

DERECHOS FIDUCIARIOS: UNA ALTERNATIVA DE INVERSIÓN Y FINANCIACIÓN

TRUST RIGHTS : AN ALTERNATIVE INVESTMENT AND FINANCING

RECIBIDO: febrero 19 de 2014
ACEPTADO: marzo 20 de 2014

Fernando Rolon Nieto¹

Resumen

A diario se escucha hablar de términos como: derechos fiduciarios, encargos fiduciarios, patrimonios autónomos, fideicomisos, y otras expresiones o servicios que se presentan dentro del sector financiero; sin embargo, estos términos no siempre son bien asimilados por el escucha o por el lector pudiendo estos caer en ambigüedades o imprecisiones conceptuales o de aplicación pues en algunos casos son una figura de inversión (visto desde una óptica) y en otros constituyen una figura de financiación (como contraparte de la inversión) y en otras es un mecanismo de recaudo y posterior desembolso (cuando se contratan pagos o giros); por lo tanto, aunque el término pueda llegar a ser el mismo, su aplicación no siempre lo es, siendo entonces conveniente establecer precisiones sobre el tema.

Ahora bien, en la medida en que continúen los flujos de capital extranjero, se presenten proyectos inmobiliarios, lleguen nuevas sociedades extranjeras, se expanda el mercado de capitales vía bolsa de valores, etc., conviene ambientar al lector sobre el tema fiduciario para tratar de que este tenga medianamente claro cómo funcionan estas figuras, la importancia que ellas tienen, cuáles son sus alcances, que tipo de limitantes existen y demás situaciones que le caracterizan, condicionan o limitan su actuar, sobre el entendido de que no todas las figuras serían aplicables en todas las situaciones.

Palabras Clave: Derechos Fiduciarios, Patrimonio, Inversión, Desembolso.

Abstract

Daily, we hear people talk about terms such as fiduciary rights, trust funds, pension trusts, and other expressions, or services related with financial sector, however these terms not are always well assimilated by the listener or the reader, consequently they can fall into ambiguities and conceptual inaccuracies or inappropriate application because in some cases they are a figure of investment (it is a matter of perspective), others constitute a financing option (as a counterpart of the investment) and some others function as mechanisms for collection and subsequent disbursement (when payments are contracted), so although the word can be the exact same, the application can be different, therefore it is appropriate to provide details about the subject.

However, while foreign capital and new companies continue to arrive, building projects arise, the capital market continues growing, more international agreements with countries such as China, India, etc. are signed, and to turns out more convenient to make the reader familiar with the real concept and applications of the trust funds and others fiduciary figures, because it is absolutely necessary to know, clearly, how these figures operate, the importance they have, what their achievements are, what kind of limitations exist and other situations that characterize it, condition or limit their actions, with the understanding that not all figures would be applicable and helpful in all situations.

Keywords: Trust rigths, heritage, Investment, disbursement.

¹ Universidad Libre Seccional Barranquilla. frolon@unilibrebaq.edu.co

HISTORIA Y AMBIENTACIÓN LEGAL



La fiducia, como mecanismo o figura financiera, no es algo en esencia novedoso. Ha existido a lo largo de la humanidad y su origen se remonta a actos de confianza, desde los cuales deriva su denominación y significación. La palabra fiducia significa fe, confianza. Luego esta "figura" se fue perfeccionando hasta la aparición de los dogmas romanos consignados en las llamadas doce tablas quienes para entonces empiezan a hablar de las transferencias de bienes para la administración y posterior restitución, basado en el llamado principio de la buena expresión que aún hoy día se emplea en casi todas las legislaciones del orbe.

Con el pasar del tiempo, ya con el entorno del feudalismo y con los postulados del derecho anglosajón se dio el TRUST mediante la figura del USE que consistió en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento, a favor de un prestahombre, quien la poseería en provecho del beneficiario (o *cestui* que significa use en el término sajón).

Para el caso colombiano, la normatividad relacionada con los derechos fiduciarios, y sus diferentes y posteriores figuras nacientes con el tiempo, se encuentra en el Título VIII del Código Civil expresando la llamada propiedad fiduciaria. Otras normas relacionadas que le adicionan y complementan son las que siguen:

- Ley 45 de 1923: Definió el encargo de confianza como una operación autorizada a los bancos a través de sus secciones fiduciarias.
- D. R. 410 de 1971: Código de Comercio, y en su título XI regulada la llamada fiducia mercantil dando

nacimiento al patrimonio autónomo integrado por una serie de bienes que son transferidos en propiedad.



- Ley 45 de 1990: (En el marco de la apertura económica) Impulsó la actividad fiduciaria, la cual solo podía ser prestada por sociedades anónimas con ese objeto social previa autorización del Estado por la Superintendencia Bancaria la cual posteriormente se fusiona con la Superintendencia de Valores creando lo que hoy día es la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Decreto reglamentario 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF): Diseñado para regular lo dispuesto en la ley 5a. de 1991 y otras disposiciones que nacieron como consecuencia de la modernización del Estado y la delegación a particulares de funciones estatales; le imprime y da una dinámica al sector financiero, y define el tipo de actividades, los alcances, las prohibiciones, limitaciones y regulación general para la prestación del servicio financiero incluido el encargo fiduciario.

- Ley 80 de 1993 (Contratación Estatal): Extiende la figura fiduciaria a la administración pública en temas de recaudos, licitaciones y contratación, la que poco a poco se generalizó en casi todos los procesos de contratación estatal.

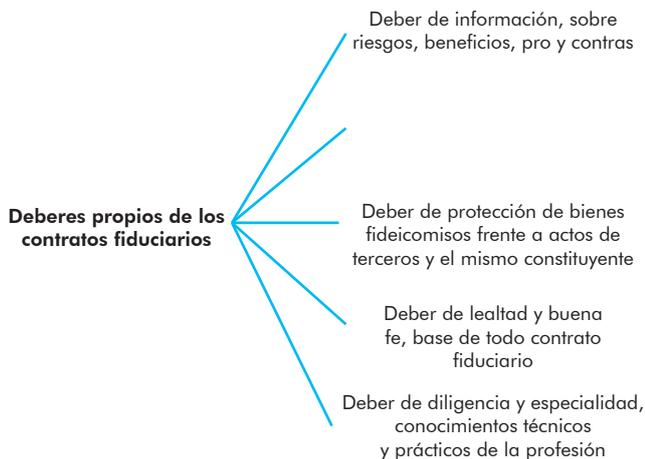
Ya en términos de la Superintendencia Financiera de Colombia, los negocios fiduciarios se encuentran definidos y reglamentados en el Título Quinto de la Circular Básica Financiera (CBCF 100 de 1995) y consideraciones posteriores, y por ello se entiende:

"... por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero..."

Por su parte, el Artículo 1226 y siguientes del C. de C., y los Artículos 29 y 146 del EOSF, que hablan sobre la transferencia de bienes especificados a un tercero (fiduciario) que adquiere la obligación de administrarlos o enajenarlos con el fin de dar cumplimiento a las indicaciones impartidas por quien constituye el acto bien sea en su provecho o de un tercero (beneficiario o fideicomisario).

Ya en términos concretos, todo contrato de fiducia debe contener, además de las disposiciones generales de los contratos financieros definidos en el Artículo 146 del EOSF, los siguientes:

Intervinientes en un contrato de fiducia (fideicomiso o fidecomiso)



El fideicomitente (o beneficiario): Es quien entrega o los transfiere al fiduciario quien procede a su administración o enajenación a beneficio del fideicomitente. Por su labor apropia una comisión por administración. Se puede presentar el caso en que tanto el beneficiario como el fideicomitente sean la misma persona; es decir, si alguien entrega el bien es el mismo que recibe posteriormente los beneficios generados por el mismo luego de un período de administración de la fiducia, siendo fideicomitente (cuando entrega el bien) y beneficiario y fideicomitente a la vez (cuando recibe el producido del mismo). La norma no establece distinción alguna, así que el beneficiario puede ser persona natural o jurídica, del derecho público o privado, nacional o extranjero, singular o plural.

El fiduciario: Viene a ser la persona jurídica, constituida bajo las normas del caso, autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera que se encarga de la ejecución contemplada en el objeto del contrato fiduciario con las limitaciones o atribuciones que le ha impuesto el fideicomitente en el mencionado documento. Dicho de otro modo, goza de la propiedad pero en caso de incumplir lo pactado contractualmente pierde ese goce y debe restituir el bien en cuestión, en las mismas condiciones que le fue entregado pues mientras permanezca bajo su dominio se hace responsable del mantenimiento del mismo, así como

del deterioro que se llegasen a presentar siempre que se especifique que el goce de la propiedad no esté a su libre albedrío.

El fideicomisario: Es quien al final resulta beneficiario del producido del bien durante el contrato y se le llama así siempre que él no haya sido quien ha entregado el bien (propietario o poseedor) sino viene a ser un tercero (o terceros) de acuerdo a lo pactado o la forma como se haya constituido el encargo.

Tipos de Fiducia aplicables en Colombia

Como se puede apreciar, el negocio o figura de la fiducia no es realmente algo novedoso, pero sí ha tenido cambios en el tiempo y según la legislación colombiana, que ha adoptado esquemas de otros sistemas bien sea por copia, costumbre o necesidad, y distingue varios tipos o clases de fiducia:

Fiducia de inversión (fideicomiso de inversión): De acuerdo con la normatividad vigente sobre el tema en Colombia, la Fiducia de Inversión se presenta cuando el dinero objeto de administración sea invertido por la sociedad fiduciaria en opciones (financieras o no según lo disponga el fideicomitente) con las que se logre alcanzar una rentabilidad al poseedor inicial. Usualmente obedecen a los productos de inversión estructurados, destacándose entre ellos:

Cartera Colectiva (hoy Fondo de Inversión Colectiva): En este caso una pluralidad de inversionistas entregan una recursos (en ese momento hay captación), para que sean invertidos de acuerdo con el perfil de riesgo de quienes lo entregan y así obtener unos beneficios de manera colectiva y que se redistribuyen en forma proporcional. En virtud de los D.R. 2175 de 2007 y 2555 de 2010. A su vez se clasifican así:

Fondos de inversión abiertos, en ellos la redención se puede dar en cualquier momento, no hay un plazo determinado y tienden a ser las menos rentables.

Fondos de inversión escalonados, en este caso la redención solo se puede realizar una vez transcurran los plazos determinados en el reglamento.

Fondos de inversión cerrados, en ellos la redención solo se puede realizar al final del plazo previsto para la duración del contrato.

Fondos de inversión por compartimentos, en estos,

con un único reglamento podrán tener compartimentos con diferentes características y planes de inversión.

Fondos de capital privado (FCP) es dinero aportado por inversionistas calificados, los cuales se agrupan para constituir los llamados Fondos de Capital Privado (FCP). Este tipo de inversiones se distinguen de otras porque el objeto de la misma se da dentro de la etapa preoperativa, es decir, se presentan en proyectos que (a juicio de los inversionistas calificados) se estiman potencialmente rentables y se basa en valoración presente de los flujos que se generarían en el proyecto. Por su connotación, existe un acompañamiento y asesoría tanto operativa como financiera y legalmente, sin dejar a un lado los contactos comerciales.

Portafolios Individuales, vienen a ser un conjunto de diferentes alternativas de inversión a partir de las cuales, la estructuración del portafolio de inversión se hace de acuerdo, y en consenso, con las preferencias del inversor quien puede recomponer las inversiones en el momento que lo desee y participa en las decisiones que sobre él se generen.

¿Cómo se observa la fiducia en la cotidianidad?

En este mercado cada día toma más fuerza, y se observa frecuentemente, la constitución de proyectos inmobiliarios vía fiducia, que continúa evidenciando el auge que ha tomado la construcción en Colombia desde mediados de 2013. En esta figura los interesados en la adquisición de inmuebles (habitacionales o comerciales), entran al juego entregando dineros a la fiducia hasta constituir la cuota inicial del bien o más allá de ella. Por su parte, la entidad fiduciaria se encarga de la administración de esos recursos, hace las inversiones que a bien considere y sirve como ente de transparencia y respaldo a los clientes.

Entonces en esta figura se distinguen varias etapas, la primera de ellas es la de preventa y en esta se reúnen los recursos de quienes invierten sobre planos y en la medida en que se vayan adhiriendo más inversionistas apropián la valorización del mismo. En esta etapa aún no ha iniciado la construcción. Posteriormente, una vez se llegue al punto de equilibrio estimado, se procede a la



etapa de construcción del(os) inmueble(s) que para entonces ya han cambiado de precio vía valorización.

Por último, se presenta la etapa de escrituración de las propiedades y liquidación final de la fiducia.

Esta herramienta y modalidad fiduciaria facilita varios procesos:

- Agiliza operaciones entre las partes pues los compradores tienen la opción de ir consignando recursos en forma periódica sin excederse del plazo pactado, casi siempre un año, sin que les reste liquidez inmediata.
- La entidad fiduciaria, o el constructor, asesora al cliente en la obtención de los recursos en caso de que éstos se den vía crédito pues cuentan con entidades financieras que se adhieren al proyecto en virtud de la presencia de la figura de la fiducia.
- Da transparencia, ya que por el hecho de estar involucradas entidades vigiladas por el Estado, se deben establecer los filtros del caso frente a la prevención de dineros de dudosa procedencia y los postulados del SARLAFT.

Lo descrito es una modalidad de la llamada fiducia de administración, mecanismo en el cual el fideicomitente encomienda a la Fiduciaria la administración de bienes o recursos, que por lo general, implícitamente lleva asociada una gestión de tipo administrativo, jurídico, contable, financiero, entre otras. De la Fiducia de Administración, además de la arriba relacionada, se desprenden varias modalidades:

Fiducia de administración de recaudos y pagos.

La Fiduciaria recauda o recibe en nombre del Fideicomitente, generalmente a través del sistema financiero, parte o la totalidad de sus ingresos, destinando los recursos recaudados a la realización de los pagos por él ordenados. Es de mucha utilización y garantía en procesos liquidatorios al amparo de la Ley 617 o de insolvencia (en cuyo caso en el que toma el nombre de fiducia de normalización de obligaciones) o que impliquen operaciones en los que se involucre a las tesorerías del Estado.

Administración de garantía o fuente de pago.

En este caso, el fin es la constitución de un patrimonio autónomo a través de la transferencia de unos activos determinados, para que estos a su vez se constituyan en fuente de pago (o garantía en algunos casos), de las obligaciones en curso o futuras a cargo del Fidei-

comitente. Un claro ejemplo de ello es cuando una empresa compromete su caja (por ejemplo, lo pagado por los clientes de un almacén vía dinero plástico) y con estos recursos que forman parte del patrimonio autónomo se le cancela a una obligación (crédito rotativo, por ejemplo) y de cuyo cupo establecido también se puede girar a terceros de acuerdo con las necesidades del Fideicomitente.

Entonces, por un lado la obligación se cancela con los pagos con tarjeta (débito o crédito), garantizando así la disponibilidad del cupo o una parte del cupo de la obligación; a su vez se garantizan los giros a terceros (proveedores, por ejemplo) y por estar manejando la entidad financiera un mayor volumen de dinero, se mejora el nivel de reciprocidad y con ello se pueden obtener beneficios adicionales del banco. Por último, por su configuración de patrimonio autónomo (es independiente al de la empresa, los socios y la entidad financiera) no podría ser objeto de embargo salvo sanción o decisión judicial.



Administración de proyectos de infraestructura.

En este tipo de negocio la Fiduciaria administra parte o la totalidad de los recursos y derechos patrimoniales asociados a un proyecto

de infraestructura, de manera que su estudio y análisis merece un capítulo aparte pues suelen ser operaciones muy complejas que implican recursos públicos y minucia legal (Ley 80 o de contratación y normas posteriores), pero en todo caso, la sola presencia de un ente estatal implica garantías y situaciones muy puntuales en cada caso pues también aplican las disposiciones regionales en materia de tributos y condiciones en general de la jurisdicción territorial y dentro del marco nacional, según sea el caso.

CONCLUSIONES

Como puede inferirse, el negocio fiduciario no puede circunscribirse a una serie de acciones y eventos que tiene por objetivo la administración de un tercero frente a unos recursos propios, es un concepto mucho más amplio pues se constituye por una serie de factores o eventos que no siempre son comunes en todos los casos.

Toma importancia y relevancia el hecho que de ellos tienen un especial boom los asociados a la construcción en Colombia, sobre el entendido que este renglón de nuestra economía, el sector de la construcción, en forma tradicional, es uno de los que más genera empleos en forma directa e indirecta; por ello, los movimientos que en él se presenten tienen considerables incidencias en términos de economía nacional, igual sucede en otros países.

En consecuencia, el conocimiento, manejo y dominio de mecanismos como los expuestos antes son necesarios para poder entender la dinámica tanto del sector de la construcción (en donde tiene mayor cavidad) como en otros en los que se puede emplear. Por lo tanto, la aplicación y uso de productos fiduciarios tanto para operaciones de inversión como medio de pago o forma de financiación generan una oportunidad de mercado dependiendo del lado en que se encuentre el concursante. También pueden servir como mecanismo de cobertura en el tema de pagos de obligaciones; en especial los casos en que se involucran procesos de insolvencia, se contrata con el Estado o se entregan recursos en garantía para operaciones financieras cualquiera que ella sea. De hecho, es una alternativa casi perfecta y muy recomendable cuando se presentan ganadores de grandes premios de juegos de azar.

A su vez, por ser una figura de corte internacional y muy desarrollada en otras latitudes, con ella se puede traspasar fronteras a título de inversión (como brokers, por ejemplo) o como ahorro, tipo plan de retiro figura muy usada en Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

http://www.asofiduciarias.org.co/cartillaimport.aspx?id_cartilla=1

http://www.asofiduciarias.org.co/cartillaimport.aspx?id_cartilla=2

<http://www.manejatusfinanzas.com/Loquenecesitassaber/QUEESLA-FIDUCIARIA/tabid/251/language/es-CO/Default.aspx>

<http://www.asofiduciarias.org.co/abc-fiducia>
<http://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html>
<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?|-S e r v i ->

cio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15493

http://sistemafinanciero.galeon.com/index_archivos/page0007.htm

http://www.fedelonjas.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=513:inmobiliario&catid=39:noticias

Ministerio de Hacienda y Crédito. 2555 de 2010
Disponible en: <http://www.gerencie.com/tabla-de-retencion-en-la-fuente-para-el-2014.html>

Ley 51 de 1990. Normativa sobre los TES
Concepto DIAN 0105918 del 24 de diciembre de 2009.

Decreto 1076 de 2007 – Títulos susceptibles de calificación financiera. Disponible en:
<https://www.fiducoldex.com.co/index.php?doc=displaypage&pid=189>

<http://www.portafolio.co/opinion/blogs/viva-vision-de-valores-sa/que-son-fondos-de-capital-privado>
<http://obligaciones1udec.blogspot.com/p/patrimonio-autonomo.html>

Rengifo García, E. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Azuero, S. (AÑO). *Negocios fiduciarios, su significación en América Latina*.