIDERÓ…

La circunstancia elemental de que la fiduciaria no es un simple espectador del contrato, o un policía simbólico y silencioso de los bienes fideicomitidos, al que apenas le compete recibirlos del fideicomitente como vienen y sin reparo posible, para conservarlos en buen estado, expedir certificados de garantía a favor de los acreedores y por los valores indicados por el fideicomitente y, finalmente, proceder a su realización o venta, a solicitud de esos acreedores.

Y FUE MAS ALLÁ EL TRIBUNAL…

Porque si ese fuera el caso, de seguro el legislador no habría sido tan celoso en la exigencia perentoria de requisitos y condiciones para que una persona jurídica pueda ostentar entre nosotros la calidad de fiduciario, o acaso no habría incluido esta especie contractual dentro de las modalidades de la fiducia mercantil.

POR ESA RAZÓN, PARA EL TRIBUNAL ES EVIDENTE QUE…

La fiducia mercantil dista mucho de ser una mera prebenda instituida por el legislador en provecho de los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, o apenas la suma de unas tareas intranscendentes y puramente mecánicas.

El carácter especial de las tareas a su cargo no se predica por la complejidad de las actividades que cumplen, sino por la manera particularmente celosa y profesional como deben hacerlo.

A las sociedades fiduciarias se les exige reunir condiciones muy estrictas, en razón al muy elevado grado de confianza pública que estas comportan.

POR LO TANTO, SEGÚN EL TRIBUNAL…

Para el juzgamiento de una fiduciaria debe indagarse si el cumplimiento de sus distintas obligaciones estuvo o no presidido por la debida diligencia.

LA OPINION DEL TRIBUNAL SOBRE LOS AVALUOS…

Los avalúos los debía entregar el fideicomitente, según el contrato y es lo recomendable.

Los valores de los bienes fideicomitidos se deben registrar contablemente conforme a la cifra indicada en los avalúos.

En el presente caso, la fiduciaria puso dichos avalúos en conocimiento de los acreedores garantizados antes de que se vinculara al contrato. Ninguno expresó dudas sobre estos, sobre los activos fideicomitidos, ni sobre el estado de los negocios del fideicomitente garantizado.

EXPRESÓ EL TRIBUNAL SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN…

Las comunicaciones del fiduciario no brillan por la precisión ni por el detalle ni por el lenguaje esmerado que cabría esperar de una fiduciaria.

Pero en ellas estaba lo fundamental de la información requerida para que el acreedor designado pudiera tomar su decisión.

De las pruebas se desprende que los acreedores garantizados estaban enterados de tiempo atrás de las situaciones que reclaman les ha debido informar la fiduciaria.

NO OBSTANTE, EL TRIBUNAL CENSURA A LA FIDUCIARIA, POR…

- No hizo, como, debió hacerlo, la precisión relativa a que los inmuebles objeto de la fiducia soportaban un gravamen hipotecario a favor de un Banco.
- No tuvo en cuenta que en las escrituras de constitución de la fiducia en garantía, aparecía incluida la referencia a la constitución y vigencia de gravámenes hipotecarios.

NO OBSTANTE, EL TRIBUNAL TAMBIEN CENSURA A LOS ACREEDORES GARANTIZADOS, POR…

Antes de aceptar la condición de acreedor garantizado dentro de una fiducia en garantía, deben tener la precaución de leer, analizar y sopesar el clausulado del respectivo contrato, sin esperar a que el fiduciario le haga una pormenorizada sinopsis del mismo.

Es elemental deber de diligencia del que vaya a celebrar un contrato relativo a inmuebles exigir un certificado de libertad y tradición de estos.

Por ello no puede decirse que la fiduciaria incumplió con el deber legal, que ciertamente tenía, de suministrarles a los fideicomisarios la información básica necesaria sobre el negocio fiduciario que se les estaba proponiendo.

SOBRE LA POSIBLE OMISIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN DE LA FIDUCIARIA, EL TRIBUNAL ESTABLECE…

El demandante cuestiona al fiduciario por no informar a los acreedores garantizados sobre el alcance de un pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades sobre la obligación de llevar los activos fideicomitidos a la masa de la quiebra…

A lo cual considera el Tribunal…

Ni la ley, ni los reglamentos, ni el contrato, le imponen al fiduciario el deber de informarles a los posibles beneficiarios de una fiducia acerca de los cambios doctrinales o jurisprudenciales que tienen lugar en torno a la fiducia mercantil o de sus pormenores.

EN CAMBIO, EL TRIBUNAL CONSIDERÓ…

Por exigente y delicada que sea —y sin duda lo es— la responsabilidad que en materia de información le incumbe al fiduciario, como en general a los profesionales que cumplen tareas semejantes, no puede suplantar la que le corresponde al propio cliente o a sus asesores jurídicos.

Además, los acreedores garantizados deben entender bien la figura de la fiducia en garantía y el papel que en ella juega el fiduciario.

Los acreedores garantizados no pueden actuar con despreocupación.

SEGÚN EL TRIBUNAL, OTRO DE LOS ERRORES DE LOS ACREEDORES GARANTIZADOS, FUE …

Ellos parecen haber creído que, a través de la fiducia en garantía, la fiduciaria debía asumir el papel de codeudor de las obligaciones de los deudores garantizados.

Esta actitud es indicación inequívoca de que con la celebración de la fiducia se disipaba todo temor relacionado con los créditos impagados a cargo de los fideicomitentes, por medio de una especie de sustitución de deudor, o consideraron que la tarea de la fiduciaria consistía en lograr a toda costa el pago efectivo y pleno de sus acreencias.

LAUDO ARBITRAL
Noviembre 28 de 2001

EL CASO PLANTEADO

Un grupo de acreedores garantizados demandó a una Sociedad Fiduciaria por haber supuestamente incumplido el contrato de fiducia en garantía, bajo los siguientes supuestos:

LO QUE SE DEMANDA…

En la presente fiducia en garantía se transfirió inicialmente el 100% de los derechos societarios de la sociedad que actúa como fideicomitente, cuyo valor registrado se definió sobre la base de la certificación del revisor fiscal de la sociedad, que éste calculó meses antes de la transferencia.

Posteriormente, el fideicomitente modificó sus estatutos para convertirse en una sociedad anónima.

La sociedad presentó problemas financieros, que impidieron responder por las obligaciones contraídas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL CONTRATO DE FIDUCIA…

Se considera un marco reglado con el cual se desarrollan sucesivos negocios.

La doctrina moderna califica este tipo de relación mercantil como un contrato normativo, pues previene la celebración y ejecución de otros negocios, que habrán de regirse por las pautas generales señaladas en aquel.

El rasgo principal del contrato normativo consiste en determinar el contenido mínimo o pleno de otro contrato futuro, que se celebrará entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros.

SEGÚN CONSIDERA EL TRIBUNAL, LO QUE LE CORRESPONDE A LA FIDUCIARIA EN UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA…

La labor de verificación del valor de los bienes fideicomitidos, particularmente cuando de acciones se trata, no se limita a la constatación de su valor intrínseco, sino que se extiende también a otros elementos que inciden en la calidad de la garantía.

Les corresponde también la realización de los estudios o análisis mínimos que permitan, disponer de certeza sobre la solidez y credibilidad de la fiducia en garantía.

Como profesionales por su responsabilidad y prestigio están comprometidos con la efectividad del servicio prestado, y dar confianza sobre las condiciones de protección que brindan las garantías que ellas certifican.

SEGÚN EL TRIBUNAL, ¿A QUÉ SE OBLIGABA LA FIDUCIARIA?

La Fiduciaria solamente actuó con base en una certificación del revisor fiscal para determinar el valor del activo (acciones).

Empero, debería realizar una mayor y cuidadosa labor de verificación de lo que se somete a su cuidado y manejo.

Esto por que la certificación del revisor fiscal apenas da fe del valor intrínseco de las acciones a una fecha determinada, pero nada indica, normalmente sobre la condición jurídica o financiera de la sociedad.

OTRA APRECIACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA…

Ante la entrega de informes inconsistentes sobre el valor de activos fideicomitidos, la Fiduciaria ha debido hacer al menos un análisis de los estados financieros de la sociedad, de las notas a los mismos, pues ello le hubiera permitido estudiar la solidez, razonabilidad y coincidencia de lo declarado en la certificación sobre el valor intrínseco de la acción.

OTRAS DETERMINACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA…

La Fiduciaria incumplió con los deberes de diligencia, verificación, control e información, así como con sus obligaciones legales y contractuales.

Dejó de "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia".

Dejó de "rendir cuentas comprobadas de su gestión" cada seis meses.

Dejó de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente".

Numerales 1º, 5º y 8º del artículo 1234 del Código de Comercio y el capítulo primero del título quinto de la Circular 7 de 1996 de la (*)Superintendencia Bancaria.

EL TRIBUNAL CONSIDERÓ QUE TAMBIÉN SE DESCONOCIÓ EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PACTADO…

El procedimiento de venta pactado, debe corresponder en lo posible… conforme al activo fideicomitido.

El procedimiento no puede reflejar desconocimiento de la normatividad jurídica aplicable, lo que contradice las calidades de experiencia e idoneidad que debe poseer el profesional fiduciario.

Esto le impide dar consejo acertado y oportuno a los fideicomitentes respecto del método acogido para la enajenación del activo, por ejemplo acciones.

EL TRIBUNAL IGUALMENTE CONSIDERÓ QUE "EL DEBER DE VERIFICACIÓN", CONSISTE…

Este deber que le corresponde **en materia de fiducia en garantía** no se agota con la verificación inicial y con la expedición del primer certificado.

Es necesario velar porque la garantía siga teniendo **la calidad y el valor necesarios** para proteger los créditos respaldados por ella durante el período de su vigencia.

Si ocurren **hechos posteriores que la afecten** o que puedan llegar a afectarla, es su responsabilidad dar aviso a los beneficiarios de lo que ocurre o del demérito de la misma, para que estos adopten las decisiones que sean del caso.

SEGÚN CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL, EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DEBE SER ÁGIL Y PERTINENTE, PORQUE…

No se compadece que la Fiduciaria cometa un error de apreciación en la forma como se pueden vender acciones de una compañía por cuanto este conocimiento lo debe tener el profesional.

Esta omisión haría perder al acreedor-beneficiario las ventajas de un procedimiento ágil, expedito y manejado por especialistas para la venta de las acciones, en caso de que fuera necesario hacer efectiva la garantía.

Para obtener la indemnización perseguida es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de las obligaciones a cargo del demandado, que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo, y en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL…

A pesar de ser crítico con el proceder de la Sociedad Fiduciaria, no resolvió el proceso en su contra, por que no se probó el nexo causal entre el daño causado y las fallas de la Fiduciaria, que se resumen a continuación.

LA DECISIÓN FINAL DEL TRIBUNAL SOBRE LA PRETENSIÓN DEL DEMANDANTE:

No es procedente demandar de la fiduciaria el pago del crédito insoluto —así el monto de este y el de los perjuicios mencionados, pudieran llegar a coincidir— pues aquella no es deudora principal y exclusiva, ni deudora solidaria de dicha obligación, ni tampoco obligada subsidiaria, pues no tiene el carácter de fiadora.

CONCLUSIONES GENERALES

CONCLUSIONES

La Fiducia se encuentra regulada de manera integral en el Código de Comercio. Las relaciones entre las partes vinculadas deben constar por escrito y registrarse en la Cámara de Comercio del domicilio del fideicomitente. El Fiduciario responde hasta por la culpa leve y, se ha dispuesto de manera general, que **las obligaciones que asume el fiduciario son en principio de medio**.

Los efectos por **incumplimiento de las obligaciones pactadas** en los contratos de fiducia, se resuelven conforme a las **reglas de la responsabilidad contractual**, establecidos en el Ordenamiento Civil.

CONCLUSIONES

Los **contratos de fiducia** normalmente se instrumentan con la **participación de las partes**, salvo aquellos en los que la actividad es masiva y, por tanto, se dispone de contratos de adhesión, sobre los cuales la Superintendencia Financiera ha hecho exigencia particulares sobre su contenido formal y sobre la manera como deben perfeccionarse.

Salvo las restricciones anotadas, la Jurisprudencia y la Doctrina consideran que de acuerdo con la Legislación Colombiana cabe el **principio de la autonomía de la libertad privada** aún **para los contratos de Fiducia**.

CONCLUSIONES

Esto se predica tanto para los contratos de adhesión, como para los que se perfeccionan mediante acuerdos sobre las distintas convenciones incluidas en los textos, aún cuando unos y otros requieren de ciertas formalidades para que puedan celebrase válidamente.

En unos y otros **debe quedar plenamente demostrado** que el **cliente acepta voluntariamente** este tipo de cláusulas y, en los de adhesión, se deben incluir las cláusulas en lugares visibles del contrato.

CONCLUSIONES

Esta posibilidad parece no es absoluta en los contratos de Fiducia, dado que se prohíbe eliminar la responsabilidad del Fiduciario en los Contratos de Fideicomiso o **la limitación de los derechos legales del fideicomitente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados**, No obstante, hay suficientes argumentos para interpretar que esta reglas se esta entendiendo de manera antijurídica.

Adicionalmente se debe tener en cuenta el contenido del artículo 1235 del Código de Comercio. Se debe interpretar con cuidado su texto, ya que expresa: "exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y **hacer efectiva la responsabilidad** por el incumplimiento de ellas". Sobre el particular, los argumentos anotados anteriormente también aplican, en cuanto le caben los principios que gobierna la voluntad de los contratantes.

ASOFIDUCIARIAS

Calle 72 No. 10 – 51 Oficina 1003 PBX: 60 60 700 Fa
x: 235 28 95
Bogotá D. C. - Colombia

www.asofiduciarias.org.co
asofiduciarias@asofiduciarias.org.co