

RESOLUCION 3600 DE 1988 DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA – Es legal la obligación que le impuso a las fiduciarias de hacer provisiones en su contabilidad por las eventuales pérdidas derivadas de la falta de conciliación o aclaración de partidas del disponible del patrimonio autónomo que administran, pues la obligación de responder por esas pérdidas no deviene del negocio fiduciario, sino de inexactitud en las partidas contables que no se logran finalmente aclarar, circunstancia atribuible a la fiduciaria, dado que es ella la que debe conciliar las cuentas / RESOLUCION 3600 DE 1988 DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Trasladó el riesgo generado por falta de conciliación de partidas no aclaradas en un término de 30 días o más del patrimonio autónomo a la fiduciaria, razón por la cual la provisión del mismo la debe soportar la fiduciaria y no el patrimonio

La norma acusada impone a las entidades vigiladas la obligación de hacer provisiones en aquellos eventos en los que se constate la existencia de un riesgo, consistente en pérdidas por falta de conciliación de partidas no aclaradas en un término de 30 días o más. En otras palabras, lo que la norma hace es reconocer que la falta de conciliación de dichas partidas es un hecho económico relevante que, en caso de que genere el riesgo de pérdida, debe ser registrado como una contingencia y debe hacerse la provisión respectiva. La razón de ser de dicha disposición es clara. La pérdida o riesgo probable de pérdida que, en principio, sea atribuible a la administradora del fideicomiso, es una pérdida que, en caso de materializarse, esto es, en caso de convertirse en hecho cierto, tendría que ser asumida por la fiduciaria y afectar sus estados de resultados. Lo anterior no es violatorio del principio de independencia de los patrimonios, ya que no es que los hechos económicos del patrimonio autónomo se registren en la contabilidad de la fiduciaria, sino que se trata de un hecho económico propio de la fiduciaria. Es una falta de conciliación de cuentas que puede llegar a producir una pérdida para la fiduciaria, pues es ésta la que deberá responder con sus recursos propios y no el patrimonio autónomo. No sobra decir que la norma acusada no establece responsabilidades para las fiduciarias. Mal podría hacerlo, teniendo en cuenta que se trata de normas cuya finalidad es la de acoger principios de contabilidad y definir las cuentas respectivas. Esa responsabilidad ya está definida y regulada en el Código de Comercio y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Y, además, la provisión no es ni automática ni definitiva. Lo primero, porque para que nazca la obligación de constituir la provisión se deben cumplir tres presupuestos: i) que haya partidas pendientes de aclaración, ii) que, una vez transcurridos 30 días, dichas partidas no hayan podido ser conciliadas, y iii) que esa ausencia de conciliación pueda llegar a generar pérdidas. Y, en segundo lugar, aún en el caso de que se den los presupuestos para la constitución de la provisión, si la pérdida finalmente no se produce, dicha provisión quedará sin efecto y no resultará afectado el estado de resultados de la fiduciaria. Ahora bien, para hacer referencia a los argumentos de la demandante, debe decir la Sala que no es que en este caso se imponga a las fiduciarias el deber de responder por obligaciones derivadas de los negocios fiduciarios, ya que la obligación de responder por pérdidas ocurridas como consecuencia de la falta de conciliación de cuentas no es una obligación derivada del negocio fiduciario, sino de inexactitud en las partidas contables que no se logran finalmente aclarar. Esa obligación, la de conciliar las cuentas, es de la fiduciaria. Si se admitiera la tesis de la demandante, según la cual, el principio de independencia es absoluto, se llegaría a una conclusión contraria a las características del contrato de fiducia. En efecto, adscribir al patrimonio autónomo toda la responsabilidad por las obligaciones nacidas, aún de las decisiones y omisiones de la administración del negocio fiduciario, produciría como resultado que la autonomía, cuya finalidad debería ser la de dar eficacia al fideicomiso y proteger los derechos e intereses de beneficiarios y terceros,

terminaría favoreciendo la ausencia de responsabilidad del fiduciario, la ineficacia del fideicomiso y la vulneración o cuando menos el riesgo de violación de los derechos de beneficiarios, terceros y del mismo fideicomitente.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre) SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: La Sala estudió la legalidad de apartes del acápite de la Resolución 3600 de 1988, de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), correspondiente a la cuenta 1195, del Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero adoptado mediante dicha resolución, en cuanto impuso a las entidades vigiladas la obligación de hacer provisiones ante la existencia de un riesgo, consistente en pérdidas por falta de conciliación de partidas no aclaradas en un término de 30 días o más. Negó la nulidad solicitada, por cuanto consideró que el aparte acusado no viola el principio de independencia de patrimonios ni establece responsabilidades para las fiduciarias ni es contrario a la presunción de buena fe, ya que la obligación de responder por tales pérdidas no deviene del negocio fiduciario, sino de inexactitud en las partidas contables que no se logran finalmente aclarar, circunstancia atribuible a la fiduciaria. Por ende, concluyó que la pérdida se traslada del patrimonio a la fiduciaria y, en consecuencia el riesgo (y, por ende, la provisión) lo debe soportar la última.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Contabilidad de la fiduciaria. Los hechos económicos que afecten los estados financieros de la fiduciaria se deben reflejar en su contabilidad

(...) independientemente de los alcances de la responsabilidad del fiduciario, existen eventos en los que las pérdidas que ocurran deben ser asumidas por éste y no por el patrimonio autónomo ni por los beneficiarios del fideicomiso. A manera de ejemplo, cuando en virtud del contrato de fiducia corresponde a la fiduciaria el recaudo de dineros y dichos dineros se extravían estando en poder de la fiduciaria, en principio sería ésta quien tendría que responder por dichos dineros y no los beneficiarios de la fiducia, quienes no tendrían por qué asumir dichas pérdidas. Desde luego, al asumir la fiduciaria dichas pérdidas tendrá que hacerlo con bienes o recursos propios y no con los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo. En el contexto anterior, es claro que existen eventos en los que ciertos hechos económicos relativos a las operaciones en que se encuentran involucrados bienes que hacen parte del patrimonio autónomo, pueden afectar de manera directa el patrimonio, los bienes y los recursos de la fiduciaria y, por ende, sus estados financieros, y así deberá reflejarse en la contabilidad.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre) SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

FIDUCIA MERCANTIL - Noción y características. Es un negocio jurídico de carácter instrumental, pues su finalidad no se agota con la ejecución del contrato en sí mismo, sino que sirve como medio para obtener otros resultados buscados por las partes, los cuales no están limitados por la ley

Las normas del Código de Comercio señaladas por la demandante regulan la fiducia mercantil, uno de los contratos que se encuentran contemplados en el Código de Comercio. La fiducia mercantil hace parte de una serie de figuras, como la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil, el encargo fiduciario (Ley 45 de 1923) y el albaceazgo fiduciario (arts. 1368 y siguientes del Código Civil), que

tienen en común ciertos rasgos característicos. Se trata de negocios jurídicos mediante los cuales una persona confía a otra la gestión de una actividad o el cumplimiento de un cometido. A veces dicho encargo va acompañado de la transmisión de la propiedad sobre uno o varios bienes (como en el contrato de fiducia) o simplemente de la entrega de la tenencia de los mismos (como en los encargos fiduciarios). Pero la nota común es que dicha transferencia tiene como objetivo el cumplimiento de una finalidad buscada por el fideicomitente. El rango de objetivos buscados con las fiducias es muy amplio y, de hecho, la ley no establece límites a ese elemento del negocio jurídico. Puede ser la administración de los bienes, fiducias de inversión, de garantía, fiducias inmobiliarias, etc. Ahora bien, ya en el campo concreto de la fiducia mercantil, se puede decir que dicha figura tiene unas características que le dan su fisonomía y que, como se verá más adelante, son relevantes para la decisión. Se trata de un contrato en virtud del cual una persona (fiduciante o fideicomitente) transfiere a otra (fiduciario) uno o más bienes, con el objeto de que este los administre o enajene y con miras al cumplimiento de una finalidad determinada por el fiduciante. Una de las características de la fiducia mercantil es que se trata de un negocio jurídico claramente instrumental. Es decir, es un contrato que sirve como medio para obtener otros resultados buscados por las partes. A diferencia de, por ejemplo, la compraventa, en la que la finalidad del contrato se agota con la ejecución del mismo y la consiguiente transferencia de propiedad que la caracteriza, en la fiducia mercantil dicha transferencia no es el fin en sí mismo. Dicha transferencia se hace con el propósito de producir o facilitar otros resultados, como el pago de acreencias, la construcción de inmuebles, la creación de empresas, etc.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1226 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1227 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1233 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1234

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre) SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Efectos jurídicos / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL – Elementos. El externo es la transferencia de bienes del fiduciante al patrimonio autónomo con el fin de que el fiduciario cumpla con el elemento interno que es el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso / SOCIEDADES FIDUCIARIAS - Naturaleza jurídica / PATRIMONIO AUTONOMO - Consecuencias del reconocimiento legal de su existencia

Como consecuencia del carácter instrumental de la fiducia mercantil, se producen ciertos efectos de carácter jurídico. El primero es que surgen para el fiduciario algunos deberes, que el artículo 1234 del Código de Comercio califica como indelegables. Dichos deberes, en esencia, consisten en adelantar todas las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad buscada con la fiducia y en mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los bienes propios del fiduciario y de los que pertenezcan a otros negocios fiduciarios. En efecto, el hecho de que la fiducia mercantil no sea un contrato de ejecución instantánea, sino que se prolongue en el tiempo, implica que es necesario que el fiduciario, principalmente, aunque también el fideicomitente, adelanten acciones dirigidas a la consecución de la finalidad prevista en el contrato. Por esa razón se dice que la fiducia mercantil es un contrato de colaboración, temporal e *intuitu personae*, ya que son especialmente importantes las calidades profesionales de la entidad fiduciaria. De hecho, las sociedades fiduciarias son, según lo dispuesto por el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sociedades de servicios financieros, que hacen parte de la estructura del sistema financiero, sus

estatutos están especialmente regulados por la ley y por las disposiciones reglamentarias emitidas por las autoridades financieras, y, en general, por tratarse de actividades de interés público, están sujetas a una especial vigilancia e intervención estatal (art. 335, C.P.). Por lo anterior, el contrato de fiducia mercantil presenta características diferentes a los contratos civiles. Otro de los efectos de la celebración del contrato de fiducia se deriva, precisamente, del deber consagrado en el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, y consiste en que se forma un patrimonio autónomo, conformado por los bienes objeto de la fiducia. El artículo 1233 del Código de Comercio dice que ese patrimonio autónomo queda *“afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*. El reconocimiento legal de la existencia del patrimonio autónomo tiene dos consecuencias importantes. En primer lugar, que los bienes que conforman dicho patrimonio quedan separados, jurídicamente hablando, del patrimonio tanto del fiduciario como del fiduciante, y de otros patrimonios que estén, eventualmente, a cargo del mismo fiduciario. Y, en segundo lugar, que ese patrimonio queda afecto a una finalidad específica determinada por el acto de constitución. De manera que, en el contrato de fiducia mercantil, es necesario distinguir dos componentes principales del negocio jurídico: i) la transferencia de bienes del fiduciante al patrimonio autónomo, y ii) el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. El primero es el aspecto externo del negocio jurídico, que mira solamente al cumplimiento de la premisa básica que le da nacimiento a la fiducia, esto es, la transferencia de la propiedad de los bienes, para que el fiduciario adquiera el señorío sobre los mismos, que es finalmente lo que le permitirá cumplir con el segundo elemento del negocio jurídico. Este segundo elemento es el aspecto interno del negocio, pues se trata ya del cumplimiento de la finalidad para la cual fue celebrado el contrato.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 335 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1226 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1227 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1233 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1234 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO - ARTICULO 3

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre) SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Principio de independencia o separación de patrimonios. Alcance. Se debe entender dentro del marco que guía la celebración y la ejecución de ese negocio jurídico, es decir, que la independencia es limitada y relativa / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Principio de independencia o separación de patrimonios. La separación no tiene la misma finalidad ni la misma justificación ni los alcances de la independencia que existe entre los patrimonios de las diferentes personas naturales o jurídicas / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Efectos jurídicos. Las facultades de administración del titular del patrimonio autónomo no son las mismas del titular de un patrimonio normal y, por ende, la responsabilidad del administrador es mayor / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL – Responsabilidad del fiduciante. Conforme con el artículo 1243 del Código de Comercio, en el cumplimiento de su gestión responde hasta de la culpa leve

[...] el llamado principio de independencia, como ya se dijo, tiene dos consecuencias importantes: i) que los bienes del patrimonio autónomo tienen una finalidad específica que consiste en el cumplimiento del cometido señalado en el acto de constitución, y ii) que dichos bienes deben estar separados del patrimonio del fiduciante y de los demás patrimonios autónomos. Esta separación tiene,

desde luego, una finalidad relacionada con la eficacia misma del negocio jurídico y con la protección de los derechos tanto del fiduciante, como de los beneficiarios, y también, en ciertos casos, de los terceros. La separación de los bienes implica que los mismos están excluidos de la garantía común de los acreedores del beneficiario y solamente garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso (art. 1227, C. Com.). Lo anterior encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato de fiducia, que es, al mismo tiempo la garantía de los derechos de los beneficiarios. Pero también prevé el Código de Comercio la protección de los derechos de terceros en los eventos previstos en el artículo 1238, es decir, cuando se trata de obligaciones anteriores a la constitución del fideicomiso o cuando se ha celebrado la fiducia con el propósito de defraudar a dichos terceros. Es decir, el principio de independencia o de separación de patrimonios, derivado de la fiducia mercantil, debe ser entendido dentro del marco conceptual que guía la celebración y ejecución de dicho negocio jurídico. Esa separación no tiene la misma finalidad, ni la misma justificación, ni los mismos alcances de la independencia que normalmente existe entre los patrimonios de las diferentes personas jurídicas o naturales. Cuando se dice que el patrimonio de Pedro es independiente y autónomo respecto del patrimonio de Juan, esa independencia es natural y se origina en el hecho de que cada persona administra y dispone libremente de sus bienes. Por el contrario, en el caso de los patrimonios originados en la constitución de una fiducia mercantil, dicha independencia es relativa y limitada. Relativa, porque se trata de patrimonios separados pero cuyo titular es una misma persona, la fiduciaria. Y dicha separación no es absoluta, ya que no se trata de patrimonios cuya administración sea libre, sino que se encuentra afecta a un fin específico claramente determinado en el acto de constitución. Consecuencia de lo anterior es que las facultades de administración del titular del patrimonio autónomo no son las mismas que el ordenamiento jurídico reconoce al titular de un patrimonio normal. Y como consecuencia de esto, la responsabilidad del administrador es mayor. El artículo 1243 del Código de Comercio dice que el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Es decir, como el contrato de fiducia es, por regla general, celebrado en interés de ambos contratantes –fiduciante y fiduciario reciben beneficios- se sigue la regla general establecida en el artículo 1604 del Código Civil, según la cual, el deudor es responsable hasta de la culpa leve en los contratos que se hacen para el beneficio recíproco de las partes.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1227 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1238 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1243 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1604

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre) SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

CONCEPTO DE VIOLACION - Su explicación delimita el estudio de los cargos de nulidad formulados en la demanda / CONCEPTO DE VIOLACION - Se debe explicar, así sea de manera sucinta / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR VIOLACION DE NORMA EN QUE DEBIA FUNDARSE - Su análisis solo procede respecto de normas jurídicas

En primer lugar, la Sala debe precisar que en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación de la demanda, se indicaron varias normas respecto de las cuales no se sustentó el concepto de la violación, sino que la demandante se limitó a transcribirlas. Por ejemplo, se incluyó el artículo 13 de la Constitución Política, que contempla el derecho de igualdad ante la ley, pero no se explicó de qué manera se habría producido la supuesta vulneración de dicho derecho.

También se incluyó el artículo 58 de la Constitución Política, que contempla la garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, pero tampoco se señaló la forma de violación de esa norma. También se incluyó como norma vulnerada cierta definición sobre el concepto de patrimonio autónomo contenida en una "Cartilla Fiduciaria", aparentemente emitida por la "Asociación de Fiduciarias". Al respecto, la Sala manifiesta que sobre aquellas normas constitucionales cuyo concepto de violación no fue desarrollado en la demanda, resulta imposible hacer pronunciamiento, toda vez que para que se configure adecuadamente una causal de nulidad, no basta con señalar la norma supuestamente violada, sino que se debe explicar el concepto de la violación, así sea de manera sucinta. Es conveniente también precisar que en la demanda se señalaron otras normas que la demandante alegó que fueron vulneradas y respecto de las cuales, aunque el concepto de la violación no se presentó de manera técnica y ordenada, del contexto general de la demanda fue posible extraer los razonamientos que fundamentan la respectiva causal de nulidad. En estos casos, se hará el análisis respectivo, tratando de darle mayor coherencia y orden a la argumentación de las partes. Por último, respecto de la vulneración de la denominada "Cartilla Fiduciaria", de la "Asociación de Fiduciarias", es evidente que, por no tratarse de una norma jurídica, no resulta viable estudiar la causal de nulidad por violación de la norma en que debía fundarse el acto demandado.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 3600 DE 1988 (14 de octubre)
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - ARTICULO 1 (Parcial) No anulado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-27-000-2010-00015-00(18255)

Actor: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

FALLO

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

DEMANDA

El texto de la norma acusada es el siguiente:

“RESOLUCIÓN 3600 DE 1988
(Octubre 14)

Por medio de la cual se adopta el Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero.

EL SUPERINTENDENTE BANCARIO,

en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 47 de la Ley 45 de 1.923 y los literales g) y h) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1.986, y

CONSIDERANDO:

(...)

RESUELVE:

ARTICULO 1. Adoptar el siguiente “Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero”, cuya observancia obliga a los Bancos Comerciales, el Banco Central Hipotecario, la Caja Social de Ahorros, las Corporaciones Financieras, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las Compañías de Financiamiento Comercial, los Organismos Cooperativos de Grado Superior, las Sociedades Fiduciarias, los Almacenes Generales de Depósito y los Fondos Ganaderos:

(...)

CLASE	GRUPO	CUENTA
1. ACTIVO	11. DISPONIBLE	1195 Provisión sobre el disponible
DESCRIPCIÓN		
<i>Es una cuenta de valuación del activo de naturaleza crédito que registra los montos provisionados por la Entidad, para cubrir eventuales pérdidas originadas por partidas pendientes de aclarar en las conciliaciones realizadas a las cuentas del disponible, que tengan más de treinta (30) días de permanencia en la respectiva conciliación. <u>Para el caso de los patrimonios autónomos la provisión afectará el estado de resultados de la sociedad administradora¹.</u></i>		

La demandante, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, citó como normas violadas las siguientes:

¹ La parte demandada es la que se encuentra subrayada y en negrilla.

- Artículos 4, 6, 13, 58 y 83 de la Constitución Política.
- Artículos 1226, 1227 y 1233, y numerales 2° y 3° del artículo 1234 del Código de Comercio.
- Artículos 12 y 15 del Decreto 2649 de 1993.
- Cartilla Fiduciaria, expedida por la “Asociación de Fiduciarias”.

El concepto de violación se sintetiza así:

1) Violación del principio de independencia de los patrimonios autónomos. Violación de los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio

Dijo la demandante que el patrimonio autónomo es una masa de bienes independiente del patrimonio de quien los transfirió (fideicomitente), de quien es su titular para efectos de administración (fiduciario), y del patrimonio del beneficiario. Esa independencia implica separación patrimonial entre la fiduciaria y los fideicomisos que administra, que implica que los bienes que administran las sociedades fiduciarias en desarrollo de los negocios fiduciarios no entran a formar parte de su propio patrimonio y tampoco responden con sus propios bienes por las obligaciones derivadas de esos negocios fiduciarios.

Explicó que el patrimonio autónomo no tiene personería jurídica, pero es un centro receptor de derechos y obligaciones que necesita ser representado en sus relaciones jurídicas. Que ese representante es el fiduciario. En consecuencia, dijo que el fiduciario no se obliga personalmente sino en nombre del patrimonio autónomo, sin perjuicio de la responsabilidad en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables que impliquen el incumplimiento de obligaciones. Pero que, estos casos de responsabilidad del fiduciario por extralimitación de funciones, sólo se presentarían, dice la demandante, cuando se demuestre dolo o culpa, en detrimento de los bienes fideicomitidos.

2) Violación de los artículos 12 y 15 del Decreto 2649 de 1993. Principios de la contabilidad generalmente aceptados – principios de realización y de revelación plena

Dijo la demandante que se violó la definición formal de provisión como concepto contable, es decir, como reconocimiento, tanto en el pasivo, como en el gasto, de un riesgo, cierto o incierto, ya que dicho riesgo no necesariamente se deriva de la mala gestión del administrador del patrimonio autónomo. Agregó que dichos riesgos pueden originarse, por ejemplo, en la existencia de partidas o gastos en discusión con el banco girador, gravámenes a los movimientos financieros no aplicables a la cuenta giradora, partidas no identificadas por falta de información del cliente que hace la consignación, consignaciones en medios manuales o con datos erróneos, o notas débito no identificadas.

También dijo que los hechos económicos deben reflejarse en la contabilidad a la que pertenecen, es decir, en la contabilidad del fideicomiso, y no en la contabilidad de la compañía administradora (fiduciaria), pues de lo contrario se distorsionan ambas contabilidades. En primer lugar, la contabilidad del fideicomiso quedaría subestimada en sus gastos, por no tener registrada la provisión y, en segundo lugar, la contabilidad de la fiduciaria quedaría sobreestimada en sus gastos, pues registraría gastos y provisiones que no le son propias, ya que pertenecen a terceros administrados (fideicomisos).

3) Responsabilidad objetiva

Alegó la demandante que la norma demandada contempla una responsabilidad objetiva, ya que parte de la premisa de que las provisiones a que alude la norma obedecen a una irregularidad de la fiduciaria, irregularidad por la que debería ser llamado a responder en caso de que así lo considerara la Administración.

Dicha responsabilidad objetiva se deriva, dijo la demandante, de la explicación que dio la Superintendencia Financiera mediante la Circular 08 de 2002, que decía:

“Ahora bien, las provisiones de las partidas sin regularizar de los negocios fiduciarios se hacen con cargo al estado de resultados de la sociedad fiduciaria, en la medida en que la obligación de conciliar tales partidas le corresponde a esta y por ende, las provisiones que se deriven de esta irregularidad no deben afectar el estado de resultados de cada negocio fiduciario en particular”.

Del texto de dicha Circular, deduce la demandante que se dio a la provisión el carácter de irregularidad y, por ende, de una conducta que constituye fuente de responsabilidad objetiva.

Lo anterior, dijo la demandante, es contrario a la presunción de buena fe contemplada en el artículo 83 de la Constitución Política.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Superintendencia Financiera** (antes Superintendencia Bancaria) se opuso a las pretensiones de la demanda², con fundamento en los siguientes argumentos:

1) Violación del principio de independencia de los patrimonios autónomos. Violación de los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio

La Superintendencia Financiera dijo que los deberes derivados de la cuenta 1195 del PUC, que son objeto de reproche, no atentan contra los principios de independencia y autonomía patrimonial de los fideicomisos. Que el propósito de dicha cuenta es que las sociedades fiduciarias lleven en debida forma los registros contables de los bienes y activos del fideicomiso, entre los que se encuentra el disponible, y que revelen adecuadamente la situación económica del fideicomiso, deberes que, de incumplirse o cumplirse tardíamente, podrían llevar al gestor fiduciario a asumir, con cargo a su patrimonio, las consecuencias de su propia conducta negligente.

Explicó que la cuenta 1195 del PUC es una provisión que surge como consecuencia de una conducta imputable a la falta de diligencia del gestor fiduciario, consistente en la no aclaración o conciliación de partidas de la cuenta del disponible por un periodo mayor a treinta días.

Dijo que la afectación del estado de resultados de la sociedad fiduciaria se fundamenta en la obligación que tiene la entidad de administrar, registrar y conciliar la totalidad de las operaciones que involucren al patrimonio autónomo. Que con base en lo anterior, la fiduciaria debe velar porque las partidas pendientes de aclaración tengan los soportes pertinentes y debe asumir, con cargo a su estado de resultados, la constitución de provisiones que permitan cubrir

² Fls. 160 a 221 c.p.

eventuales pérdidas que pudieran afectar el patrimonio encomendado a su administración.

Señaló que no existe fundamento para deteriorar la posición financiera de un negocio fiduciario por un riesgo que es administrado por la sociedad fiduciaria, en virtud de obligaciones que debe cumplir en dicha condición. Agregó que el artículo 11 del Decreto 2649 de 1993 establece que los hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia y realidad económica y no únicamente en su forma legal.

2) Violación de los artículos 12 y 15 del Decreto 2649 de 1993. Principios de la contabilidad generalmente aceptados – principios de realización y de revelación plena

Para la Superintendencia, la cuenta 1195 del PUC no transgrede la definición formal de las provisiones como concepto contable, ya que dicha cuenta se constituye sobre aquellas partidas que están pendientes de aclarar en las conciliaciones bancarias que eventualmente pueden constituir pérdidas, tanto de los recursos propios de la fiduciaria, como de los recursos líquidos a su cargo. Que, además, la gestión de dichas partidas es de responsabilidad exclusiva de las sociedades fiduciarias.

3) Responsabilidad objetiva

La Superintendencia Financiera dijo que la cuenta 1195 del PUC no consagra una responsabilidad objetiva. Explicó que la Circular 08 de 2002 aludió a la **irregularidad**, en el sentido de contemplar una posición contable de los saldos en libros, que requiere de un proceso posterior de **“regularización”** de las partidas conciliatorias.

A su juicio, no es contrario a la presunción de buena fe que la Superintendencia Financiera exija a las entidades vigiladas el cumplimiento de los deberes que las leyes imponen.

4) Improcedencia de la acción de nulidad simple

La Superintendencia Financiera dijo que en el año 2009 adelantó una actuación administrativa contra la demandante, que culminó con la orden de constituir provisiones sobre el disponible en los estados financieros correspondientes al mes de abril de dicho año.

Que lo anterior demuestra que el demandante actuó motivado por intereses diferentes a los que deben inspirar la acción de simple nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** presentó alegatos de conclusión³. Reiteró los argumentos de la demanda y, además, agregó que el hecho de no registrar ciertos hechos económicos en la contabilidad del patrimonio autónomo, es contrario al principio de la revelación plena, que afecta el derecho de los inversionistas a conocer información valiosa e impide la distribución diaria de rendimientos a los mismos. Que también genera pérdidas para las sociedades fiduciarias, pérdidas que no son ciertas.

Citó el Concepto 97040816-0, del 13 de noviembre de 1998, expedido por la Superintendencia Bancaria, según el cual las fiduciarias no pueden asumir, con sus propios recursos, los gastos de ejecución de la fiducia, pues ello configuraría una práctica insegura y no autorizada.

³ Fls. 232 a 243, c.p.

La **Superintendencia Financiera**⁴ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Añadió que, según lo dispuesto por el artículo 1243 del Código de Comercio, el fiduciario, en el cumplimiento de su gestión, responde hasta por la culpa leve. Que, en consecuencia, tiene la obligación de reparar los daños que cause en el desenvolvimiento de sus operaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante **del Ministerio Público** pidió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:

Para el Ministerio Público no existe la responsabilidad objetiva que, según la demandante, contempla la norma acusada. Dijo que el hecho de que la Superintendencia Financiera deba supervisar y controlar la actividad financiera, y que, en ejercicio de dicha función deba determinar los procedimientos contables y las consecuencias de su desconocimiento, no implica que se esté aplicando un régimen de responsabilidad objetiva.

Respecto de la violación de la presunción de buena fe, el Ministerio Público conceptuó que la disposición acusada contempla la orden de hacer provisiones contables. Que no se trata de la imposición de sanciones. En consecuencia, no encontró probada la violación del principio de buena fe contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Respecto de la violación de las normas del Código de Comercio señaladas por la demandante, el Ministerio Público conceptuó que las disposiciones acusadas no exoneran de responsabilidad a los patrimonios autónomos, ya que la constitución de las provisiones está supeditada a que exista mora en la conciliación de las partidas contables, y que es responsabilidad del fiduciario evitar esa mora.

⁴ Fls. 246 a 262, c.p.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir si es nulo el acápite de la Resolución 3600 de 1988 expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), correspondiente a la cuenta 1195, del Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero adoptado mediante dicha resolución.

En primer lugar, la Sala debe precisar que en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación de la demanda, se indicaron varias normas respecto de las cuales no se sustentó el concepto de la violación, sino que la demandante se limitó a transcribirlas. Por ejemplo, se incluyó el artículo 13 de la Constitución Política, que contempla el derecho de igualdad ante la ley, pero no se explicó de qué manera se habría producido la supuesta vulneración de dicho derecho. También se incluyó el artículo 58 de la Constitución Política, que contempla la garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, pero tampoco se señaló la forma de violación de esa norma.

También se incluyó como norma vulnerada cierta definición sobre el concepto de patrimonio autónomo contenida en una “Cartilla Fiduciaria”, aparentemente emitida por la “Asociación de Fiduciarias”.

Al respecto, la Sala manifiesta que sobre aquellas normas constitucionales cuyo concepto de violación no fue desarrollado en la demanda, resulta imposible hacer pronunciamiento, toda vez que para que se configure adecuadamente una causal de nulidad, no basta con señalar la norma supuestamente violada, sino que se debe explicar el concepto de la violación, así sea de manera sucinta.

Es conveniente también precisar que en la demanda se señalaron otras normas que la demandante alegó que fueron vulneradas y respecto de las cuales, aunque el concepto de la violación no se presentó de manera técnica y ordenada, del contexto general de la demanda fue posible extraer los razonamientos que fundamentan la respectiva causal de nulidad. En estos casos, se hará el análisis respectivo, tratando de darle mayor coherencia y orden a la argumentación de las partes.

Por último, respecto de la vulneración de la denominada “Cartilla Fiduciaria”, de la “Asociación de Fiduciarias”, es evidente que, por no tratarse de una norma jurídica, no resulta viable estudiar la causal de nulidad por violación de la norma en que debía fundarse el acto demandado.

PRIMERA CAUSAL DE NULIDAD. Violación del principio de independencia de los patrimonios autónomos. Violación de los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio

La primera cuestión a dilucidar es si la disposición acusada es contraria al principio de independencia de los patrimonios autónomos que se originan en el contrato de fiducia mercantil, en los términos de lo dispuesto por los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio.

Según la demandante, la violación de dicho principio se produciría debido a que las obligaciones que afectan a los patrimonios autónomos solamente deben afectar a los bienes que componen dichos patrimonios y no a los fiduciarios. En consecuencia, las disposiciones acusadas, al obligar a los fiduciarios a hacer provisiones en la contabilidad, por hechos relacionados con los patrimonios autónomos que administran, violan el principio de independencia.

Para efectos de precisar el tema objeto de discusión, la Sala transcribe enseguida la disposición acusada y las normas cuya violación se alegó en la demanda.

La disposición acusada (Resolución 3600 de 1988) dice:

[Cuenta] 1195 Provisión sobre el disponible

DESCRIPCIÓN

Es una cuenta de valuación del activo de naturaleza crédito que registra los montos provisionados por la Entidad, para cubrir eventuales pérdidas originadas por partidas pendientes de aclarar en las conciliaciones realizadas a las cuentas del disponible, que tengan más de treinta (30) días de permanencia en la respectiva conciliación. Para

el caso de los patrimonios autónomos la provisión afectará el estado de resultados de la sociedad administradora⁵.

Por su parte, las normas que la demandante estimó vulneradas son las siguientes:

Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

ARTÍCULO 1227. Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

ARTÍCULO 1233. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos 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.

ARTÍCULO 1234. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

(...)

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca”.

Para decidir, la Sala considera conveniente establecer el marco conceptual del tema objeto de discusión.

Las normas del Código de Comercio señaladas por la demandante regulan la fiducia mercantil, uno de los contratos que se encuentran contemplados en el Código de Comercio. La fiducia mercantil hace parte de una serie de figuras, como

⁵ La parte subrayada es la que se demandó.

la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil, el encargo fiduciario (Ley 45 de 1923) y el albaceazgo fiduciario (arts. 1368 y siguientes del Código Civil), que tienen en común ciertos rasgos característicos.

Se trata de negocios jurídicos mediante los cuales una persona confía a otra la gestión de una actividad o el cumplimiento de un cometido. A veces dicho encargo va acompañado de la transmisión de la propiedad sobre uno o varios bienes (como en el contrato de fiducia) o simplemente de la entrega de la tenencia de los mismos (como en los encargos fiduciarios). Pero la nota común es que dicha transferencia tiene como objetivo el cumplimiento de una finalidad buscada por el fideicomitente. El rango de objetivos buscados con las fiducias es muy amplio y, de hecho, la ley no establece límites a ese elemento del negocio jurídico. Puede ser la administración de los bienes, fiducias de inversión, de garantía, fiducias inmobiliarias, etc.

Ahora bien, ya en el campo concreto de la fiducia mercantil, se puede decir que dicha figura tiene unas características que le dan su fisonomía y que, como se verá más adelante, son relevantes para la decisión. Se trata de un contrato en virtud del cual una persona (fiduciante o fideicomitente) transfiere a otra (fiduciario) uno o más bienes, con el objeto de que este los administre o enajene y con miras al cumplimiento de una finalidad determinada por el fiduciante.

Una de las características de la fiducia mercantil es que se trata de un negocio jurídico claramente instrumental. Es decir, es un contrato que sirve como medio para obtener otros resultados buscados por las partes. A diferencia de, por ejemplo, la compraventa, en la que la finalidad del contrato se agota con la ejecución del mismo y la consiguiente transferencia de propiedad que la caracteriza, en la fiducia mercantil dicha transferencia no es el fin en sí mismo. Dicha transferencia se hace con el propósito de producir o facilitar otros resultados, como el pago de acreencias, la construcción de inmuebles, la creación de empresas, etc.

Como consecuencia del carácter instrumental de la fiducia mercantil, se producen ciertos efectos de carácter jurídico. El primero es que surgen para el fiduciario algunos deberes, que el artículo 1234 del Código de Comercio califica como indelegables. Dichos deberes, en esencia, consisten en adelantar todas las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad buscada con la

fiducia y en mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los bienes propios del fiduciario y de los que pertenezcan a otros negocios fiduciarios.

En efecto, el hecho de que la fiducia mercantil no sea un contrato de ejecución instantánea, sino que se prolongue en el tiempo, implica que es necesario que el fiduciario, principalmente, aunque también el fideicomitente, adelanten acciones dirigidas a la consecución de la finalidad prevista en el contrato. Por esa razón se dice que la fiducia mercantil es un contrato de colaboración, temporal e *intuitu personae*, ya que son especialmente importantes las calidades profesionales de la entidad fiduciaria.

De hecho, las sociedades fiduciarias son, según lo dispuesto por el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sociedades de servicios financieros, que hacen parte de la estructura del sistema financiero, sus estatutos están especialmente regulados por la ley y por las disposiciones reglamentarias emitidas por las autoridades financieras, y, en general, por tratarse de actividades de interés público, están sujetas a una especial vigilancia e intervención estatal (art. 335, C.P.). Por lo anterior, el contrato de fiducia mercantil presenta características diferentes a los contratos civiles.

Otro de los efectos de la celebración del contrato de fiducia se deriva, precisamente, del deber consagrado en el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, y consiste en que se forma un patrimonio autónomo, conformado por los bienes objeto de la fiducia. El artículo 1233 del Código de Comercio dice que ese patrimonio autónomo queda *“afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*.

El reconocimiento legal de la existencia del patrimonio autónomo tiene dos consecuencias importantes. En primer lugar, que los bienes que conforman dicho patrimonio quedan separados, jurídicamente hablando, del patrimonio tanto del fiduciario como del fiduciante, y de otros patrimonios que estén, eventualmente, a cargo del mismo fiduciario. Y, en segundo lugar, que ese patrimonio queda afecto a una finalidad específica determinada por el acto de constitución.

De manera que, en el contrato de fiducia mercantil, es necesario distinguir dos componentes principales del negocio jurídico: i) la transferencia de bienes del fiduciante al patrimonio autónomo, y ii) el cumplimiento de la finalidad del

fideicomiso. El primero es el aspecto externo del negocio jurídico, que mira solamente al cumplimiento de la premisa básica que le da nacimiento a la fiducia, esto es, la transferencia de la propiedad de los bienes, para que el fiduciario adquiera el señorío sobre los mismos, que es finalmente lo que le permitirá cumplir con el segundo elemento del negocio jurídico. Este segundo elemento es el aspecto interno del negocio, pues se trata ya del cumplimiento de la finalidad para la cual fue celebrado el contrato.

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio y dentro del marco conceptual que se acaba de enunciar brevemente, el asunto a dilucidar es si el hecho de que el Estado le imponga al fiduciario la obligación de hacer provisiones contables en su propia contabilidad, por las eventuales pérdidas que pudieran derivarse de la falta de conciliación o de aclaración de partidas correspondientes al disponible del patrimonio autónomo por ella administrado, es contrario a los elementos característicos del contrato de fiducia mercantil o, utilizando los términos de la demandante, si eso es violatorio del principio de independencia de los patrimonios autónomos.

Lo primero que se debe precisar es que el llamado principio de independencia, como ya se dijo, tiene dos consecuencias importantes: i) que los bienes del patrimonio autónomo tienen una finalidad específica que consiste en el cumplimiento del cometido señalado en el acto de constitución, y ii) que dichos bienes deben estar separados del patrimonio del fiduciante y de los demás patrimonios autónomos. Esta separación tiene, desde luego, una finalidad relacionada con la eficacia misma del negocio jurídico y con la protección de los derechos tanto del fiduciante, como de los beneficiarios, y también, en ciertos casos, de los terceros.

La separación de los bienes implica que los mismos están excluidos de la garantía común de los acreedores del beneficiario y solamente garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso (art. 1227, C. Com.). Lo anterior encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato de fiducia, que es, al mismo tiempo la garantía de los derechos de los beneficiarios. Pero también prevé el Código de Comercio la protección de los derechos de terceros en los eventos previstos en el artículo 1238, es decir, cuando se trata de obligaciones anteriores a

la constitución del fideicomiso o cuando se ha celebrado la fiducia con el propósito de defraudar a dichos terceros.

Es decir, el principio de independencia o de separación de patrimonios, derivado de la fiducia mercantil, debe ser entendido dentro del marco conceptual que guía la celebración y ejecución de dicho negocio jurídico. Esa separación no tiene la misma finalidad, ni la misma justificación, ni los mismos alcances de la independencia que normalmente existe entre los patrimonios de las diferentes personas jurídicas o naturales. Cuando se dice que el patrimonio de Pedro es independiente y autónomo respecto del patrimonio de Juan, esa independencia es natural y se origina en el hecho de que cada persona administra y dispone libremente de sus bienes.

Por el contrario, en el caso de los patrimonios originados en la constitución de una fiducia mercantil, dicha independencia es relativa y limitada. Relativa, porque se trata de patrimonios separados pero cuyo titular es una misma persona, la fiduciaria. Y dicha separación no es absoluta, ya que no se trata de patrimonios cuya administración sea libre, sino que se encuentra afecta a un fin específico claramente determinado en el acto de constitución.

Consecuencia de lo anterior es que las facultades de administración del titular del patrimonio autónomo no son las mismas que el ordenamiento jurídico reconoce al titular de un patrimonio normal. Y como consecuencia de esto, la responsabilidad del administrador es mayor. El artículo 1243 del Código de Comercio dice que el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Es decir, como el contrato de fiducia es, por regla general, celebrado en interés de ambos contratantes –fiduciante y fiduciario reciben beneficios- se sigue la regla general establecida en el artículo 1604 del Código Civil, según la cual, el deudor es responsable hasta de la culpa leve en los contratos que se hacen para el beneficio recíproco de las partes.

Lo cierto es que, independientemente de los alcances de la responsabilidad del fiduciario, existen eventos en los que las pérdidas que ocurran deben ser asumidas por éste y no por el patrimonio autónomo ni por los beneficiarios del fideicomiso. A manera de ejemplo, cuando en virtud del contrato de fiducia corresponde a la fiduciaria el recaudo de dineros y dichos dineros se extravían estando en poder de la fiduciaria, en principio sería ésta quien tendría que

responder por dichos dineros y no los beneficiarios de la fiducia, quienes no tendrían por qué asumir dichas pérdidas. Desde luego, al asumir la fiduciaria dichas pérdidas tendrá que hacerlo con bienes o recursos propios y no con los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo.

En el contexto anterior, es claro que existen eventos en los que ciertos hechos económicos relativos a las operaciones en que se encuentran involucrados bienes que hacen parte del patrimonio autónomo, pueden afectar de manera directa el patrimonio, los bienes y los recursos de la fiduciaria y, por ende, sus estados financieros, y así deberá reflejarse en la contabilidad.

La norma acusada impone a las entidades vigiladas la obligación de hacer provisiones en aquellos eventos en los que se constate la existencia de un riesgo, consistente en pérdidas por falta de conciliación de partidas no aclaradas en un término de 30 días o más.

En otras palabras, lo que la norma hace es reconocer que la falta de conciliación de dichas partidas es un hecho económico relevante que, en caso de que genere el riesgo de pérdida, debe ser registrado como una contingencia y debe hacerse la provisión respectiva.

La razón de ser de dicha disposición es clara. La pérdida o riesgo probable de pérdida que, en principio, sea atribuible a la administradora del fideicomiso, es una pérdida que, en caso de materializarse, esto es, en caso de convertirse en hecho cierto, tendría que ser asumida por la fiduciaria y afectar sus estados de resultados.

Lo anterior no es violatorio del principio de independencia de los patrimonios, ya que no es que los hechos económicos del patrimonio autónomo se registren en la contabilidad de la fiduciaria, sino que se trata de un hecho económico propio de la fiduciaria. Es una falta de conciliación de cuentas que puede llegar a producir una pérdida para la fiduciaria, pues es ésta la que deberá responder con sus recursos propios y no el patrimonio autónomo.

No sobra decir que la norma acusada no establece responsabilidades para las fiduciarias. Mal podría hacerlo, teniendo en cuenta que se trata de normas cuya finalidad es la de acoger principios de contabilidad y definir las cuentas

respectivas. Esa responsabilidad ya está definida y regulada en el Código de Comercio y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Y, además, la provisión no es ni automática ni definitiva. Lo primero, porque para que nazca la obligación de constituir la provisión se deben cumplir tres presupuestos: i) que haya partidas pendientes de aclaración, ii) que, una vez transcurridos 30 días, dichas partidas no hayan podido ser conciliadas, y iii) que esa ausencia de conciliación pueda llegar a generar pérdidas. Y, en segundo lugar, aún en el caso de que se den los presupuestos para la constitución de la provisión, si la pérdida finalmente no se produce, dicha provisión quedará sin efecto y no resultará afectado el estado de resultados de la fiduciaria.

Ahora bien, para hacer referencia a los argumentos de la demandante, debe decir la Sala que no es que en este caso se imponga a las fiduciarias el deber de responder por obligaciones derivadas de los negocios fiduciarios, ya que la obligación de responder por pérdidas ocurridas como consecuencia de la falta de conciliación de cuentas no es una obligación derivada del negocio fiduciario, sino de inexactitud en las partidas contables que no se logran finalmente aclarar. Esa obligación, la de conciliar las cuentas, es de la fiduciaria.

Si se admitiera la tesis de la demandante, según la cual, el principio de independencia es absoluto, se llegaría a una conclusión contraria a las características del contrato de fiducia. En efecto, adscribir al patrimonio autónomo toda la responsabilidad por las obligaciones nacidas, aún de las decisiones y omisiones de la administración del negocio fiduciario, produciría como resultado que la autonomía, cuya finalidad debería ser la de dar eficacia al fideicomiso y proteger los derechos e intereses de beneficiarios y terceros, terminaría favoreciendo la ausencia de responsabilidad del fiduciario, la ineficacia del fideicomiso y la vulneración o cuando menos el riesgo de violación de los derechos de beneficiarios, terceros y del mismo fideicomitente.

No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO. Violación de los artículos 12 y 15 del Decreto 2649 de 1993. Principios de la contabilidad generalmente aceptados – principios de realización y de revelación plena.

El cargo consiste en que la norma cuya nulidad se demanda violó la definición formal de provisión como concepto contable, es decir, como reconocimiento, tanto en el pasivo, como en el gasto, de un riesgo, cierto o incierto, ya que dicho riesgo no necesariamente se deriva de la mala gestión del administrador del patrimonio autónomo. Agregó que dichos riesgos pueden originarse, por ejemplo, en la existencia de partidas o gastos en discusión con el banco girador, gravámenes a los movimientos financieros no aplicables a la cuenta giradora, partidas no identificadas por falta de información del cliente que hace la consignación, consignaciones en medios manuales o con datos erróneos, o notas débito no identificadas.

También dijo que los hechos económicos deben reflejarse en la contabilidad a la que pertenecen, es decir, en la contabilidad del fideicomiso, y no en la contabilidad de la compañía administradora (fiduciaria), pues de lo contrario se distorsionan ambas contabilidades. En primer lugar, la contabilidad del fideicomiso quedaría subestimada en sus gastos, por no tener registrada la provisión, y en segundo lugar, la contabilidad de la fiduciaria quedaría sobreestimada en sus gastos, pues registraría gastos y provisiones que no le son propios, ya que pertenecen a terceros administrados (fideicomisos).

Al respecto, la Sala manifiesta que, como ya se dijo al analizar el primer cargo, el riesgo que se busca cubrir con la provisión contemplada en la disposición acusada no es un riesgo del patrimonio autónomo, sino de la fiduciaria. Es el riesgo que consiste en que, en virtud de la no conciliación de cuentas, se produzca una pérdida para el patrimonio autónomo por la cual deberá finalmente responder la fiduciaria. En otras palabras, la pérdida se traslada del patrimonio autónomo a la fiduciaria y, en consecuencia, el riesgo (y, por ende, la provisión) lo debe soportar la fiduciaria.

No prospera el cargo.

TERCER CARGO. Responsabilidad objetiva

El cargo consiste en que la disposición acusada contempla una responsabilidad de naturaleza objetiva, ya que parte de la premisa de que las provisiones a que alude la norma obedecen a una irregularidad de la fiduciaria, irregularidad por la que

debería ser llamado a responder en caso de que así lo considerara la Administración.

Dicha responsabilidad objetiva se deriva, dijo la demandante, de la explicación que dio la Superintendencia Financiera mediante la Circular 08 de 2002, que decía:

*“Ahora bien, las provisiones de las partidas sin regularizar de los negocios fiduciarios se hacen con cargo al estado de resultados de la sociedad fiduciaria, en la medida en que la obligación de conciliar tales partidas le corresponde a esta y por ende, las provisiones que se deriven de esta **irregularidad** no deben afectar el estado de resultados de cada negocio fiduciario en particular”.*

Del texto de dicha Circular, deduce la demandante que se dio a la provisión el carácter de irregularidad y, por ende, de una conducta que constituye fuente de responsabilidad objetiva. Lo anterior, dijo la demandante, es contrario a la presunción de buena fe contemplada en el artículo 83 de la Constitución Política.

La Sala considera que la disposición acusada no contempla un caso de responsabilidad objetiva. En primer lugar, se reitera que la disposición acusada solamente contiene un mandato dirigido a las entidades del sector financiero para que realicen provisiones en aquellos casos en que se den los presupuestos contemplados en dicha norma y que ya fueron explicados. El fundamento de dichas provisiones, en el caso específico de las sociedades fiduciarias no es la resolución acusada, sino la ley (Código de Comercio y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que regula el régimen de responsabilidad de las fiduciarias.

Ahora bien, el deber que la disposición acusada contempla no va más allá de la constitución de una provisión. Si con fundamento en las normas sustantivas vigentes se llega a la conclusión de que no existe responsabilidad de la fiduciaria por las pérdidas ocurridas, desde luego que la provisión quedaría sin efecto. Pero, en principio, ante la presencia de cuentas no conciliadas en los términos señalados en la norma acusada, se debe cumplir con el deber de constituir la provisión.

Finalmente, precisa la Sala que el hecho de que en la Circular 08 de 2002, la Superintendencia Financiera haya explicado que las mencionadas provisiones originadas en lo que llamó “irregularidades”, no debían afectar el estado de resultados de los patrimonios autónomos, no puede conducir a la conclusión de que se trata de una especie de responsabilidad objetiva, ya que el término por sí solo no tiene esa connotación. En efecto, entendiendo por irregularidad aquello que participa de la cualidad de irregular, el término indica todo lo que está fuera de la norma. Es decir, es un término que simplemente muestra que existen cuentas que no han sido debidamente conciliadas o ajustadas.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidenta de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**