

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	xxix
PRÓLOGO.....	xxxiii
PRESENTACIÓN	xxxvii

PRIMERA PARTE

Aproximación histórica a la noción de fiducia

CAPÍTULO I

Antecedentes históricos remotos

1. DERECHO ROMANO	3
1.1. Evolución e influencia frente a la noción de fiducia	3
1.2. <i>Pactum fiduciae</i>	9
1.2.1. <i>Fiducia cum creditore</i>	9
1.2.2. <i>Fiducia cum amico</i>	12
1.3. <i>Fideicommissum</i>	13
2. DERECHO INGLÉS.....	16
2.1. Influencia y evolución.....	16
2.2. Los antecedentes del <i>trust</i>	18

CAPÍTULO II

Antecedentes próximos y desarrollo de la figura

1. EL TRUST ANGLOAMERICANO	25
1.1. Concepto y definición.....	25
1.1.1. Elementos	28
1.1.1.1. Personales	28
a) Constituyente o <i>settlor</i>	29
b) <i>Trustee</i>	29
c) <i>Cestui que trust</i> o beneficiario	35
1.1.1.2. Patrimoniales	37

1.1.2.	Clases	39
1.1.2.1.	Voluntario.....	39
1.1.2.2.	Por ministerio de la ley	40
1.1.2.3.	Simple o especial.....	41
1.1.2.4.	Público o privado	41
1.1.3.	Su duración.....	41
1.2.	Su relación con la noción de contrato	42
2.	LA FIDUCIA EN COLOMBIA	44
2.1.	El negocio fiduciario civil	44
2.1.1.	La propiedad fiduciaria	44
2.1.2.	El albaceazgo fiduciario	53
2.1.2.1.	Concepto.....	53
2.1.2.2.	Requisitos	53
a)	Respecto al testador	53
b)	Cuantía	54
c)	Respecto al albacea	54
2.1.2.3.	Derechos y obligaciones.....	54
2.1.2.4.	Conclusiones	55
2.2.	El negocio fiduciario mercantil.....	56
2.2.1.	Los encargos fiduciarios	56
2.2.1.1.	Su origen en Colombia	56
2.2.1.2.	Alcance	57
2.2.1.3.	Limitaciones	61
2.2.1.4.	Su importancia actual	62
2.2.2.	La fiducia mercantil	64
2.3.	La fiducia pública	65
3.	LA FIDUCIA EN EL DERECHO LATINOAMERICANO	68
3.1.	El fideicomiso en México	68
3.1.1.	Evolución.....	68
3.1.2.	Disposiciones vigentes	74
3.1.3.	Delegados fiduciarios y personal del fideicomiso	74
3.1.4.	Comité técnico.....	75
3.1.5.	Fideicomiso de garantía	75
3.2.	Las legislaciones latinoamericanas sobre fideicomiso	76
3.2.1.	Argentina	76
3.2.2.	Bolivia	79
3.2.3.	Brasil.....	80
3.2.4.	Costa Rica	83
3.2.5.	Chile.....	84
3.2.6.	Ecuador	84

3.2.7.	El Salvador.....	87
3.2.8.	Guatemala.....	89
3.2.9.	Honduras	90
3.2.10.	Nicaragua.....	91
3.2.11.	Panamá	92
3.2.12.	Paraguay.....	93
3.2.13.	Perú.....	93
3.2.14.	República Dominicana	96
3.2.15.	Uruguay	98
3.2.14.	Venezuela.....	100
4.	LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE EL <i>TRUST</i>	100
4.1.	Objeto.....	100
4.1.1.	Finalidad y estructura.....	102
4.1.2.	Suscriptores y ratificantes.....	103
4.1.3.	Noción	103
4.1.3.1.	Independencia del patrimonio	104
4.1.3.2.	El <i>trustee</i> es el titular de los bienes frente a terceros.....	104
4.1.3.3.	El <i>trustee</i> tiene facultades administrativas y dispositivas, de cuya utilización debe dar cuenta.....	105
4.1.4.	Forma de creación	106
4.1.5.	Casos en que no se aplica la Convención.....	107
4.1.5.1.	Las cuestiones preliminares.....	107
4.1.5.2.	Cuando en la ley señalada no se conozca la figura	108
4.1.6.	Ley aplicable.....	108
4.1.6.1.	La ley que escoja el constituyente.....	108
4.1.6.2.	La ley más cercana	109
4.1.6.3.	Importancia de definir la ley aplicable	109
4.1.7.	Reconocimiento.....	110
4.1.7.1.	Inscripción.....	112
4.1.7.2.	No reconocimiento.....	112
4.1.7.3.	Favorabilidad de leyes	112
4.1.8.	Conflicto de leyes	113
4.1.9.	Reservas	113
4.1.10.	Reflexiones finales	114
5.	LA LEY FRANCESA SOBRE FIDUCIA	115
5.1.	Importancia en Francia	115
5.1.1.	Ausencia del tema en el Código Civil.....	115
5.1.1.1.	La Comunidad Europea	116
5.1.1.2.	La Convención de La Haya	116
5.1.1.3.	Los antecedentes de la ley	116

5.1.2.	Características y estructura de la ley	117
5.1.2.1.	Institución de derecho civil	117
5.1.2.2.	Sistema integral	117
5.1.3.	Análisis de la ley y paralelo con el proyecto de 1992 y la legislación colombiana	118
5.1.3.1.	Noción	118
5.1.3.2.	Estipulaciones esenciales	119
5.1.3.3.	Forma del contrato	120
5.1.3.4.	Prohibición de fiducias a título gratuito	121
5.1.3.5.	Sistemas registrales	121
5.1.3.6.	Partes intervinientes	121
5.1.3.7.	Patrimonio de afectación	123
5.1.3.8.	Protección de herederos forzosos	124
5.1.3.9.	Fiducia en garantía	125
5.1.3.10.	Modificaciones y fin de la fiducia	125
5.1.3.11.	Otras referencias	126
5.1.3.12.	Conclusiones	127

SEGUNDA PARTE

La fiducia mercantil

CAPÍTULO I

El desarrollo singular de la figura

1.	IMPORTANCIA CONTEMPORÁNEA DEL CONTRATO DE FIDUCIA	131
2.	RAZONES DE SU PARTICULAR DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA	132
2.1.	Su definición como negocio mercantil	132
2.2.	Su asignación a un gestor bancario	135
2.3.	Su flexibilidad y su capacidad integradora	136
2.4.	Su estructura teleológica	136
2.5.	La naturaleza especial del patrimonio que se constituye	137
2.6.	La presencia del fiduciario como fiel de la balanza	138

CAPÍTULO II

Generalidades del acto jurídico y del negocio fiduciario

1.	EL ACTO JURÍDICO EN GENERAL	139
1.1.	Eficacia de los actos jurídicos	140

1.1.1.	Requisitos de existencia	140
1.1.1.1.	Voluntad.....	140
1.1.1.2.	Objeto.....	147
1.1.1.3.	Causa	149
1.1.1.4.	Forma impuesta.....	150
1.1.1.5.	Elementos de la esencia.....	150
1.1.2.	Requisitos de validez.....	151
1.1.2.1.	Capacidad	151
1.1.2.2.	Objeto lícito	153
1.1.2.3.	Causa lícita.....	154
1.1.2.4.	Observancia de la totalidad de las formas.....	154
1.1.3.	Requisitos de oponibilidad	154
1.2.	Ineficacia de los contratos.....	155
1.2.1.	Inexistencia.....	156
1.2.2.	Invalidez	157
1.2.2.1.	Nulidad absoluta	157
a)	Incapacidad	158
b)	Objeto o causa ilícitos.....	159
c)	Inobservancia de las formas	161
1.2.2.2.	Nulidad relativa	161
a)	Error.....	161
b)	Violencia.....	163
c)	Dolo	165
d)	Lesión	166
1.2.2.3.	Causas o circunstancias que dan lugar a la denominada incapacidad relativa.....	167
a)	Edad.....	167
b)	Disipadores bajo interdicción	167
c)	Estado civil.....	168
d)	Personalidad jurídica	168
1.2.2.4.	Inhabilidades	169
1.2.2.5.	Rescisión	170
2.	EL NEGOCIO FIDUCIARIO	170
2.1.	Elementos	173
2.1.1.	Real	173
2.1.2.	Personal u obligacional	175
2.1.3.	Relaciones	176

2.1.4.	Ubicación	177
2.1.4.1.	Causal o abstracto	177
2.1.4.2.	Indirecto	178
2.1.4.3.	Simulado	179
2.1.4.4.	De interposición de personas o de sustitución	180
2.2.	Razón de ser	181
3.	RELACIONES ENTRE EL TRUST Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO	184

CAPÍTULO III

El contrato de fideicomiso o fiducia mercantil

1.	CONCEPTO Y DEFINICIÓN	186
2.	CLASIFICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA BANCARIO	187
3.	CARACTERES JURÍDICOS	190
4.	OBJETO DEL CONTRATO	201
4.1.	Uno o más bienes	201
4.2.	Patrimonio autónomo	202
4.2.1.	Bienes separados del resto del activo	203
4.2.2.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario ...	204
4.2.3.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante ...	204
4.2.3.1.	La regla general y la mala fe.....	204
4.2.3.2.	Los acreedores anteriores al negocio	206
4.2.3.3.	Su eficacia frente a procesos concursales.....	209
4.2.3.4.	Su relación con el régimen sucesoral	211
4.2.3.5.	Su importancia práctica	211
4.2.4.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario	212
4.2.5.	Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin.....	212
4.2.6.	Deben transferirse a quien corresponda o retornar al fideicomitente	215
4.2.7.	Naturaleza del patrimonio autónomo	216
5.	NEGOCIOS PROHIBIDOS	219
5.1.	Negocios fiduciarios secretos	219
5.2.	Fideicomisos sucesivos	222
5.3.	Los celebrados a más de cierto tiempo.....	222
5.4.	Los que conceden ganancias al fiduciario distintas de los honorarios	225
5.5.	Los realizados en fraude a la ley.....	227

6.	PARTES QUE INTERVIENEN.....	229
6.1.	Fiduciante o fideicomitente	229
6.2.	Fiduciario.....	230
6.2.1.	Noción	230
6.2.2.	Calidades.....	231
6.2.3.	Relaciones con el banco matriz.....	234
6.2.4.	Fiduciarios plurales	239
6.2.5.	Designación y aceptación	240
6.2.5.1.	Designación.....	240
6.2.5.2.	Aceptación	240
6.2.6.	Renuncia, remoción y revocación	241
6.2.6.1.	Renuncia	241
6.2.6.2.	Remoción	241
6.2.6.3.	Revocación.....	242
6.2.7.	Comités fiduciarios	243
6.2.8.	Delegados fiduciarios.....	244
6.2.9.	Prohibición especial de ser fideicomisario	245
6.2.10.	Fiduciarias estatales	246
6.2.10.1.	Financiera de Desarrollo Nacional (antes FEN).....	247
6.2.10.2.	Findeter.....	247
6.2.10.3.	Finagro.....	248
6.2.10.4.	Banco de la República.....	249
6.3.	Fideicomisario o beneficiario	250
6.3.1.	Noción	250
6.3.2.	Su existencia	250
6.3.3.	Sustituciones fideicomisarias.....	253
6.3.4.	Beneficiarios plurales	254
6.3.5.	Naturaleza y causa de su derecho.....	255
6.3.5.1.	Es un tercero.....	255
6.3.5.2.	El concepto de parte.....	256
6.3.5.3.	La coexistencia de la estipulación por otro y para otro.....	258
6.3.5.4.	La posición no es pacífica en la jurisprudencia arbitral.....	258
6.3.5.5.	El beneficio se obtiene también por el constituyente a título oneroso.....	261
6.3.6.	Cláusula compromisoria.....	262
7.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO	266
7.1.	Derechos	266
7.1.1.	Recibir una remuneración	266
7.1.2.	Solicitar provisión adecuada de fondos	267

7.1.3.	Obtener el reembolso de los gastos realizados en interés del fideicomiso	268
7.2.	Obligaciones.....	270
7.2.1.	Derivadas de su condición de profesional	270
7.2.1.1.	Lealtad.....	272
7.2.1.2.	Información	274
7.2.1.3.	Eficacia y prudencia.....	276
7.2.2.	Alcance de las que asume.....	277
7.2.3.	Obligaciones de medio y de resultado	278
7.2.4.	Ejercicio personal de sus facultades.....	285
7.2.5.	Representar al patrimonio y llevar su vocería	295
7.2.6.	Administrar los bienes en la forma establecida	300
7.2.7.	Realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad	301
7.2.8.	Invertir los recursos.....	304
7.2.9.	Responder por su manejo	306
7.2.10.	Hacer inventario y prestar caución	308
7.2.11.	Mantener los bienes separados del resto de sus activos.....	308
7.2.12.	Llevar la personería para la protección de los bienes	310
7.2.13.	Rendir cuenta de su gestión	311
7.2.14.	Transferir los bienes a quien corresponda	314
7.2.15.	Consultar a la autoridad jurisdiccional o administrativa.....	314
7.2.16.	Guardar secreto	317
8.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE.....	318
8.1.	Derechos del fiduciante o fideicomitente	318
8.1.1.	Los que se hubiere reservado	319
8.1.2.	Revocar el fideicomiso	321
8.1.3.	Exigir rendición de cuentas	322
8.1.4.	Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.....	322
8.1.5.	Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo	323
8.1.6.	Obtener la devolución de los bienes	323
8.2.	Obligaciones del fiduciante.....	324
8.2.1.	Remunerar al fiduciario.....	324
8.2.2.	Reembolsar los gastos	324
8.2.3.	Salir al saneamiento por evicción	325
9.	DERECHOS DEL BENEFICIARIO.....	326
9.1.	Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer las acciones de responsabilidad.....	328
9.2.	Oponerse a medidas preventivas contra los bienes	329

9.3.	Impugnar los actos anulables	329
9.4.	Pedir la remoción del fiduciario	330
9.5.	Revisar los estados contables	331
10.	CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO	331
10.1.	Realizarse plenamente sus fines	332
10.2.	Resultar imposible su realización	332
10.3.	Expirar el plazo o haber transcurrido el máximo legal	333
10.4.	Cumplirse la condición resolutoria o hacerse imposible o no cumplirse oportunamente la condición suspensiva	335
10.5.	Muerte del fiduciante o el beneficiario	336
10.6.	Disolución de la entidad fiduciaria	337
10.7.	Acción de los acreedores anteriores a la celebración del negocio	338
10.8.	Declaración de nulidad del acto constitutivo	339
10.9.	Revocación del fiduciante	340
10.10.	Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario	340
10.11.	Falta del fiduciario	341
10.12.	Renuncia de los beneficiarios	341
10.13.	Confusión de la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario	342
10.14.	Apertura de proceso de liquidación judicial	342

CAPÍTULO IV

Responsabilidad civil del fiduciario

1.	REFLEXIONES PRELIMINARES	343
1.1.	La noción de responsabilidad	343
1.2.	Consideraciones contemporáneas que suscitan su estudio	344
1.2.1.	El acercamiento progresivo a una concepción unitaria del tema de la responsabilidad	344
1.2.2.	El menor peso relativo de la noción de culpa	346
1.2.3.	El desarrollo de mecanismos de desplazamiento de riesgos	348
1.2.4.	La consagración de acciones colectivas	348
1.3.	Diferentes tipos de responsabilidad que pueden recaer sobre el fiduciario	350
1.3.1.	Responsabilidad penal	350
1.3.2.	Responsabilidad fiscal y disciplinaria	350
1.3.3.	Responsabilidad administrativa	352
1.3.4.	Responsabilidad tributaria	352

2.	CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	353
2.1.	Contractual.....	353
2.1.1.	Noción.....	353
2.1.2.	Elementos.....	354
2.1.2.1.	Culpa.....	354
2.1.2.2.	Daño.....	356
2.1.2.3.	Vínculo de causalidad.....	357
2.2.	Extracontractual.....	357
2.2.1.	Por el hecho propio.....	358
2.2.2.	Por el hecho ajeno.....	358
2.2.3.	Por actividad peligrosa.....	359
2.3.	Precontractual.....	359
3.	EXIMENTES GENERALES DE RESPONSABILIDAD.....	360
3.1.	Culpa de la víctima.....	360
3.2.	Fuerza mayor o caso fortuito.....	360
3.3.	Hecho irresistible de tercero.....	361
3.4.	Conformidad de la víctima.....	361
4.	INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.....	362
4.1.	Cumplimiento particularmente celoso.....	362
4.2.	Las obligaciones llamadas de medio.....	363
4.3.	La fuente múltiple de sus obligaciones.....	368
4.3.1.	Las obligaciones profesionales.....	368
4.3.2.	Las obligaciones legales.....	371
4.3.3.	Las obligaciones contractuales.....	372
5.	LA JURISPRUDENCIA.....	373
5.1.	Los pronunciamientos del Consejo de Estado.....	373
5.1.1.	Los contratos de fiducia mercantil y su posible adición.....	374
5.1.2.	La adjudicación de los contratos de fiducia pública.....	374
5.1.3.	La aplicación de las normas sobre fiducia mercantil.....	374
5.1.4.	Las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil cuando se lo autorice la ley.....	374
5.1.5.	Especial requisito para la etapa poscontractual.....	375
5.1.6.	La contraprestación es requisito esencial.....	375
5.1.7.	La anulación de la norma que soporta el contrato lo afecta de nulidad en forma absoluta.....	375
5.2.	Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.....	375
5.2.1.	Aparición tardía de fallos sobre la materia.....	375

5.2.2.	Los principales pronunciamientos	376
5.2.2.1.	La sentencia de la Sala de Casación Laboral	376
5.2.2.2.	Las sentencias de la Sala Civil	378
a)	La primera sentencia	378
b)	La segunda sentencia	378
c)	La tercera sentencia.....	379
d)	La cuarta sentencia	380
e)	La quinta sentencia	382
f)	La sexta sentencia	383
5.3.	Los pronunciamientos de los tribunales de arbitramento	385

TERCERA PARTE

Negocios y productos fiduciarios

CAPÍTULO I

Criterios para la clasificación de los negocios y productos fiduciarios

1.	LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA	395
2.	EL BIEN OBJETO DEL NEGOCIO.....	396
3.	LA NATURALEZA DEL FIDEICOMITENTE	396
4.	LA POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA	396

CAPÍTULO II

Principales productos fiduciarios

1.	FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN	399
1.1.	Noción	399
1.2.	Aplicaciones y alcance	400
2.	FIDEICOMISO DE INVERSIÓN	401
2.1.	Noción	401
2.2.	Individual.....	406
2.3.	De administración colectiva.....	406
2.3.1.	Fondos de inversión colectiva	409
2.3.1.1.	Introducción	409
2.3.1.2.	Noción	409
2.3.1.3.	Administradores y fondos excluidos de la regulación	410
2.3.1.4.	Obligaciones y responsabilidades de las sociedades administradoras	411

2.3.1.5.	Principios rectores	412
	a) Profesionalidad.....	412
	b) Segregación	412
	c) Prevalencia de los intereses de los inversionistas	413
	d) Prevención y administración de conflictos de interés	413
	e) Trato equitativo entre los inversionistas con características similares	413
	f) Preservación de su buen funcionamiento y de la integridad del mercado	414
	g) Mejor ejecución del encargo.....	414
	h) Extensión de los principios	415
2.3.1.6.	Tipos de fondos y modalidades.....	415
	a) Por la forma de redención.....	415
	b) Por la forma de organizarse.....	415
	c) Por el objeto	415
2.3.1.7.	Constitución y administración.....	419
	a) Requisitos para la constitución	419
	b) Autorización de la Superintendencia Financiera	419
	c) Apalancamiento del capital.....	420
	d) Cobertura.....	420
	e) Monto mínimo de participaciones.....	420
	f) Calificación del fondo	420
2.3.1.8.	Políticas de inversión	421
2.3.1.9.	Operaciones de naturaleza apalancada	422
2.3.1.10.	Participaciones.....	422
2.3.1.11.	Valoración del fondo de inversión colectiva y de sus participaciones	423
2.3.1.12.	Gastos y comisiones.....	424
2.3.1.13.	Revelación de información	424
2.3.1.14.	Reglamento	425
2.3.1.15.	Prospecto.....	426
2.3.1.16.	Prohibiciones y conflictos de interés.....	427
2.3.1.17.	Fusión y cesión.....	428
2.3.1.18.	Liquidación	429
2.3.1.19.	Actividades de administración	430
2.3.1.20.	Gestión de portafolios	431
2.3.1.21.	Custodia.....	431

2.3.1.22.	Distribución	432
2.3.1.23.	Deber de asesoría especial	432
2.3.1.24.	Cuentas ómnibus	433
2.3.1.25.	Fuerza de ventas	433
2.3.1.26.	Régimen de publicidad	434
2.3.1.27.	Órganos	435
	a) Junta directiva	435
	b) Gerente	435
2.3.1.28.	Asamblea y derechos de los inversionistas	436
2.3.1.29.	Comité de inversiones	436
2.3.1.30.	Comité de vigilancia	437
2.3.1.31.	La Superintendencia Financiera	438
2.3.2.	Fondos de inversión inmobiliaria	441
2.3.2.1.	Noción	441
2.3.2.2.	Fondos de inversión abiertos con pacto de permanencia	442
	a) Fechas de apertura	443
	b) Período de permanencia y penalizaciones	443
	c) Límites a la participación	444
2.3.2.3.	Fondos de inversión inmobiliaria cerrados	444
2.3.2.4.	Portafolio admisible	445
	a) Vivienda urbana	445
	b) Bienes inmuebles destinados a actividades comerciales	445
	c) Títulos emitidos en procesos de titularización hipotecaria o inmobiliaria	446
	d) Inversiones	446
2.3.2.5.	Reglas generales	447
	a) Diversificación	447
	b) Montos mínimos que permiten invertir en inmuebles	447
	c) Aportes	448
	d) Comisiones	448
	e) Recursos	448
	f) Conflictos de interés	449
2.3.2.6.	Arrendamiento de los bienes inmuebles	449
2.3.2.7.	Comité de inversiones inmobiliarias	450

2.3.2.8.	Gastos a cargo de los fondos	450
2.3.2.9.	Contenido del contrato de vinculación.....	451
2.3.2.10.	Revelación de información	451
2.3.2.11.	Causales de disolución y liquidación	452
2.3.2.12.	Valoración de los fondos de inversión inmobiliaria	452
	a) De los inmuebles	453
	b) De los activos de las clases 3 y 4	454
2.3.2.13.	De la exención tributaria	454
2.3.2.14.	Remisión de normas.....	455
2.3.3.	Fondos voluntarios de pensiones.....	455
2.3.3.1.	Noción	455
2.3.3.2.	Destinatarios y ventajas fiscales	458
2.3.3.3.	Constitución	459
2.3.3.4.	Planes de pensiones.....	460
2.3.3.5.	Derechos de los partícipes.....	461
2.3.3.6.	Reglamento de administración	461
2.3.3.7.	Órganos internos de administración y control	461
	a) Comisión de control.....	462
	b) Revisor fiscal	462
	c) Sociedad depositaria	462
2.3.3.8.	Portafolio.....	463
2.3.3.9.	Sociedad administradora.....	464
2.3.3.10.	Intervención administrativa.....	466
2.3.3.11.	Falencia de la sociedad patrocinadora	466
2.3.3.12.	Disolución y liquidación.....	467
2.3.4.	Fondos en moneda extranjera	467
2.3.4.1.	Noción e importancia.....	467
2.3.4.2.	Fondos país	468
	2.3.4.2.1. Noción	468
3.	FIDUCIA INMOBILIARIA.....	470
3.1.	Alcance de la noción	470
3.2.	Clásica, tradicional u omnicompreensiva	472
3.2.1.	Noción y entorno.....	472
3.2.2.	Etapas	474
	3.2.2.1. Etapa preliminar.....	474
	3.2.2.2. Etapa de desarrollo	476
	3.2.2.3. Etapa de liquidación	477

3.2.3.	Intervinientes	478
3.2.3.1.	Fideicomitentes.....	478
3.2.3.2.	Promotor	479
3.2.3.3.	Constructor.....	479
3.2.3.4.	Interventor	479
3.2.4.	Obligaciones del fiduciario	479
3.2.4.1.	Previa o preliminar.....	480
3.2.4.2.	Ejecución o desarrollo	480
3.2.4.3.	Liquidación.....	481
3.2.5.	Órganos del fideicomiso	481
3.2.5.1.	Asamblea de inversionistas	481
3.2.5.2.	Comité de obra.....	482
3.2.5.3.	Gerente	482
3.2.6.	Modalidades	482
3.2.6.1.	A precio fijo.....	482
3.2.6.2.	Al costo	483
3.2.7.	Ventajas y desventajas.....	484
3.2.8.	Administración de recursos para proyectos inmobiliarios	485
3.3.	Relaciones con la fiducia de garantía, la titularización y los fondos de inversión inmobiliaria	486
3.3.1.	Con la fiducia de garantía	486
3.3.2.	Con la titularización.....	486
3.3.3.	Con los fondos de inversión inmobiliaria.....	486
4.	FIDUCIA EN GARANTÍA	487
4.1.	Noción y naturaleza jurídica	487
4.2.	Los bienes dados en garantía.....	492
4.2.1.	La previsión legal	492
4.2.2.	Las recomendaciones prácticas frente a la fiduciaria	492
4.3.	La necesaria colaboración entre los contratantes.....	493
4.4.	El debate doctrinario	495
4.4.1.	La posición inicial de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera)	495
4.4.2.	Evolución y aceptación expresa de su legitimidad	499
4.4.2.1.	Aceptación para efectos de la calificación de cartera	499
4.4.2.2.	Asimilación para efectos del cupo individual de crédito... ..	500
4.4.2.3.	Calificación como garantía admisible.....	500
4.4.2.4.	Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.....	501
4.4.2.5.	La ley de garantías mobiliarias	504
4.4.2.6.	Su regulación en procesos concursales	504
4.4.2.7.	Sistema de administración de riesgos crediticios (SARC)...	505

4.4.3.	La relación con el banco matriz	506
4.4.4.	La doble condición de acreedor garantizado y fiduciario	508
4.5.	Ventajas frente a las garantías tradicionales	509
4.5.1.	Utilización de un sistema alternativo de solución de conflictos.....	509
4.5.2.	Venta del bien a precios comerciales	510
4.5.3.	Pago del crédito en forma más expedita que por la vía judicial	511
4.5.4.	La flexibilización de las garantías	511
4.5.5.	El régimen fiscal.....	512
4.6.	Forma de constitución	512
4.6.1.	Fiducia mercantil	512
4.6.2.	Encargo fiduciario	512
4.7.	Obligaciones del fiduciario	512
4.7.1.	Aspectos que gravitan en la celebración de contrato	513
4.7.1.1.	Estudio de las partes intervinientes.....	513
4.7.1.2.	Ponderación sobre la calidad de los bienes y análisis sobre las obligaciones de las partes.....	513
4.7.1.3.	Inspección	516
4.7.1.4.	Estudio de títulos	516
4.7.1.5.	Información a los interesados.....	517
4.7.2.	Durante la vida del contrato.....	517
4.7.2.1.	Protección de los bienes y contratación de seguros.....	517
4.7.2.2.	Vigilancia e inspecciones periódicas	518
4.7.2.3.	Actualización del avalúo.....	518
4.7.2.4.	Rendición de cuentas.....	518
4.7.2.5.	Control de endeudamiento	519
4.7.2.6.	Expedición de certificados	519
4.7.2.7.	Verificación del pago de impuestos.....	521
4.7.2.8.	Verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para la ejecución.....	522
4.7.3.	A la ejecución del crédito	522
4.7.3.1.	Realización del bien	522
4.7.3.2.	Pago de la deuda	524
a)	Con el producto de la venta	524
b)	Por dación en pago	524
4.7.3.3.	Liquidación final	525
4.8.	Las vicisitudes de la figura.....	526
5.	LA FIDUCIA Y EL MERCADO DE CAPITALES.....	528
5.1.	Emisión de bonos.....	528
5.1.1.	Régimen general	528

5.1.1.1.	Entorno que posibilita la emisión	528
5.1.1.2.	Emisión reservada a cierto tipo de sociedades	529
5.1.1.3.	Requisitos mínimos	529
5.1.1.4.	Proceso de la emisión	530
5.1.1.5.	Especial autorización del Estado	531
5.1.1.6.	Títulos	531
5.1.1.7.	Obligaciones de la sociedad emisora	532
5.1.2.	Régimen de las sociedades fiduciarias	532
5.1.2.1.	Actuando en nombre de un fideicomiso constituido por un número plural de sociedades	533
5.1.2.2.	Actuando en nombre de un número plural de sociedades que cuenten con garantías especiales	534
5.1.3.	Representante de los tenedores de bonos	534
5.1.3.1.	Nombramiento por la sociedad emisora	535
5.1.3.2.	Funciones del representante común	535
5.1.3.3.	Facultades individuales de los tenedores de bonos	536
	a) Las propias de los tenedores de un título valor	536
	b) Ejercitar acciones judiciales	536
5.1.4.	Asamblea general	537
5.1.4.1.	Convocatoria	537
5.1.4.2.	Quórum y decisiones	537
5.1.4.3.	Facultades	538
5.1.4.4.	Ejercitar acciones judiciales	538
5.2.	Titularización	538
5.2.1.	Los diversos regímenes	538
5.2.2.	El entorno	539
5.2.3.	Noción	539
5.2.4.	Partes que intervienen	540
5.2.4.1.	Originador o constituyente	540
5.2.4.2.	Agente de manejo y emisor	540
5.2.4.3.	La administradora	541
5.2.4.4.	La colocadora	541
5.2.4.5.	El estructurador	541
5.2.4.6.	El calificador de riesgo	542
5.2.4.7.	Los inversionistas	543
5.2.5.	Instrumentos	543
5.2.5.1.	Mecanismos fiduciarios	543
5.2.5.2.	Fondos de valores	544
5.2.6.	Conflictos de interés	544

5.2.7.	Títulos.....	545
5.2.8.	Activos movilizables	545
5.2.8.1.	Cartera y títulos de deuda.....	546
5.2.8.2.	Deuda pública.....	546
5.2.8.3.	Inmuebles.....	546
5.2.8.4.	Flujos de caja.....	546
5.2.8.5.	Contratos de leasing	546
5.2.8.6.	Recursos dinerarios.....	547
5.2.8.7.	Otros que autorice la entidad de control.....	547
5.2.9.	Procedimientos y efectos	547
5.2.10.	Titularización de cartera.....	547
5.2.10.1.	Los criterios bancarios de clasificación y el Comité de Basilea.....	547
5.2.10.2.	Mecanismos de cobertura.....	549
a)	Mecanismos internos	549
i)	Subordinación de la emisión.....	549
ii)	Sobrecolateralización de la cartera	549
iii)	Exceso de flujo de caja.....	550
iv)	Sustitución de cartera	550
v)	Aval del originador	550
b)	Mecanismos externos.....	550
i)	Avales o garantías de entidades financieras.....	550
ii)	Líneas o aperturas de crédito.....	551
iii)	Seguro de crédito	551
iv)	Depósito de dinero en garantía.....	551
v)	Contrato irrevocable de fiducia de garantía.....	551
5.2.11.	Titularización inmobiliaria.....	551
5.2.11.1.	La fiducia inmobiliaria clásica.....	551
5.2.11.2.	Titularización inmobiliaria de garantía	552
5.2.11.3.	Titularización inmobiliaria de participación	552
5.2.11.4.	Titularización de proyectos de construcción	553
5.2.11.5.	Titularización a través de fondos inmobiliarios.....	554
5.2.12.	Titularización en concesiones	555
6.	FIDUCIA EN RELACIÓN CON EMPRESAS EN DIFICULTADES, EN REESTRUCTURACIÓN Y OTRAS SITUACIONES SIMILARES	556
6.1.	Empresas en dificultades.....	556
6.1.1.	Administración y manejo de fondos	556
6.1.2.	Acuerdos previos a procesos concursales.....	557
6.2.	Empresas en reestructuración.....	557

CAPÍTULO III

Productos derivados de la fiducia pública

1.	ANTECEDENTES	561
1.1.	La fiducia pública a la expedición del Código de Comercio	561
1.2.	La fiducia pública en la ley de contratación administrativa	564
1.2.1.	Las críticas principales formuladas en el debate	564
1.2.1.1.	La selección objetiva del contratante	564
1.2.1.2.	La sustracción al control fiscal	565
1.2.1.3.	La desnaturalización de la ejecución presupuestal	566
1.2.2.	La posición gremial	566
1.3.	El pronunciamiento de la Corte Constitucional	567
2.	CARACTERÍSTICAS	567
2.1.	Desnaturalización	567
2.2.	Posibilidades	568
2.2.1.	Encargos fiduciarios	568
2.2.2.	Fiducia pública	569
2.3.	Designación del fiduciario	570
2.4.	Innecesarias previsiones y particular supervisión	570
2.5.	El régimen presupuestal	571
2.6.	La delegación y la subcontratación	572
2.7.	Las normas sobre objeto y plazo	574
2.8.	La remuneración del fiduciario	574
2.9.	La responsabilidad particular del fiduciario	576
3.	LA EXPERIENCIA DINÁMICA EN COLOMBIA	577
4.	LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL	578
4.1.	La difícil conciliación entre el derecho público y el privado	578
4.2.	Las posiciones ius publicistas frente a la Ley 80	579
4.2.1.	En el contrato estatal los fines del Estado son un imperativo	580
4.2.2.	El contratista es un colaborador de la administración	580
4.2.3.	Los contratos de fiducia pública están sometidos al principio de la legalidad	583
4.2.4.	El encargo fiduciario estatal es un negocio de sustitución	583
4.3.	El enfoque mercantil	584
4.3.1.	El riesgo de los dineros entregados es del dueño	584
4.3.2.	La sustitución no convierte a la fiduciaria en entidad estatal	584
4.3.3.	La obligación de información no autoriza el rechazo de las instrucciones dadas por el fideicomitente	585

4.3.4.	La personería para la defensa de los bienes resta en cabeza de la entidad estatal	585
4.3.5.	Las fiduciarias estatales no asumen una responsabilidad objetiva.....	586
5.	LA FIDUCIA MERCANTIL Y LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO.....	586
5.1.	La paradoja colombiana.....	586
5.2.	Otros mecanismos de apoyo.....	587
5.3.	Algunos ejemplos representativos	588
5.4.	Reflexiones finales	591

CUARTA PARTE

Aspectos técnicos del negocio fiduciario

CAPÍTULO I

Intervención estatal en el contrato de fiducia mercantil

1.	RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS.....	595
1.1.	Fiduciarios autorizados	595
1.2.	Constitución de la sociedad	598
1.3.	Régimen societario	599
1.3.1.	Sociedades anónimas o cooperativas	599
1.3.2.	Participación de entidades financieras como accionistas	599
1.3.2.1.	Prohibiciones a la filial frente a su matriz	600
1.3.2.2.	Restricciones a la matriz frente a la filial	601
1.4.	Capital.....	601
1.4.1.	Razón de ser.....	601
1.4.2.	Monto.....	602
1.4.3.	Inversiones que pueden realizarse con el capital.....	602
1.5.	Operaciones autorizadas.....	603
1.5.1.	Celebrar contratos de fiducia mercantil	603
1.5.2.	Recibir encargos fiduciarios.....	604
1.5.3.	Colaborar con la justicia	604
1.5.4.	Coadyuvar al desarrollo del mercado de capitales.....	604
1.5.4.1.	Obrar como intermediarios del mercado de valores.....	604
1.5.4.2.	Obrar como agente de transferencia o registro de valores.....	605
1.5.4.3.	Obrar como custodio de valores.....	605

1.5.4.4.	Obrar como representante de tenedores de bonos.....	605
1.5.4.5.	Emitir bonos por cuenta de terceros.....	605
1.5.4.6.	Celebrar contratos de cuenta de margen.....	606
1.5.4.7.	Actuar como agente de manejo de titularizaciones.....	606
1.5.5.	Prestar servicios de asesoría financiera.....	607
1.5.6.	Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez.....	607
1.5.7.	Administrar fondos de inversión colectiva y de capital privado.....	607
1.5.8.	Actuar como administrador fiduciario de bienes de personas con incapacidad mental o menores de edad.....	608
1.5.9.	Actuar como administrador de inversión extranjera.....	608
1.5.10.	Actuar como agente liquidador de entidades públicas del orden nacional.....	608
1.6.	Depósito de garantía.....	608
1.7.	Contrato de redes.....	609
2.	BASILEA Y LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA.....	610
2.1.	La labor adelantada por el Comité de Basilea.....	610
2.2.	Basilea II.....	612
2.2.1.	Los cambios fundamentales en el nuevo acuerdo.....	612
2.2.2.	Relación con la actividad fiduciaria.....	613
2.3.	Basilea III.....	614
3.	MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO.....	614
3.1.	El papel de la Superintendencia Financiera.....	614
3.2.	Calificación de accionistas y administradores.....	615
3.3.	Autorización de constitución y de funcionamiento.....	616
3.4.	Posesión de funcionarios.....	618
3.5.	Forma de cumplimiento de las leyes.....	620
3.6.	Forma y aprobación de contratos.....	621
3.7.	Aprobar la publicidad.....	621
3.8.	Calificar la existencia de conflictos de interés.....	622
3.9.	Aceptación de renuncia del fiduciario.....	622
3.10.	Remoción del fiduciario y designación de administrador interino.....	622
3.11.	Absolución de consultas.....	623
3.12.	Imposición de sanciones.....	623
3.12.1.	Institucionales.....	623
3.12.2.	Personales.....	624
3.13.	Imposición de ciertas obligaciones.....	625
3.14.	Señalamiento de las tarifas.....	625

CAPÍTULO II

Regulación fiscal y contable del contrato de fiducia mercantil

1.	RÉGIMEN TRIBUTARIO	627
1.1.	Contratos de fiducia mercantil	629
1.1.1.	El sujeto pasivo de los impuestos y el principio de la transparencia	632
1.1.2.	Los impuestos de renta y ganancia ocasional	633
1.1.2.1.	Se gravan en cabeza del beneficiario	633
1.1.2.2.	Evento en que se grava en cabeza del constituyente	636
1.1.2.3.	El patrimonio autónomo como contribuyente	637
1.1.3.	Las obligaciones formales son de cargo del fiduciario	638
1.1.4.	El impuesto de valor agregado	639
1.1.5.	Los impuestos sobre sucesiones o donaciones	641
1.1.6.	Los impuestos sobre el patrimonio o la fortuna	642
1.1.7.	La retención en la fuente	643
1.1.8.	El impuesto de timbre	645
1.1.9.	Acción contra los bienes fideicomitidos	645
1.1.10.	Los impuestos municipales	646
1.1.10.1.	De industria y comercio	646
1.1.10.2.	Predial	647
1.1.11.	Los impuestos a las transacciones financieras	648
1.1.12.	Derechos notariales	651
1.2.	Encargos fiduciarios	651
2.	ASPECTOS CONTABLES	652
2.1.	Facultades de la Superintendencia Financiera	654
2.2.	Contabilidad de las sociedades fiduciarias	654
2.3.	Contabilidad de los fideicomisos	655
2.3.1.	Las cifras de los patrimonios no ingresan al balance de la fiduciaria	655
2.3.2.	Reglas para su registro en cuentas de orden	656
2.3.3.	Separación contable frente a la fiduciaria y entre los fideicomisos ..	658
2.4.	Informes a la Superintendencia Financiera	658
2.5.	Conservación de los archivos	658
2.6.	Principales dificultades frente a la contabilidad de los fideicomitentes	659
2.7.	Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)	659