

La «fiducia en administración y fuente de pago» como instrumento de seguridad para la efectiva realización de los negocios

Ana María Giraldo Hoyos

Daniela Yepes Romero

Universidad Pontificia Bolivariana  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2018

La «fiducia en administración y fuente de pago» como instrumento de seguridad para la efectiva realización de los negocios

Ana María Giraldo Hoyos

Daniela Yepes Romero

Trabajo de grado para optar al título de abogadas

Asesor

NÉSTOR RAÚL LONDOÑO SEPÚLVEDA

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2018

## Resumen

El presente trabajo se encarga de desarrollar el contrato de Fiducia mercantil consagrado en el Código de Comercio de 1971. La fiducia mercantil es un contrato por el cual, una persona encarga a otra para que cumpla con una finalidad específica, en relación a unos bienes concretos, a favor de uno o varios beneficiarios. Este contrato es celebrado en la actualidad para el desarrollo de diferentes negocios, garantizando así seguridad y confianza para sus partes, esto esencialmente debido a que la entidad fiduciaria es un ente profesional y regulado. Generando un patrimonio autónomo, lo cual es uno de los grandes atractivos de esta figura. Analizaremos específicamente la Fiducia en administración y fuente de pago, la cual se entiende que facilita la confianza entre el acreedor y deudor, proporcionando mayor seguridad para el negocio jurídico. Así, este artículo tiene como objetivo mostrar que la fiducia en administración y fuente de pago a pesar de que genera gran seguridad, nunca será una garantía que cubra el riesgo en su totalidad.

**Palabras claves:** Fiducia mercantil, Fiducia en administración y fuente de pago, seguridad, contratos, patrimonio autónomo.

## **Introducción**

En Colombia es común encontrar que cuando las personas requieren algún tipo de financiación para el desarrollo, bien sea de sus negocios o de sus intereses personales, acuden a las entidades financieras con el fin de obtener dichos recursos. A la hora que se hace efectivo dicha financiación por medio del sin fin de opciones que las entidades financieras ofrecen, estas requieren algún tipo de seguridad o garantía que pueda cubrir el riesgo que se presenta en este tipo de negocios.

Esto no solamente se presenta en las entidades financieras, sino también, en las empresas en las cuales se celebren diferentes tipos de contratos y requieran una seguridad o garantía para que se mitigue el riesgo del incumplimiento de la contraparte.

Tanto las entidades financieras como las empresas buscan este tipo de cobertura de riesgo, debido a que muchas veces se ve involucrado gran parte de su patrimonio que podría verse afectado por la ocurrencia de diferentes factores que se presenten en la ejecución de los diversos tipos de contratos. Por lo anterior, requieren una seguridad, la cual podría darles tranquilidad y confianza en la contraparte para la debida ejecución del contrato celebrado, lo cual explica que una de las opciones que tanto las entidades financieras como las empresas escogen, es la figura de la fiducia mercantil.

Este trabajo es realizado en el marco de la práctica corporativa realizada en empresas del sector financiero y el sector real, donde se observó la mecánica del contrato mercantil desde un aspecto práctico.

Este artículo pretende desglosar el contrato de fiducia mercantil con sus respectivas características, el patrimonio autónomo y la responsabilidad en sus generalidades; analizando mayormente la fiducia en administración y fuente de pago como un instrumento de seguridad para

la realización de diferentes negocios y las dificultades que se presentan en la práctica de la realización de este contrato, lo cual permite generar una perspectiva más clara de los pro y contra de este contrato mercantil.

Así las cosas, se busca analizar la efectividad de la fiducia mercantil en administración y fuente de pago, la cual es usada frecuentemente para garantizar o asegurar las obligaciones provenientes de un contrato mercantil, basándonos en la normatividad aplicable y en los textos de autores sobre el tema.

Por consiguiente se desarrollara, en primer, lugar los Antecedentes de la fiducia mercantil; en segundo lugar, Características de la fiducia mercantil en Colombia; y en tercer lugar, la Fiducia en administración y fuente de pago.

### Antecedentes de la Fiducia mercantil

El origen de la figura de Fiducia mercantil se debe en primer lugar analizar desde la figura del Derecho Romano y en segundo lugar desde el Derecho anglosajón, debido a que la doctrina se encuentra dividida.

En el derecho Romano se desarrolló el tema de la fiducia en dos figuras. En primer lugar, **el fideicomissum** es el acto del derecho sucesorio, se trataba del acto por el cual, el disponente le encarga al fiduciario toda o parte de su herencia, para que la transmita a una tercera parte conocida como fideicomisario, el encargo se fundamentaba en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución, para que el testador hiciera efectiva su voluntad. En segundo lugar, en este caso el negocio dependía de la buena fe, pero luego surgió la figura del **praetor fideicomissarius, y el pactum fiduciae**, implicaba un acuerdo de voluntades donde, una parte le entrega a otra la propiedad de determinado bien; y el último debía devolverlo al primero o emplearla en cierto destino en el caso de que ocurriese una circunstancia prevista por las partes. Este pacto podía ser: 1) De garantía, el deudor entrega a un acreedor la propiedad de una cosa, para que esta garantizará el cumplimiento de la obligación. La cosa debía devolverse en el momento en que se produjera el pago. 2) De confianza: el fiduciante pretendía asegurar sus bienes, por lo que le confiaba a otra persona la administración de estos, prefiriendo transferir el dominio para que se tuviera una mayor capacidad de actuación frente al bien. Luego estas modalidades no fueron usadas, debido a que surgieron otras con mayor garantía de confianza (Arrubla Paucar, 2013, pág. 101).

Adicionalmente, en el Derecho Ingles, anglosajón, surge la figura llamada *trustee*. El *settlor* o el fideicomitente, es la parte que transfiere su propiedad a un tercero para que cumpla u obtenga un propósito determinado; *trustee*, es la parte que recibe el encargo y la propiedad del

fideicomitente; y *cestuie qui trust*, es la parte que percibe los bienes o el crédito que se produce como consecuencia de la ejecución del encargo (Arrubla Paucar, 2013, pág. 106)

En Colombia la fiducia fue regulada desde el derecho mercantil, en el código de comercio, influenciada mayormente por el derecho Romano, además se regulo una figura diferente, llamada propiedad fiduciaria en el código civil.

## Características de la fiducia mercantil en Colombia

El código de comercio de 1971, en el artículo 1226 trae la definición del contrato de fiducia mercantil, en el cual una parte (fiduciante) encarga a otra parte (fiduciario), administrar o enajenar en relación con unos bienes concretos, cuya titularidad le transmitirá, con el propósito de que pueda cumplir el fin propuesto a favor de los beneficiarios, lo cual genera una remuneración.

El contrato de fiducia mercantil es un contrato consensual o solemne, en un principio por regla general era solemne, según lo establecido en el art 1228 del código de comercio de 1971, pero con la entrada en vigencia del Estatuto financiero (D.663 de 1993) modifico el artículo del código de comercio, estableciendo la consensualidad en esta figura. Es un negocio jurídico de colaboración en tanto las partes buscan un interés común; sus propósitos no pueden estar encontrados, y debe requerirse la buena fe a los intervinientes (Arrubla Paucar, 2013, pág. 127)

Adicionalmente, es un contrato plurilateral, compuesto por tres partes, para el beneficiario y para la fiducia surgen obligaciones al momento de la celebración del contrato, mientras que el beneficiario goza de expectativas, estando obligado a respetar el contrato en su integridad; es un contrato generalmente de adhesión, pues el sector financiero constantemente impone el contenido del contrato, presentándolo en formatos preestablecidos por estos, sin que la otra parte pueda discutir o agregar algo importante con lo que no está de acuerdo al formato. Lo anterior es importante en tanto a la interpretación del contrato cuando se requiera, evitando la concurrencia de diferentes cláusulas abusivas que son frecuentes en este tipo de contratación; es un contrato atípico desde el punto de vista de la tipicidad social; es un contrato oneroso (Arrubla Paucar, 2013, pág. 127).



Con base en lo establecido en el Código de comercio, el contrato de fiducia mercantil tiene tres sujetos: fiduciante o fideicomitente, fiduciario y beneficiario o fideicomisario. Los cuales cumplen una función específica en el contrato de fiducia mercantil.

El fideicomitente o fiduciante, es el sujeto que transfiere los bienes al fiduciario, que es una persona jurídica que debe ser autorizada y vigilada por el Estado, para que este último los administre o los transfiera, según la finalidad establecida por el fideicomitente en el acto de constitución.

El beneficiario o fideicomisario, es la persona en cuyo favor se constituyó la fiducia y, por lo tanto, el fiduciario deberá transferirle si es el caso los bienes al momento que se cumpla la finalidad establecida por el fideicomitente o fiduciante en el acto de constitución. El beneficiario puede ser un tercero, o el mismo fideicomitente.

En Colombia, sólo pueden ser fiduciarias aquellas entidades de servicios financieros que se constituyan como sociedades anónimas y estén autorizadas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, entidad que además ejerce sobre ellas la inspección, control y vigilancia.

Este tipo de contratos es muy común encontrarlos hoy en día, debido a que “la utilización de la fiducia mercantil responde a un sin número de necesidades de orden práctico de los empresarios comerciales, con un propósito o finalidad fundamental: *“obtener seguridad y confianza en sus operaciones”* (Arrubla Paucar, 2013, pág. 136). Siendo entonces, la fiducia mercantil, un instrumento que facilita la realización de los negocios, puesto que en los acreedores se genera un sentimiento de confianza hacia los deudores.

Es importante aclarar que existen dos modalidades del negocio fiduciario, los cuales son: encargo fiduciario y fiducia mercantil. La diferencia entre estas dos figuras radica en que en el encargo fiduciario no se transfiere la propiedad de los bienes, es decir, los bienes fideicomitados no

salen del patrimonio del fideicomitente y como consecuencia de esto, no se constituye un patrimonio autónomo. Este trabajo se centra en la fiducia mercantil, en la cual, si hay una transferencia de bienes, saliendo estos del patrimonio del fideicomitente y constituyéndose un patrimonio autónomo el cual es sujeto de derechos y obligaciones (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2015).

El código de comercio de 1971, menciona que al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, se presenta la separación de los bienes fideicomitados y la conformación de un patrimonio autónomo. En su artículo 1233 consagra que *los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo* (Código de comercio, 1971, pág. 185).

La conformación de un patrimonio autónomo es uno de los factores que convierten al contrato de fiducia mercantil muy llamativo para las partes; consiste en que los bienes fideicometidos forman un patrimonio autónomo, cuya finalidad es el cumplimiento del encargo que el fideicomitente o fiduciante estableció.

Este patrimonio autónomo está formado por los bienes fideicometidos por el fiduciante. Carece de personalidad, su titular es la entidad fiduciaria, con algunas restricciones propias de esta entidad, asimismo, solamente responde este patrimonio autónomo por las obligaciones en desarrollo de la finalidad perseguida con esta fiducia. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo no hacen parte de la prenda general de los acreedores de ninguna de las partes. Están los acreedores del fideicomisario y del beneficiario, legitimados para perseguir los bienes que se encuentran en el patrimonio autónomo (Arrubla Paucar, 2013, pág. 116).

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de agosto de 2005, expediente 1909 que los patrimonios autónomos “*Se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica*” (Arrubla Paucar, 2013, pág. 191)

En cuanto a la titularidad el contrato de fiducia mercantil implica la transmisión de la propiedad hacia la entidad fiduciaria, para constituir un patrimonio autónomo del cual ésta es titular. La transferencia que de los bienes hace el fiduciante no comprende la plenitud del dominio sino sólo la titularidad legal necesaria para que la fiduciaria pueda realizar los actos de administración y enajenación exigidos por la finalidad prevista en el acto constitutivo (Arrubla Paucar, 2013, pág. 121)

El patrimonio autónomo no es persona jurídica y como tal no es sujeto de derechos y obligaciones. En tal condición tampoco tiene capacidad para ser parte en el proceso. Ahora, de conformidad con el Artículo 1234 del Código de Comercio, la legitimación en la causa para actuar en juicio tanto por activa como por pasiva, le corresponde a la sociedad fiduciaria, es titular del patrimonio autónomo y tiene el deber de defender sus intereses. (Arrubla Paucar, 2013, pág. 192)

*“Será por tanto la fiducia quién deba actuar como demandante o demandada, según el caso, pero en uno y otro evento indicando con precisión y claridad que actúa como titular de un patrimonio autónomo el cual deberá además identificar”* (Arrubla Paucar, 2013, pág. 192).

Así las cosas, al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, se crea un patrimonio independiente al del fiduciario y al del fideicomitente, de tal forma que los bienes fideicomitados ya no pertenecen al patrimonio del fideicomitente, sino que estarán afectos al cumplimiento de la finalidad establecida en la constitución de la fiducia (Superintendencia Financiera, 2014).

En Colombia, según el código de comercio de 1971, únicamente los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias que se encuentren autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán tener la calidad de fiduciarios, que es la sociedad que se encarga de realizar todas las gestiones correspondientes a la constitución del fideicomiso, administración de los bienes, entre otras.

La responsabilidad de la Fiduciaria se da como tal en la etapa contractual. La misma se establece bajo un presupuesto del incumplimiento de la prestación; para el incumplimiento de la prestación se consagran previsiones legales y de igual forma se pueden estipular cláusulas penales como resultado de la previsión de las consecuencias del incumplimiento. La fiduciaria, no es una aseguradora de los bienes, y solo responde cuando ha dejado de cumplir con sus obligaciones. Es indispensable actuar de buena fe, la buena fe lo obliga a poner toda su diligencia, toda su experiencia, toda su experticia, de acuerdo a su *lex artis*, para que la gestión sea exitosa. La fiduciaria debe atender con la mayor diligencia posible los asuntos que se le encargan, entonces tal incumplimiento lleva a que la fiduciaria responda hasta la culpa leve, esto daría lugar a que la fiduciaria respondiera por toda clase de culpa, es decir, no puede exonerarse si no cuando actúa con total diligencia (Arrubla Paucar, 2013, pág. 138).

En tanto a las diferentes formas de terminación del contrato de fiducia, el artículo 1240 del Código de Comercio señala las causales de terminación, las cuales son, haberse realizado plenamente sus fines; generarse imposibilidad absoluta para realizarlo; expiración del plazo o del término señalado por la ley; si el contrato estaba sometido a condición resolutoria por el cumplimiento de esta; o por no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva; cuando ocurre la muerte del fiduciante o del beneficiario si así se señaló en el acto constitutivo como causa de extinción; cuando ocurre la disolución de la entidad fiduciaria; por acción de los

acreedores anteriores al negocio fiduciario; en cuanto se declare la nulidad del acto constitutivo; por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario; y por revocación del fiduciante, si expresamente se reservó ese derecho.

Por otro lado, a la hora de constituir una fiducia mercantil, el fideicomitente tiene varias opciones en cuanto al tipo de fiducia mercantil que quiera constituir.

En la legislación colombiana, se clasifican los tipos de negocios fiduciarios en:

**Fiducia de inversión:** La cual tiene como finalidad la colocación o inversión de cualquier título de sumas de dinero.

**Fiducia inmobiliaria:** Su finalidad es la administración de los recursos y bienes destinados a proyectos inmobiliarios, en este caso el dueño del inmueble, busca a una entidad con experiencia en el área para que reciba el bien como un encargo al desarrollo inmobiliario ya que desea iniciar una obra importante en la ciudad. Ese encargo consiste en: contratar la construcción con la persona señalada en el fideicomiso, vigilar y supervisar la marcha de la obra en construcción, terminado el edificio debe dividirlo en propiedad horizontal y entregar el dominio pleno a la empresa inmobiliaria, la empresa inmobiliaria contrata con la fiduciaria la construcción del edificio, señalan los honorarios que le corresponden y el plazo en el que debe entregar la obra.

### **Fiducia en garantía**

La cual consiste en la transferencia de bienes a una sociedad fiduciaria con la finalidad de garantizar obligaciones propias o de terceros. Hace referencia a una situación: El deudor o la persona interesada en realizar operaciones de crédito, transfiere a una fiduciaria un bien mueble o inmueble con la finalidad de que en caso de que no se cumpla o pague la obligación, se venden esos bienes realizando el avalúo correspondiente. De igual forma tiene una finalidad económica

que es garantizar las obligaciones presentes o futuras, es muy efectiva porque los acreedores se evitan llegar a instancias judiciales

### **Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionado**

La cual consiste en la entrega de bienes, transfiriendo o no su propiedad, a una sociedad fiduciaria para esta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el fideicomitente, esta tiene dos modalidades: pasivos pensionales y recursos de la seguridad social.

### **La fiducia en administración**

La cual consiste en la entrega por parte del fideicomitente a una sociedad fiduciaria unos bienes para que los administre y desarrolle la gestión que el fideicomitente indico en el acto de constitución, destinando los bienes y sus correspondientes rendimientos, al cumplimiento de la finalidad establecida por el fideicomitente (Superintendencia Financiera, 2014).

Después de mencionar las generalidades del contrato de fiducia mercantil y detallar como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, el objetivo es enfocarse en la fiducia en administración y fuente pago, la cual es una figura muy utilizada hoy en día, debido a que los acreedores les exigen a sus deudores una seguridad a la hora realizar los contratos.

### **Elementos de la fiducia en administración en la modalidad de fuente de pago**

La fiducia de administración, es aquella en la cual el fideicomitente le entrega unos bienes a la sociedad fiduciaria para que esta los administre y desarrolle la gestión establecida por el fideicomitente en el acto de constitución. Esta fiducia tiene varias modalidades, en las cuales se encuentran: Administración de procesos de titularización, Administración de cartera, Administración de procesos concursales y administración y fuente de pagos. El enfoque de este trabajo será solamente para la última.

En esta modalidad de fiducia, el fideicomitente transfiere a la sociedad fiduciaria dineros, activos, contratos, para que esta los reciba, administre, invierta y finalmente los destine a efectuar ciertos pagos que fueron indicados por el fideicomitente en la constitución (Fiduciaria Davivienda S.A, 2012).

Este tipo de fiducias *“tiene como finalidad la administración de sumas de dinero y/u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que le señale”* (Superintendencia Financiera, 2014).

Con base en lo anterior, las entidades financieras y las empresas usan este esquema a modo de seguridad o garantía frente a las obligaciones del deudor, puesto que al generarse una fuente de pago constante, siendo este el mejor escenario, se cubriría un riesgo en cuanto al pago del valor del contrato.

Con este modelo fiduciario, se busca que los bienes, contratos, dineros, entre otros, que se entregan a la entidad fiduciaria, la cual está vigilada y controlada y, adicionalmente, tiene amplia experiencia en el manejo de estos negocios, los administre y cumpla una finalidad determinada, generando con esto un mayor grado de confianza y seguridad para los acreedores del fideicomitente, quienes en determinados casos serán los beneficiarios, puesto que no será el mismo deudor quien administre estos activos, sino una entidad especializada para esto, la cual adicionalmente, debe cumplir los deberes que por ley le corresponden.

Así las cosas, vemos como por ejemplo si una persona tiene la intención de celebrar un contrato de Leasing Financiero, en el que mensualmente se genera un canon, es decir, una prestación económica, el locatario al solicitar en la entidad bancaria este producto, luego del análisis de riesgo crediticio respectivo y de la aprobación de la operación, las entidades bancarias solicitan un elemento adicional que genere seguridad en cuanto a la prestación económica (canon)

que debe cumplir el locatario, por lo tanto, encuentran en la fiducia de administración y fuente de pago una opción que les genera la seguridad necesaria para cubrir los riesgos.

Por lo anterior, el locatario deberá acudir a una sociedad fiduciaria y constituir el fideicomiso de administración y fuente de pagos, en el que como primer o en algunas ocasiones único beneficiario, será la entidad bancaria.

Para el caso mencionado anteriormente, el locatario deberá ceder los derechos económicos de los contratos en los cuales él sea acreedor y, además, dichos contratos deben generar una prestación económica periódica, la cual alimentará el patrimonio autónomo y al ser la entidad bancaria la primera o única beneficiaria del fideicomiso, estos dineros, serán transferidos a esta con la finalidad de cumplir con la obligación de pagar el canon del locatario.

Para estos casos en los que se busca cubrir una suma de dinero determinada, es necesario que se realice un estudio exhaustivo y juicioso de los contratos que se van a ceder al fideicomiso, todo esto debido a que dichos contratos pueden contener elementos que puedan vulnerar la estabilidad de la fuente de pago. Entre los elementos que estos contratos pueden contener elementos que afecten la fuente de pago, entre estos se encuentran las causales de terminación del contrato, en las que el deudor de los contratos cedidos, pueda terminar unilateralmente el contrato en cualquier momento, cláusulas penales muy altas dependiendo del tipo de contrato que se esté cediendo, plazos de los contratos no muy claros en los cuales se puede generar discusión a la hora de saber si dicho plazo es suficiente para cubrir el plazo de la obligación del fideicomitente o alguna cláusula que pueda generar inestabilidad en lo que será la fuente de pago.

Por lo anterior, se hace necesario que los beneficiarios de la fiducia en administración y fuente de pago, siguiendo con el ejemplo planteado anteriormente, la entidad bancaria, sea la que realice el análisis a los contratos que van a ser cedidos por el locatario al fideicomiso, todo lo



anterior, debido a que las sociedades fiduciarias no tienen la obligación de analizar los contratos y emitir un concepto en cuanto a la estabilidad o no de la fuente de pago.

El código de comercio de 1971, en el artículo 1234 establece las obligaciones que tiene la sociedad fiduciaria, las cuales hacen referencia al actuar diligente para el cumplimiento de la finalidad establecida por el fideicomitente, mantener los bienes que fueron cedidos a la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, cumplir con lo establecido por el fideicomitente en el acto de constitución en cuanto a la inversión de los bienes fideicomitados, llevar la personería del fideicomiso, actuar de manera diligente procurando el mayor rendimiento de los bienes fideicomitados, entre otras.

De lo establecido en el código de comercio de 1971, se infiere que las obligaciones que tiene la sociedad fiduciaria son de medio y no de resultado.

Por otro lado, El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone en el artículo 29 contiene una prohibición general *“los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”* (Presidente de la República, 1993).

Las obligaciones de medio, son aquellas en las que el deudor realiza una conducta tendiente a producir un resultado, el cual es el esperado por el acreedor para la satisfacción de su interés. Si el deudor no cumple con el resultado esperado, el cual no aseguro alcanzarlo, no incurrirá en un incumplimiento, debido a que si su actuar fue bajo la diligencia y cuidado de un buen padre de familia para intentar obtener el resultado, no tendrá responsabilidad por no haber alcanzado el mencionado resultado (López Fernández, 2000, pág. 98).

Las obligaciones de resultado, son aquellas en las que el deudor se obliga a obtener un resultado, por lo tanto, si el resultado se genera, el deudor ha cumplido con la obligación,

satisfaciendo de esta manera el interés del acreedor, pero si por el contrario, el resultado no se genera, el deudor incurre en un incumplimiento sin que pueda exonerarse de este demostrando una debida diligencia y cuidado en su actuar (López Fernández, 2000, pág. 98).

Un importante sector de la doctrina nacional ha expuesto una serie de argumentos en los cuales puntualiza que alguna de las obligaciones del fiduciario no son de medio, sino que son de resultado, como es el caso de mantener los bienes fideicomitidos separados del resto de sus activos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses y transferir los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda una vez concluido el negocio fiduciario (Asociación de fiduciarias de Colombia, 2015, pág. 156).

Por consiguiente, la sociedad fiduciaria tiene principalmente una obligación de medio, por lo tanto, tiene el deber de realizar todas las acciones a su alcance bajo su diligencia, conocimiento y experiencia para el debido desarrollo de la gestión encargada por el fideicomitente.

Adicionalmente, el código de comercio de 1971 en el artículo 1243, establece que la sociedad fiduciaria responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de la gestión encargada. En cuanto a la culpa leve, el artículo 63 del código civil ha manifestado que es la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Por lo anterior, la entidad fiduciaria debe actuar con todo su conocimiento, experiencia, esfuerzo, diligencia y cuidado frente a la finalidad que se le ha encargado.

En esta modalidad de fiducia, la gestión encargada es la de recibir los dineros provenientes de unos contratos, recibir los rendimientos de bienes que el fideicomitente cedió a la sociedad fiduciaria, entre otros, para que esta los administre de manera adecuada y realice una serie de pagos a los beneficiarios que se indicaron en el acto constitutivo, por lo tanto, estas entidades

fiduciarias no están en la obligación de realizar un análisis a los contratos que van a ser cedidos y determinar si estos generarán o no la fuente de pago suficiente para cubrir las obligaciones del fideicomitente.

Por todo lo anterior, si el deudor de los contratos cedidos no los paga y por consiguiente el dinero que entra al patrimonio autónomo no es suficiente para cubrir la totalidad del valor de la fuente de pago, la sociedad fiduciaria deberá realizar todos los actos tendientes para que estos recursos ingresen al patrimonio autónomo, por lo tanto, su única responsabilidad en estos casos, es informarle al fideicomitente que dichos contratos no están generando los dineros previstos para que alimenten el patrimonio autónomo y se haga efectivo el pago a los beneficiario, de esta manera, la fiduciaria no podría efectuar ninguna acción procesal en contra de los deudores de los contratos cedidos, pues este derecho está a cargo del fideicomitente.

Respecto a los beneficiarios, estos únicamente podrán exigir los derechos que se le conceden en el acto constitutivo y los que la ley les otorgue, los cuales se encuentran en el artículo 1235 del código de comercio de 1971, los cuales a grandes rasgos son: exigirle al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones, impugnar los actos anulables por el fiduciario, oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia, entre otras.

La fiducia en administración y fuente de pago puede ser una opción muy utilizada por las entidades financiera y las empresas para cubrir determinados riesgos de sus operaciones, como lo es el riesgo del incumplimiento del pago periódico, dependiendo del contrato que se celebre, por parte de sus deudores, para estos casos sería el fideicomitente. Si bien, las entidades financieras y las empresas utilizan esta figura, debido a que les genera una seguridad adicional en sus deudores, hay algunos aspectos que de no realizarse de la manera adecuada, afectarían la fuente de pago y

por consiguiente con la utilización de esta figura no se estarían mitigando el riesgo planteado inicialmente.

Hay diferentes factores que afectan la fuente de pago. En primer lugar, las condiciones contractuales de los contratos cedidos, debido a que en estos contratos se pueden encontrar elementos que no brinden la suficiente seguridad, y, además, el plazo del contrato, que debería ser acorde al plazo del contrato que tienen las entidades financieras y las empresas con sus deudores, para este caso el fideicomitente. En segundo lugar, el incumplimiento en el pago por parte de los deudores de los contratos cedidos, en este punto, como se indicó anteriormente, las obligaciones del fiduciante son principalmente de medio, no de resultado, por lo tanto, si los deudores no pagan el valor de los contratos, la fiduciaria realizara todas las acciones que estén dentro de su alcance para que estos dineros ingresen al patrimonio autónomo, pero de no serlo así, la fiduciaria está en la obligación de informarle al fideicomitente que estos contratos no están generando los rendimientos esperados y, adicionalmente, no pudiendo entonces los beneficiarios requerir a la sociedad fiduciaria para que esta cumpla con la obligación de pagar el valor de la obligación del fideicomitente si no hay recursos en la fuente de pago.

Las partes, en muchas ocasiones llegan a la constitución de la fiducia en busca de confianza para la realización de sus actividades, por lo anterior, si la fiducia falla en la realización de los objetivos, las partes podrían estar enfrentados a la frustración y a un gran perjuicio para los interesados (Arrubla Paucar, 2013, pág. 300).

Con base en lo anterior, si la fiducia no cumple con la realización de los objetivos que el fideicomitente le encargo, se debe analizar cuáles fueron las razones de esta falla. Si la falla en el cumplimiento de los objetivos, se deriva de un mal actuar por parte de la sociedad fiduciaria, esta deberá responder hasta por culpa leve como lo establece la legislación Colombiana, pero si por el

contrario, la falla en el cumplimiento de los objetivos no es por un mal actuar del fiduciario, sino, como es el caso del modelo de fiducia en administración y fuente de pago que se ha venido planteando, por el no pago por parte de los deudores de los contratos cedidos, en este caso la sociedad fiduciaria debe comunicarle al fideicomitente lo que está ocurriendo, pero no entrará a responder con su patrimonio por este dinero que no se ha podido recaudar. Por lo anterior, se ve una falencia en cuanto a la efectiva seguridad y confianza que puede ofrecer a los acreedores del fideicomitente, que en el esquema fiduciario serían los beneficiarios de la fuente de pago, en la realización de sus negocios con los deudores, en este caso el fideicomitente.

Por otro lado, esta figura trae ciertos beneficios para las partes. En primer lugar, para la sociedad fiduciaria, en el código de comercio de 1971, en el artículo 1237 se establece que todo negocio fiduciario será remunerado, debido a esto, la sociedad fiduciaria obtendrá su remuneración según las tarifas que expida la superintendencia Bancaria. En segundo lugar, el fideicomitente, al constituir una fiducia, encarga esta la administración de unos dineros, bienes, entre otros, para que este realice ciertas labores que él le indique en el acto de constitución; adicionalmente, si el fideicomitente está en vísperas a celebrar un contrato, este instrumento le servirá para que genere una seguridad adicional en su acreedor y, por lo tanto, constituir a al mencionado acreedor como beneficiario para que reciba directamente de la sociedad fiduciaria los dineros necesarios para cumplir con las obligaciones.

Por último, los beneficiarios, debido a que recibirán por parte de una entidad que está vigilada y controlada y que además deben cumplir con una serie de deberes legales que se les imponen en el ejercicio de su labor, la cual debe ser realizada con toda la diligencia y cuidado, generando en los beneficiarios un sentimiento de confianza hacia sus acreedores, el fideicomitente, para la realización del negocio esperado.

## Conclusiones

En conclusión, después de analizar las generalidades de la fiducia mercantil, de evidenciar como está regulada en Colombia y las particularidades de la fiducia en administración y fuente de pago en cuanto a la seguridad que genera a los acreedores en sus deudores, se puede ver, que utilizar esta figura como única seguridad no es suficiente.

La fiducia en administración y fuente de pago tiene muchos beneficios como dificultades, entre los inconvenientes más relevantes que presenta esta figura, es el hecho que en caso que los deudores de los contratos cedidos no paguen, los beneficiarios no podrán requerir a la fiduciaria para que pague esta deuda con su patrimonio y se cumpla el objetivo del acto constitutivo, quedando entonces los beneficiarios sin herramientas para la restauración de sus intereses económicos.

Por lo mencionado anteriormente, las empresas y entidades financieras que deciden tomar esta figura de fiducia de administración y fuente de pago como una alternativa para generar en sus deudores un mayor grado de seguridad y confianza a la hora de la celebración de sus contratos, deben tener en cuenta los aspectos anteriormente mencionados, debido a que muchas operaciones pueden generar un riesgo muy alto en caso de algún incumplimiento, donde su patrimonio puede verse involucrado y buscan con esta figura un elemento adicional que sirva como mitigación a este riesgo.

Como consecuencia de las falencias encontradas en esta modalidad de fiducia, las acciones interpuestas por el beneficiario, encaminadas a perseguir el patrimonio de la sociedad fiduciaria fundamentado en el contrato de fiducia en administración y fuente de pago, con el fin de cubrir la obligación que en principio tiene el fideicomitente con el beneficiario, no prosperarían.

Cabe mencionar que esta figura brinda una protección para los beneficiarios, puesto que el recaudo de los dineros está a cargo de una entidad regulada y vigilada, que debe cumplir con una serie de deberes que la ley le impone en el ejercicio de sus funciones, por lo tanto, esto genera cierta tranquilidad a los acreedores del fideicomitente. Adicionalmente, también genera una protección al fideicomitente en cuanto al cumplimiento oportuno de sus obligaciones con los acreedores, debido a que la sociedad fiduciaria al tener los recursos suficientes para cubrir la fuente de pago, deberá realizar los pagos que el fideicomitente le encargó en la fecha establecida en el acto de constitución de la fiducia.

Por otro lado y con el fin de tener un mayor grado de protección en sus operaciones, tanto las empresas como las entidades financieras, además de incluir la fiducia de administración y fuente de pago, que es muy útil para los contratos en los que se debe cumplir con una prestación periódica como es el caso del canon en el contrato de Leasing Financiero, recurran a otras figuras del derecho como por ejemplo los títulos valores, como es el caso del pagaré, debido a que de esta forma se facilita el cobro en caso de un incumplimiento y, adicionalmente, muchas veces incluyen la figura del avalista para que cubra el pago del título valor, que a fin de cuentas es el valor de la obligación que inicialmente el acreedor y deudor pactaron.

## Bibliografía

- Expediente No. 1909 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sala de casación civil 3 de Agosto de 2005).
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Contratos Mercantiles*. Bogotá: LEGIS.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Contratos Mercantiles*. Bogotá: LEGIS.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Salamanca.
- Asociación de fiduciarias de Colombia. (2015). *Aspectos conceptuales del Negocio fiduciario en Colombia*. Bogotá: LEGIS.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (Diciembre de 2015). *Programa de educación financiera*.  
Obtenido de Asofiduciarias: <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/educacion-financiera/programa-educacion-financiera>
- Barrios Reina, J. P. (2014). La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial. *Revista de Derecho Privado*.
- Código de comercio. (1971). *Código de comercio* (Vol. 35ª edición ). Bogotá: Legis.
- Concepto jurídico nº 220-073679, 220-073679 (Superintendencia de Sociedades 18 de mayo de 2009).
- Fiduciaria Davivienda S.A. (2012). *Fiducia de administración y pagos*. Obtenido de Defición, características y beneficios:  
[https://fidudavivienda.davivienda.com/wps/portal/fidudavivienda/inicio/F\\_Productos\\_y\\_Servicios/F\\_Estructurada/fideadmpagos!/ut/p/z1/pZJNc9owElb\\_inPwrSDZkvnozU4p4EJIAiSxLowsC6MOlhZQPvuu6LpqY0nM9WMDrv7vKtXKyGGXhDT\\_KxK3iqj-RHijA12ZPRA79IkXN4miyGOo\\_XDLQm24So](https://fidudavivienda.davivienda.com/wps/portal/fidudavivienda/inicio/F_Productos_y_Servicios/F_Estructurada/fideadmpagos!/ut/p/z1/pZJNc9owElb_inPwrSDZkvnozU4p4EJIAiSxLowsC6MOlhZQPvuu6LpqY0nM9WMDrv7vKtXKyGGXhDT_KxK3iqj-RHijA12ZPRA79IkXN4miyGOo_XDLQm24So)
- López Fernández, C. (24 de Diciembre de 2000). *Obligaciones de medios y de resultado*. Obtenido de Revista de la Facultad de Derecho: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/271>
- Presidente de la República. (02 de Abril de 1993). *Decreto 663 de 1993-Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto\\_organico\\_sistema\\_financiero.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html)
- Sentencia de Corte Suprema de Justicia, nº 0500131030121999-1000-01 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 14 de febrero de 2006).
- Superintendencia Financiera. (2014). *Circular Básica Jurídica C.E 029*. Bogotá.