

*Circular Básica
Jurídica*

Fiduciarias AGD

Fondos Ganaderos

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

TÍTULO QUINTO DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS, ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO Y FONDOS GANADEROS

CAPÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1.1 Concepto de Negocio Fiduciario

Para los efectos de este Capítulo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) y en el Código de Comercio, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan.

Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario. Para la interpretación de los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

1.2 Otras operaciones y/o contratos autorizados a las sociedades fiduciarias

Incluidas las operaciones y contratos permitidos a las sociedades fiduciarias, enumerados en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, éstas podrán:

1.2.1 Celebrar contratos de Cuentas de Margen en los términos señalados por el Decreto 666 de 2007 o aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

1.2.2 Administrar Fondos de Pensiones Voluntarias (Fondos de Pensiones de Jubilación e Invalidez) en los términos del numeral 1° del artículo 168 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

1.2.3 Administrar Carteras Colectivas en los términos del Decreto 2175 de 2007 y en el Título VIII de la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica) o aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

1.2.4 Actuar como custodios de los activos provenientes de las carteras colectivas, en los términos del artículo 75 y siguientes del Decreto 2175 de 2007 o aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

1.2.5 Actuar como Agente Liquidador de las entidades públicas del orden nacional, en los términos del Decreto 254 de 2000 y como agentes liquidadores de empresas de acuerdo con lo señalado en la Resolución No. 100-000285 del 2 de marzo de 2004 de la Superintendencia de Sociedades.

1.2.6 Actuar como Representantes Legales de Tenedores de Bonos y/o valores emitidos en procesos de titularización en los términos del literal d) del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las disposiciones contenidas en la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores o aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

2. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

En la celebración de los negocios fiduciarios deberán tenerse en cuenta las siguientes previsiones:

2.1 Redacción y presentación

Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal que sean de fácil comprensión para los usuarios; los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles y reflejar con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato para cada una de las partes que se vinculen a él, independientemente de su posición contractual.

En los contratos de adhesión o de utilización masiva, toda cláusula limitativa y en general las sanciones, penalizaciones o cláusulas penales a cargo de los fideicomitentes o beneficiarios, deberán presentarse en caracteres destacados, en la primera página del contrato y dejarse constancia, en el momento de la suscripción o celebración del contrato, de que el firmante las conoció y aceptó.

2.2 Previsiones generales

2.2.1 Normas y principios a considerar

a. En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán atenderse las demás disposiciones imperativas aplicables a cada negocio en particular; así como, las propias de la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre y la equidad natural al tenor de lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.

b. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el Decreto 1049 de 2006, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

i) **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

ii) **Deber de asesoría.** Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el ordinal anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente será obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario deberá dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

iii) **Deber de protección de los bienes fideicomitados.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes hayan sido sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio.

iv) Deber de lealtad y buena fe. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que éstos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés.

v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios.

vi) Deber de previsión. La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitados y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

c. Deberá evitarse consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración.

d. Deberá hacerse claridad sobre el alcance jurídico que tendrán las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente, precisando de qué manera éstas tienen la virtud de modificar, complementar o desarrollar el contrato fiduciario.

e. Deberá evitarse la inclusión de cláusulas potestativas en las cuales se concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato.

f. Deberá evitarse consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los deberes atrás mencionados.

2.2.2 Interpretación

Los negocios fiduciarios se interpretarán teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como la oferta, la aceptación de la oferta, las instrucciones generales, la aceptación de las mismas y cualquier acto similar.

Cada una de las partes en los negocios fiduciarios deberá recibir copia del contrato, así como de los demás actos y documentos que lo integren y complementen.

2.2.3 Prohibición general

En los términos del Parágrafo del artículo 1° del Decreto 1049 de 2006 o demás normas que lo modifiquen o sustituyan, el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales, en razón de lo cual le corresponde a la sociedad fiduciaria desarrollar acciones que le permitan evitar que el negocio fiduciario se convierta en un instrumento de fraude a la ley. Para tales efectos, deberá acudir a todas las herramientas de administración y gestión de riesgos que las disposiciones normativas le permitan.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.2.4 Práctica insegura

Con fundamento en lo señalado en el artículo 326, numeral 5°, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia califica como práctica ilegal e insegura la estructuración y celebración de contratos de fiducia mercantil en cuyo objeto esté previsto que para la obtención de recursos se permita la vinculación de terceros, llámense inversionistas, cesionarios de beneficios, acreedores, o cualquier otra denominación similar, o que impliquen la recepción de recursos en calidad de aportes con cargo al pago del precio de los derechos de beneficio cedidos, en los cuales la Fiduciaria no se haya reservado la potestad de oponerse al ingreso de dichos terceros o no asuma responsabilidad alguna en la verificación de la legalidad de tales operaciones y en la procedencia y origen lícito de tales recursos.

Así mismo, con igual fundamento, se considerará práctica ilegal e insegura la inclusión de cláusulas en el contrato fiduciario que guarden las características de la conducta prevista en el literal c) del numeral 2.2.1 de este Capítulo.

2.2.5 Condiciones inequitativas e ilegales

De conformidad con lo estipulado en el numeral 4.1. del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003 o demás normas que los sustituyan o modifiquen, en la celebración de las operaciones propias de las entidades financieras no podrán convenirse cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.

Se entiende por cláusulas abusivas aquellas que buscan reportar una ventaja para el proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.

2.2.6 Conflictos de interés

En desarrollo del deber de lealtad antes expuesto, en todos los negocios fiduciarios corresponde a las sociedades fiduciarias evitar y evaluar, frente a cada caso particular, la posible incursión en situaciones de conflictos de interés en los términos del numeral 9°, artículo 146 del E.O.S.F.

Así las cosas, en los contratos respectivos deberá dejarse constancia expresa de la realización de tal evaluación, junto con los mecanismos previstos para conjurar la eventual configuración de situaciones que den origen a conflictos de interés y su solución. Dicha circunstancia será obligatoria cuando quiera que la sociedad fiduciaria tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas. Para los efectos de este Capítulo se entenderán como vinculados las personas o entidades definidas en el cuarto inciso del numeral 7 del Capítulo Cuarto del Título IV de la Circular Básica Jurídica.

Para los efectos de este Capítulo se entenderá que hay conflicto de interés, entre otros, en las siguientes operaciones:

- En los negocios celebrados entre fideicomisos administrados por una misma sociedad fiduciaria.
- En los negocios celebrados entre la Fiduciaria y sus vinculados, y los fideicomisos administrados por la Sociedad Fiduciaria.

2.3 Contenido de los contratos

Sin perjuicio de las cláusulas que se deban incorporar en el contrato en virtud de las previsiones generales anteriormente expuestas, todos los contratos de los negocios fiduciarios deberán contener las que se señalan a continuación:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.3.1 Objeto. Comprenderá las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocio fiduciario celebrado. De la lectura del objeto del contrato deberá quedar clara la conveniencia y necesidad de la utilización del vehículo fiduciario.

2.3.2 Bienes fideicomitidos. Se indicarán los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fideicomitidos, la cual debe atender siempre la naturaleza de los bienes y la finalidad señalada por el fideicomitente, según el tipo de negocio fiduciario a desarrollar.

Cuando los bienes fideicomitidos sean derechos en contratos, bienes futuros sujetos a condición suspensiva de que existan, bienes o derechos intangibles o contratos accesorios, en el contrato se deberá especificar claramente dicha connotación indicando las implicaciones y los riesgos que de dicha circunstancia se deriven, así como la forma como se efectuará su valoración.

Cuando los bienes fideicomitidos consistan en acciones, cuotas o partes de interés de sociedades, en el libro de registro de accionistas o en los respectivos estatutos, según corresponda, deberá figurar como accionistas o socio la sociedad fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo o del fideicomiso respectivo.

La destinación de los recursos recibidos, para efectos de su inversión, sólo puede ser establecida por el propio fideicomitente de manera expresa.

Por lo anterior, el mecanismo subsidiario de inversión consagrado en el numeral 3 del artículo 151 del EOSF modificado por el artículo 109 del Decreto 2175 de 2007 no puede hallarse preimpreso en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica.

2.3.3 Rendimientos o utilidades. Cuando quiera que en desarrollo de la gestión sobre los bienes fideicomitidos éstos generen rendimientos o utilidades, deberá establecerse el uso y destino que se dará a los mismos, así como el momento para su ejecución.

2.3.4 Obligaciones y derechos de las partes contratantes. Se estipularán en cláusulas separadas las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos deberán convenirse con arreglo a lo establecido en este Capítulo.

Las obligaciones, los derechos y las limitaciones deben guardar relación de causalidad con la finalidad perseguida en el contrato.

2.3.5 Remuneración. Se expresarán los valores o factores sobre los cuales se determinará la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.

En aquellos contratos cuya ejecución conlleve la celebración de otros contratos o negocios fiduciarios con el fin de dar cumplimiento al objeto contratado, deberá establecerse claramente, si a ella hubiere lugar, la remuneración, la forma y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.

En igual sentido, deberá establecerse la remuneración de los recursos administrados a través de carteras colectivas, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el reglamento de la cartera colectiva correspondiente. Todo lo anterior a fin de que el fideicomitente y/o beneficiario conozcan con claridad la comisión total que se pagará a la sociedad fiduciaria.

En todo caso, no se pueden establecer formas de remuneración con las cuales se imite la garantía de un resultado o se desnaturalice la obligación del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitidos.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Igualmente deberá buscarse que la comisión fiduciaria sea una verdadera remuneración al trabajo, responsabilidad y funciones asumidas por la Fiduciaria.

2.3.6 Terminación del negocio fiduciario. Deberá señalarse la forma como se transferirán los bienes y activos del negocio que existan al momento en que ocurra una cualquiera de las causales de extinción del contrato previstas en el mismo o en la ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto, así como la forma como se atenderán las obligaciones generadas en el negocio, cuando a ello haya lugar. Igualmente deberá preverse la manera de dar por terminado el negocio fiduciario cuando quiera que el fideicomitente incumpla con sus funciones de contribuir a los gastos del fideicomiso si así se pactare o cuando el fideicomiso no cuente con recursos para atender tales gastos si los mismos estuvieren a su cargo.

2.3.7 Órganos asesores y/o administradores. Si existen juntas o cuerpos colegiados con carácter de asesores y/o administradores, deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración.

La designación de sus integrantes deberá hacerse por los fideicomitentes (sean estos adherentes o no) y/o por los beneficiarios del respectivo contrato, según se pacte, salvo que la designación corresponda al fiduciario en ejercicio de la gestión encomendada en el contrato, teniendo en cuenta y precisando la responsabilidad que de tal hecho se derive.

2.3.8 Gastos. En el contrato deberán señalarse los gastos que serán de cargo del fideicomiso, particularmente aquellos que no correspondan a la operación normal del mismo, en especial los relacionados con avalúos, pagos de impuestos, realización de peritajes, etc.

Deberá entenderse como gasto del fideicomiso las erogaciones a su cargo, siguiendo para el efecto los lineamientos señalados en el subnumeral 2.3.5 anterior. Lo anterior sin perjuicio de que la remuneración pueda ser asumida directamente por el fideicomitente.

En todo caso deberá preverse la manera de suministrar los recursos para atender todos los gastos que conlleve el negocio fiduciario y las consecuencias que se deriven para el desarrollo del negocio en caso de la inexistencia de recursos.

2.3.9 Gestión de riesgos. Dentro de los contratos respectivos deberán incluirse cláusulas en las que se prevean los mecanismos para el cumplimiento de las políticas y estándares establecidos por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio y la forma como tales estándares deberán ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios de los negocios fiduciarios. En este sentido el contrato no podrá limitarse en este punto a la simple exclusión de responsabilidades por parte de la Fiduciaria.

2.3.10 Avalúos de los bienes fideicomitados. Atendiendo la clase de negocio fiduciario del que se trate, se debe prever claramente en el contrato: *i)* la periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos, *ii)* la obligación del fideicomitente de aportarlos y/o de proveer recursos para sufragarlos, *iii)* las consecuencias e implicaciones que para las partes, deudores y acreedores del fideicomiso acarrea el incumplimiento de dicha obligación, y *iv)* El alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria en la contratación, designación del evaluador y contenido del avalúo.

2.3.11 No localización de fideicomitentes, beneficiarios y/o acreedores garantizados. El contrato debe prever con claridad el procedimiento a seguir en los casos en los cuales no fuere posible la localización del (os) fideicomitente (s), beneficiario (s) y/o acreedor (es) garantizado (s), de forma tal que la sociedad fiduciaria pueda cumplir a cabalidad sus obligaciones y ejercer sus derechos.

2.3.12 Liquidación. Debe establecerse de modo claro el procedimiento para la liquidación del contrato y los términos para hacerla, incluyendo los eventos en los cuales haya necesidad de hacer pagos por conceptos de impuestos, tasas, contribuciones, etc., para la restitución de los bienes fideicomitados.

2.4 Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La instrumentación de los contratos fiduciarios se realizará conforme con su naturaleza y con la de los bienes fideicomitidos.

En términos generales se establece que cuando se trate de un contrato de fiducia mercantil, tal como lo señala el artículo 1228 del Código de Comercio, éste deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes y la constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.

De acuerdo con el numeral 2º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.

En tal orden de ideas y de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 847 de 1993, los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles. En consecuencia, tales contratos podrán constar en documentos privados y si la propiedad del bien se haya sujeta a registro, dicho documento deberá registrarse en los términos y condiciones previstos en el artículo 16 de la Ley 35 de 1993 y del artículo 7 del Decreto 650 de 1996.

En concordancia con lo anterior y de conformidad con el artículo 123 de la Ley 1116 de 2006 y las normas que la desarrollen, modifiquen o deroguen, y en particular de lo previsto en el Decreto 2785 de 2008, los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que consten en documento privado deberán inscribirse en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante.

3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

3.1. De acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios.

Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.

3.2. Para los efectos de este Capítulo se entienden por contratos de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrado adhieren otros fideicomitentes, quienes sólo pueden expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad. Para que se considere como un contrato de adhesión no debe existir necesariamente una parte contratante que sea superior económicamente sobre la otra.

Por otra parte, por contratos de prestación masiva se entienden aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión.

3.3. Las entidades fiduciarias deberán presentar ante esta Superintendencia, para la evaluación que le compete, los modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios que pretendan implementar o sus modificaciones o adiciones.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El alcance del pronunciamiento de la Superintendencia se limita únicamente a la revisión de los modelos de contrato y en ningún momento constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto de la validez o eficacia del negocio jurídico, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución y/o liquidación, así como de las obligaciones y derechos de las partes intervinientes, o relacionado con los conflictos de orden contractual que puedan surgir con ocasión del desarrollo del mismo.

No obstante lo anterior, la Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de su utilización y exigir las modificaciones a que haya lugar, cuando dichos contratos en su celebración o ejecución desconozcan alguno de los requisitos señalados en este Capítulo o en una disposición imperativa.

Tratándose de contratos de adhesión las sociedades fiduciarias deberán entregar a sus clientes al momento de la adhesión todos los documentos jurídicos que hagan parte del contrato al cual adhieren.

Los contratos fiduciarios diferentes de los de adhesión y/o de prestación masiva de servicios no estarán sujetos a la evaluación previa por parte de la Superintendencia Financiera, sin que ello signifique que sus términos puedan apartarse de lo dispuesto en este Capítulo y en las normas legales vigentes.

4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 1238 DEL CÓDIGO DEL COMERCIO.

En relación con las facultades que le asisten a los acreedores del fideicomitente, anteriores a la celebración de un contrato de fiducia mercantil, de perseguir los bienes fideicomitados en los términos del artículo 1238 del C.Co, es pertinente hacer las siguientes precisiones:

4.1. Aspectos sustanciales:

4.1.1. Los bienes fideicomitados podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma es viable la acción pauliana cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en perjuicio de los acreedores y medie mala fe de las partes, a lo cual hace referencia el inciso 2o. del artículo 1238 del C de Co.

4.1.2. Desde el punto de vista estrictamente sustancial y atendiendo a su tenor literal, el artículo 1238 del Código de Comercio sólo tiene sentido en la medida en que se refiera a los contratos de fiducia mercantil definidos en el artículo 1226 ibídem.

Partiendo de este hecho, debemos recordar cómo a los contratos de fiducia mercantil -por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio- les resultan aplicables “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación modo de extinguirse anularse o rescindirse (...), a menos que la ley establezca otra cosa.

Una de las normas propias del derecho civil de las obligaciones que por la mencionada remisión expresa que hace el artículo 822 del Código de Comercio resulta aplicable tratándose de contratos de fiducia mercantil, es el artículo 1602 del Código Civil.

Siendo ello así, no queda entonces duda que tratándose de contratos de fiducia mercantil, el inciso 1o. del artículo 1238 consagra una “causa legal” para deshacer sus efectos, tanto más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el numeral 8o. del artículo 1240 ibídem que prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la “acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario”.

Con todo, para abundar las razones que contribuyan a reforzar aún más la anterior conclusión, debe tenerse en cuenta que el deudor deberá pagar a sus acreedores oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, queden afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Empero, el deudor puede asumir respecto de sus acreedores una conducta que en lugar de mantener o acrecentar su patrimonio, lo que produce es un desequilibrio entre el activo y el pasivo del mismo, al disponer de sus bienes debilitando su patrimonio y ocasionando o agravando en esta forma su estado de insolvencia.

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las consecuencias de la conducta del deudor cuando el medio utilizado para disponer de sus bienes es la celebración de un contrato de fiducia mercantil.

Al respecto, debe analizarse previamente la estructura técnica del contrato de fiducia mercantil a la luz de lo dispuesto en los artículos 1226 y 1233 del Código de Comercio. De tales disposiciones se desprende sin dificultad que el conjunto de bienes fideicomitidos sale real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente y del Fiduciario (art 1227C Co). Es decir constituye un patrimonio autónomo especialmente afecto al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.

4.1.3. El artículo 1238 citado señala que los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración podrán “perseguir” los bienes objeto del mismo, por tal razón, debe aclararse cuál es el sentido de la expresión “perseguir” a efectos de establecer el verdadero alcance del derecho que le asiste a tales acreedores.

El numeral 8o. del artículo 1240 ya citado, ilustra el contenido y alcance del inciso 1o. del artículo 1238 ibídem, toda vez que es evidente que tanto en una como en otra hipótesis normativa estamos en presencia de acciones de carácter personal que sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio fiduciario traslativo y que, de suyo, presuponen un proceso de reintegración del patrimonio del deudor-fideicomitente frente a tales acreedores.

En idéntico sentido, se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor-fideicomitente derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.

Lo dicho, sin embargo, no equivale a significar que en el caso que se analiza nos encontramos en presencia de una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado, toda vez que ella -como se expresó- se halla circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores derivado del hecho de disminuir o suprimir bienes del patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia.

Finalmente, para el ejercicio válido de ese “derecho de persecución de los bienes fideicomitidos” de que trata el inciso 1o. del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese “derecho de persecución” - que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente.

Solución contraria a la antes expuesta iría en contravía del principio de contradicción de las actuaciones judiciales y, por ende, conduciría al error jurídico de desconocer el contenido y alcance del artículo 1602 del Código Civil.

4.2. Aspectos procesales: No obstante que nuestro ordenamiento jurídico regula la situación en que se encuentran los acreedores frente a su deudor que ha disminuido o suprimido bienes de su patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia, de suerte que éste resulta insuficiente para atender sus obligaciones, lo cierto es que las soluciones que frente a tales hipótesis suelen darse por aquél tienen carácter excepcional.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Y no podría ser de otra manera, toda vez que en las mencionadas hipótesis nos encontramos frente a un caso en el cual se trata de deshacer un negocio jurídico válidamente celebrado.

Precisamente dentro de los anteriores supuestos fácticos se enmarca el derecho que, en los términos del inciso 1o. del artículo 1238 del Código de Comercio, le asiste a los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración de un contrato de fiducia mercantil de perseguir los bienes fideicomitados que conforman el respectivo patrimonio autónomo; derecho cuyo ejercicio implica, a no dudarlo, la posibilidad de que se declare su extinción con fundamento en lo dispuesto en el ya citado numeral 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio.

Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo.

En materia de fiducia mercantil los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, conformando un verdadero "patrimonio de afectación" que el citado artículo 1233 del Código de Comercio califica como "patrimonio autónomo", sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario.

Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario-.

Bajo la anterior perspectiva, los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil tienen el carácter de terceros en relación con el patrimonio autónomo, máxime si se atiende al hecho de que frente a tales acreedores el patrimonio autónomo no ostenta la calidad de deudor.

En consecuencia, se estima que para el correcto ejercicio de la acción de que trata el inciso 1o. del artículo 1238 del Código de Comercio y el buen éxito de la misma se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

4.2.1. En primer lugar, le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.

Al respecto, es necesario poner de presente que no por el hecho de tratarse de un acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia mercantil está legitimado per se para ejercer la acción de persecución de los bienes fideicomitados, toda vez que si la obligación, vb.gr., está sometida a condición suspensiva, sólo tendrá facultad para solicitar medidas conservativas en los términos del artículo 1549 del Código Civil.

4.2.2. En segundo lugar, corresponde al actor acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos.

En tal virtud, no es cualquier acreedor el que tiene derecho para ejercitar la acción que se comenta, toda vez que para que ésta prospere, el interés jurídico debe ser actual, esto es, debe tratarse de un interés protegido por la ley que resulta burlado o desconocido por la conducta del deudor.

En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un “*eventus damni*” sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción.

Si, no obstante lo anterior, se admitiera una demanda presentada sin que mediase ese interés jurídico al que nos hemos venido refiriendo, el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de “discusión de bienes”, medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4o. del artículo 1234 del Código de Comercio de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.

4.2.3. Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitados por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario.

4.3. Efectos de la declaratoria judicial de extinción del negocio fiduciario frente a las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo. Decretada la extinción del negocio fiduciario con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio y para los efectos previstos en el artículo 1238 ibídem, debe aclararse qué sucede con las obligaciones que, como titular y vocera del patrimonio autónomo, contrajo la sociedad fiduciaria en orden al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

Al efecto, se debe partir de la consideración según la cual, siendo el contrato un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones y teniendo en cuenta que tales obligaciones no pueden desaparecer sino por el mutuo consentimiento de las partes contratantes o por causas legales (art. 1602 Código Civil), es evidente que ocurrida la terminación del contrato cesan o terminan, igualmente, las obligaciones nacidas del mismo y, en este orden de ideas, es necesario proceder a su liquidación.

A este respecto, el numeral 7o. del artículo 1234 del Código de Comercio señala dentro de los deberes indelegables del fiduciario el de, “(...) transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario (...)”

En concordancia con la anterior disposición legal, el artículo 1242 ibídem prevé que, “(...) salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitados pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos (...)”.

En conclusión, ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes fideicomitados, previa la rendición y liquidación comprobada de cuentas de la gestión fiduciaria que constituye el efecto natural y obvio de dicha terminación.

Obviamente, dicha rendición y liquidación de cuentas, como paso previo a la restitución de los bienes fideicomitados, presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender a su eventual cancelación; entendiéndose que el remanente es el que es objeto de restitución. De esta forma se da cabal cumplimiento al precepto contenido en el artículo 1227 del Código de Comercio.

5. NORMAS ESPECIALES RESPECTO DE CIERTOS CONTRATOS FIDUCIARIOS

Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en este Capítulo, para el caso de determinados contratos fiduciarios se deberá tener en cuenta lo siguiente:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

5.1. CONTRATOS DE FIDUCIA DE INVERSIÓN.

5.1.1 Fideicomiso de inversión

Como quiera que, de conformidad con el numeral 2o del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las operaciones de fiducia de inversión se podrán celebrar por medio de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios, es necesario que en los contratos se indique de manera precisa cuál de las dos modalidades anteriores se está adoptando, aún en los casos en que el contrato se origine a partir de los denominados documentos de “oferta comercial” o similares, amén de respetar las formalidades legales exigidas para cada uno de estos tipos negociales.

5.1.2 Modelos preimpresos y Destinación específica de los recursos fideicomitados

Como quiera que la destinación de los recursos recibidos a título de negocio fiduciario de inversión sólo puede ser establecida por el propio fideicomitente debiéndose aplicar, en su defecto, el mecanismo subsidiario previsto en el parágrafo del numeral 3o artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es claro que la entidad fiduciaria en ningún caso y de manera unilateral puede señalar tal destinación. Por lo anterior, esa destinación no puede hallarse preimpresa en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica.

5.1.3 Delegación de la Profesionalidad

De conformidad con lo establecido en el artículo 1226 del Código de Comercio, el fiduciario se obliga a administrar o enajenar los bienes fideicomitados para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, y el numeral 3 del artículo 1234 del Código de Comercio establece dentro de los deberes indelegables del fiduciario el de *“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”*.

En este orden de ideas, en los contratos de fiducia de inversión, no procede la administración de los recursos por un beneficiario ni por el fiduciante ni mucho menos por terceros para la consecución de la finalidad del fideicomiso, de modo tal que otra persona diferente al fiduciario lo sustituya como obligado, pues es un elemento esencial del contrato que la fiduciaria administre o enajene los bienes transferidos por el constituyente.

En los casos en que la sociedad fiduciaria requiera de un tercero para cumplir con sus obligaciones de manera adecuada y profesional v.gr. para acceder a mercados u opciones que por sus especiales características y condiciones no son parte del quehacer habitual de la sociedad fiduciaria o no le está permitido acceder, podrá subcontratar esas operaciones sin actuar en desmedro de los intereses del fideicomiso, en condiciones de transparencia y en todo caso dichas subcontrataciones deberán estar acordes con la finalidad del contrato y con las instrucciones y autorizaciones impartidas expresamente por el fideicomitente.

Además, la sociedad fiduciaria responderá porque esas premisas se cumplan y porque la rentabilidad de la operación y el costo-beneficio de haberla celebrado utilizando otro intermediario, no vaya en desmedro de la finalidad del contrato mediante el cual se confió el manejo de los recursos en la sociedad fiduciaria como administradora profesional, ni se haya hecho en circunstancias que impliquen conflicto de interés.

De este modo, la sociedad fiduciaria no puede delegar en un tercero la ejecución del objeto mismo del contrato y la administración de los bienes transferidos, pues con ello estaría haciendo una delegación de profesionalidad, salvo disposición legal expresa que lo permita.

5.2. CONTRATOS DE FIDUCIA INMOBILIARIA

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Corresponde a las sociedades fiduciarias divulgar de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades, pues su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc., para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación.

Así, las referidas sociedades fiduciarias deberán i) realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto, ii) contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y iii) efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

En este sentido, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra, se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.

Tratándose de los negocios fiduciarios llamados de “preventas” cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra, en desarrollo del artículo 97 del EOSF resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:

- Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.
- Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.
- Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.
- Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.
- La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.
- Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria, como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.
- La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por la cartera colectiva o el mecanismo que se escoja.

Conviene recordar además, que de conformidad con lo previsto en el numeral 4º. del artículo 146 EOSF, en concordancia con lo establecido en el numeral 1º del Capítulo Primero, Título V de la Circular Externa 007 de

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

1996, siempre que estos acuerdos revistan las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tales y deben ser sometidos previamente a autorización de la SBC.

De estos contratos, en cuanto sea necesario para dar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, deben hacer parte, a su vez, los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto inmobiliario, razón por la cual se deberá entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de fiducia respectivo.

Con respecto a la publicidad de este tipo de negocios, el numeral 2.6, literal c. del Capítulo Sexto del Título I de la Circular Externa 007 de 1996, en el cual se establecen las condiciones para la publicidad de fiducias inmobiliarias, advierte que en todos los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios, así como en la papelería que se utilice para tales efectos, deberá informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria.

Se resalta que la inobservancia de esta instrucción es considerada como práctica insegura al tenor de lo dispuesto en la letra a) del numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Bajo este entendido, las sociedades fiduciarias deben recordar que en la difusión de sus programas publicitarios, bajo cualquier modalidad, les corresponde entre otras cosas:

- a. Explicar con claridad cual es el tipo de gestión que desarrollará la entidad en el proyecto, es decir, si se adelantará la administración de tesorería del proyecto, la vigilancia de todas las etapas de la obra, la inversión de los recursos que ingresen al fideicomiso, y demás conceptos de este tipo de fideicomiso, de manera que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros dentro de los cuales se desarrollará la actividad de la sociedad fiduciaria.
- b. En los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se deben exponer al público carteles o afiches fácilmente visibles en donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto.

5.3. CONTRATOS DE FIDUCIA EN GARANTÍA.

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

5.4. NEGOCIOS FIDUCIARIOS CON ENTIDADES PÚBLICAS.

De conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007, en los decretos reglamentarios de dichas leyes y, sin perjuicio del contenido de las disposiciones generales del presente Capítulo, en relación con los negocios fiduciarios que se celebren con las entidades públicas de acuerdo con la normatividad aplicable a los recursos objeto del contrato, deberán tenerse en cuenta las siguientes instrucciones:

5.4.1. Tratándose de entidades estatales, entendiéndose por tales las señaladas en el numeral 1º del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, las normas a ellas aplicables reconocen expresamente la posibilidad de celebrar, en calidad de fideicomitentes, única y exclusivamente contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Los encargos fiduciarios señalados, podrán tener por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades estatales fideicomitentes celebren, así como la administración de los fondos o recursos destinados a la cancelación de obligaciones nacidas de la celebración de contratos estatales de acuerdo con lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con lo anterior, las sociedades fiduciarias no podrán celebrar con las entidades estatales negocios fiduciarios distintos a los señalados.

En relación con los negocios fiduciarios que se celebren para administrar o manejar recursos que cubran más de una vigencia fiscal, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1550 de 1995, necesitarán en cuanto a la remuneración que se pacte con la sociedad fiduciaria, autorización previa a la apertura de la licitación o concurso, de manera general o particular, emanada del Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS.

Igualmente, tal autorización será necesaria ante la adición, prórroga o reajuste de los contratos celebrados que cubran más de una vigencia fiscal.

En todo caso, el régimen de inversiones de los excedentes de liquidez de los establecimientos públicos del orden nacional y de las entidades estatales del orden nacional, de las empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, dedicadas a actividades no financieras y asimiladas a éstas, de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial, de las sociedades de economía mixta con participación pública inferior al 90% de su capital, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del estado superior al 50% de su capital social y de los organismos autónomos, se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1525 de 2008 y de las normas que lo adicionen o modifiquen.

5.4.2. La firmeza y seguridad jurídicas de un contrato de fiducia pública o de un encargo fiduciario, según el caso, dependen necesariamente de que tanto la entidad estatal como la sociedad fiduciaria que pretende vincularse contractualmente con ella, acaten y respeten en la práctica todos los presupuestos, formas y formalidades que informan la contratación administrativa, o dicho de otro modo, no resulta viable, desde el punto de vista jurídico, celebrar contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007 o de las que las deroguen, modifiquen o adicionen.

En este sentido se reitera la prohibición general mediante la cual en los términos del Parágrafo del artículo 1º del Decreto 1049 de 2006 *“el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”*, en razón de lo cual le corresponde a la sociedad fiduciaria desarrollar acciones que le permitan evitar que el negocio fiduciario se convierta en un instrumento de fraude a la ley. Este mismo análisis deberá realizarse cuando quiera que al fideicomiso se vinculen de manera directa o indirecta recursos públicos.

Como corolario de lo anterior, toda sociedad fiduciaria está obligada, antes de celebrar con una entidad estatal un contrato de fiducia pública o un encargo fiduciario, a cerciorarse de que el mismo no adolece de ilicitud por causa u objeto o por cualquiera otra circunstancia de la cual ella pueda derivarse. Al respecto, deberán tenerse en cuenta las siguientes restricciones y limitaciones a las cuales se hallan sujetos los negocios fiduciarios examinados:

- Los contratos de fiducia pública no podrán conllevar la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados ni, por lo mismo, dar lugar a la formación de un patrimonio autónomo, excepto en los casos señalados en el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 en relación con procesos de titularización.
- Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario deben tener un objeto y un plazo precisamente determinados. No obstante, en cuanto al objeto se refiere, debe tenerse en cuenta que cuando el inciso 5º,

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 alude a “los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario”, por tales, sólo pueden entenderse aquellos que resulten propios o connaturales al objeto del negocio fiduciario de que trate, vale decir, todos aquellos que son normalmente aptos y legalmente admisibles para el cumplimiento diligente de la finalidad señalada por la respectiva entidad estatal fideicomitente en el acto constitutivo del negocio fiduciario.

- En ningún caso y por ningún motivo, las entidades estatales pueden utilizar el esquema fiduciario para delegar en las sociedades fiduciarias el cumplimiento de una función pública que les es propia, como sucede con la adjudicación de los contratos que deban celebrarse en desarrollo de la finalidad señalada en el acto constitutivo del respectivo negocio fiduciario. *“No obstante podrán encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso”* (art. 23 del Decreto 679 de 1994).

Adicionalmente y conforme lo establece el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 a las entidades estatales les está vedado pactar la remuneración fiduciaria con cargo a los rendimientos generados por los bienes fideicomitados a menos que éstos se encuentren presupuestados.

En este sentido y al tenor de la citada norma dentro de las utilidades o rendimientos de los bienes objeto de la fiducia pública o del encargo fiduciario sólo se podrá pactar la remuneración de la entidad fiduciaria si así se hubiera previsto o presupuestado, de lo contrario tal concepto no podrá deducirse de tales rendimientos.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, cuando en ejecución de un contrato de fiducia pública o de un encargo fiduciario deba darse aplicación al mecanismo subsidiario o supletivo consagrado en el Parágrafo del numeral 3° del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 109 del Decreto 2175 de 2007, con el alcance restringido por el Decreto 1525 de 2008, en los eventos en que fuere posible invertir recursos públicos de entidades públicas en carteras colectivas, si en los respectivos contratos y/o reglamentos aprobados por esta Superintendencia se ha estipulado que la remuneración fiduciaria estará dada en función de los rendimientos generados por el conjunto de recursos administrados colectivamente, las sociedades fiduciarias no podrán alegar en su favor el principio de la primacía o prevalencia de las estipulaciones contenidas en tales contratos y/o reglamentos y, por esta vía, cobrar a la entidad estatal fideicomitente la remuneración establecida en esa forma por cuanto ésta contraviene la prohibición al efecto consagrada en el inciso 3o., del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que se comenta.

- No pueden celebrarse contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento del mandato contenido en el artículo 355 de la Carta Política, so pena de quedar viciados de nulidad por ilicitud de su objeto.

5.4.3. De acuerdo con lo previsto en el inciso 5o. del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “la selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley”. Esto significa, entonces, que a dicha licitación o concurso las sociedades fiduciarias concurrirán en igualdad de condiciones y que para la celebración del contrato resulta inadmisibles el mecanismo de la contratación directa.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25 de la ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 32, inciso 4 del numeral 5 de la ley 80 de 1993, con el alcance y las restricciones establecidas en el Decreto 1525 de 2008.

Sobre este particular, el numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 merece un comentario especial en la medida en que permite prescindir de la licitación o concurso cuando se trate de contratos interadministrativos.

Ciertamente, a juicio de esta Superintendencia, tratándose de negocios fiduciarios, la disposición antes mencionada resulta inaplicable en tanto y en cuanto el antes citado inciso 5o. del numeral 5o. del artículo 32

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ibídem, reguló íntegramente y de una manera especial y opuesta a la prevista en aquella lo concerniente a la selección o escogencia de la sociedad fiduciaria a contratar, esto es, suprimiendo privilegios para la celebración de negocios jurídicos de la índole y naturaleza de los que se comentan, toda vez que las sociedades fiduciarias, sean públicas o privadas, celebrarán los contratos de fiducia pública y de encargo fiduciario sin que existan ventajas comparativas de ninguna especie entre ellas, pues el principio que informa la nueva regulación de la actividad fiduciaria en el sector público en Colombia es el de la libre competencia entre las entidades que, debidamente autorizadas por este organismo de control, actúan en el mercado en calidad de fiduciarios.

No sucede lo propio tratándose de la conformación de patrimonios autónomos necesarios para la estructuración de procesos de titularización, en cuyo caso, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 2681 de 1993; es viable acudir al mecanismo de la contratación directa.

Así mismo, no debe olvidarse que el artículo 36 de la Ley 388 de 1997, que establece los mecanismos que permiten a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes, señala que *“(…) las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”*.

5.4.4. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la Ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las sociedades fiduciarias y las entidades estatales sujetas a la misma, continuarán vigentes hasta su terminación en los términos convenidos.

Al respecto, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 679 de 1994, de acuerdo con el cual, *“(…) en adelante, sólo podrán celebrarse acuerdos para adicionar el plazo o el valor de contratos de fiducia o de encargos fiduciarios celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones de la misma”*.

“Por consiguiente, los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal no podía celebrar a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, en adelante no podrán ser prorrogados”.

5.4.5. Al tenor de lo dispuesto en los incisos 1o. del artículo 13 y 1o. y 8o. del artículo 32 numeral 5o. de la Ley 80 de 1993, respectivamente, en relación con los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de fiducia mercantil en cuanto no sean incompatibles con lo previsto en dicha Ley. Tal es el caso de los artículos 1227, 1228, 1231, 1232, 1233 (en lo pertinente), 1234, 1235, 1236 y 1239 a 1244.

5.4.6. De conformidad con lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 49 del decreto 1525 de 2008, *“Las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los párrafos 1º y 2º del presente artículo. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente.”*.

5.4.7. Responsabilidad administrativa.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La celebración de contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios con entidades estatales comporta un alto grado de responsabilidad por parte de los directores y administradores de las sociedades fiduciarias a quienes compete adoptar las decisiones relacionadas con esta materia. En tal virtud, la Superintendencia Financiera de Colombia requiere la personal intervención de los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, en orden a que se respeten y acaten en la práctica los parámetros señalados en este Capítulo en cuanto son desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993, en la ley 1150 de 2007, en sus decretos reglamentarios, así como las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Por lo demás, se recuerda a las sociedades fiduciarias que, en todo caso, están obligadas a facilitar las labores de control que la ley le atribuye a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, al igual que a la entidad estatal fideicomitente.

6. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS

6.1. Rendición de cuentas

Para los efectos previstos en los artículos 1234, numeral 8º y 1236, numeral 4º ambos del Código de Comercio y con el propósito de mantener informados a los beneficiarios, incluidos los llamados cesionarios de beneficio y/o acreedores garantizados, y a los fideicomitentes, de la suerte de los respectivos negocios fiduciarios, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando el fiduciario, este Despacho ha considerado pertinente impartir las siguientes instrucciones:

6.1.1 Concepto

El Fiduciario tiene como deber indelegable presentar al beneficiario y/o acreedor garantizado así como al fideicomitente (sin perjuicio de que contractualmente puedan ampliarse los destinatarios) un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley.

Por lo tanto, la mencionada rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada.

6.1.2 Carácter indelegable

La rendición de cuentas es un deber indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues ésta es una obligación legal radicada en cabeza de la entidad fiduciaria, teniendo en cuenta que el fideicomitente ha depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión, por lo cual le corresponde rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones personalmente, entre otras razones, por ser quien ha administrado los bienes fideicomitados. En tal virtud, es a la sociedad fiduciaria a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el acto constitutivo y en la ley.

6.1.3. Periodicidad de las rendiciones de cuentas

Corresponde a las sociedades fiduciarias rendir cuentas tanto a los beneficiarios y/o acreedores garantizados, y a los fideicomitentes con una periodicidad mínima de seis (6) meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La rendición de cuentas deberá ser remitida al (los) beneficiario(s) a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando. En todo caso, las sociedades fiduciarias deberán dejar constancia de envío y recibo de las rendiciones de cuentas emitidas en desarrollo de sus obligaciones.

Ante la negativa de aceptar o aprobar la rendición de cuentas por parte de los beneficiarios, de los acreedores garantizados y/o de los fideicomitentes, las sociedades fiduciarias podrán hacer uso de los mecanismos procesales previstos en el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil -rendición espontánea de cuentas- para dar cumplimiento a su obligación.

6.1.4 Forma de rendir cuentas

a. Las rendiciones de cuentas deben basarse en soportes o documentos que comprueben la veracidad de la actuación, mediante la utilización de procedimientos que le permitan a los beneficiarios y/o acreedores garantizados y a los fideicomitentes tener conocimiento de la existencia de los soportes documentales que acrediten las diversas gestiones del fiduciario, en el entendido que deben hacer factible la verificación o revisión física de tales soportes cuando aquéllos así lo estimen pertinente.

b. Así las cosas, las rendiciones de cuentas que emitan las sociedades fiduciarias a los beneficiarios y/o acreedores garantizados y a los fideicomitentes de los negocios que administra, excepto para carteras colectivas, deberán contar en todos los casos, como mínimo, con la siguiente información:

- Período que cubre la rendición de cuentas.
- Partes del contrato.
- Objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- Estado actual, localización e identificación de los bienes que conforman el negocio fiduciario. Así mismo, se deberá incluir la fecha del último avalúo o estudio técnico practicado a los bienes y el resultado de dicho estudio o avalúo.
- Evolución de los aportes y del patrimonio del fideicomiso.
- Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada durante el período. Así mismo, se deberán informar de manera acumulada las comisiones cobradas en desarrollo del negocio. Si el negocio jurídico es complejo e involucra más negocios fiduciarios o de otra índole que deba celebrar la Fiduciaria en nombre del fideicomiso o del fideicomitente, deberán incluirse todas las comisiones cobradas y pagadas.
- Breve descripción del desarrollo y ejecución del negocio, así como de la gestión del Fiduciario de acuerdo con las obligaciones a su cargo, incluyendo las particularidades que permitan lograr la finalidad contratada, así como las variaciones significativas o importantes presentadas durante el período reportado.
- Respecto del disponible, se deberán informar las partidas a conciliar existentes en el negocio fiduciario mayores a 30 días, así como las gestiones realizadas por la fiduciaria para regularizarlas.
- Relación de los procesos, quejas y/o reclamos que se presenten en desarrollo del negocio fiduciario por parte de cualquier persona natural o jurídica.
- Acreedores garantizados y estado de las garantías.
- Cesionarios de los beneficios.
- Estado de las condiciones suspensivas o resolutorias que afecten la adquisición o pérdida de los derechos.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

c. Adicionalmente, con base en los términos del respectivo contrato, se deberá informar:

i) En aquellos negocios en los que se realicen inversiones, deberá informarse:

- Composición del portafolio de inversión por plazo, especie, tasa y emisor.
- Políticas de inversión aplicables.
- Valor en Riesgo de mercado del Portafolio y su comportamiento durante el período reportado.
- Rentabilidad del portafolio y su comportamiento durante el período reportado, expresadas en términos efectivos anuales

ii) Para los negocios fiduciarios de preventas, deberá informarse a todas las personas vinculadas a las mismas, los siguientes aspectos:

- Alcance de las funciones y actividades que desarrolla la fiduciaria.
- Estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto, así como los temas asociados con la obtención de licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto.

iii) En los negocios fiduciarios inmobiliarios, se deberán informar por lo menos los siguientes aspectos adicionales:

- Alcance de las funciones y actividades que desarrolla la fiduciaria.
- Estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto, así como los temas asociados con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto.
- Número de unidades escrituradas y/o prometidas en venta.
- Ejecución del desarrollo del proyecto inmobiliario durante el período que se reporta, realizando una breve comparación con el período inmediatamente anterior.
- En el evento que el negocio posea un interventor, se deberá incluir un resumen de las principales manifestaciones realizadas por él en sus informes.

iv) En aquellos negocios fiduciarios en los que se tengan registrados créditos a cargo o por cuenta del negocio, así como garantías otorgadas por el mismo, deberá informarse además lo siguiente:

- Tipo de crédito contratado.
 - Tipo de garantías otorgadas.
 - La relación de beneficiarios en la que conste el valor de los créditos de cada uno y las condiciones de los mismos (plazo, interés pactado, modalidad de pago, etc.)
- Informe sobre el estado de cada una de las obligaciones registradas incluyendo el monto de provisiones resultantes del proceso de evaluación del riesgo de crédito.

v) En los negocios fiduciarios en que se realicen pagos, giros o abonos en cuenta por cuenta o cargo del mismo, deberá realizarse un informe adicional que contengan los siguientes aspectos:

- Fuentes y usos de los recursos.
- Número de pagos, giros o abonos en cuenta realizados durante el período.
- Mecanismos utilizados para efectuar los pagos.

d. La rendición de cuentas debe ir acompañada de los estados financieros básicos del negocio con la información mínima que permita identificar el estado de los activos, de los ingresos, de los gastos y acreencias del fideicomiso, además de un estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero de las inversiones efectuadas con base en las instrucciones impartidas por el fideicomitente.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

e. En caso de que los negocios fiduciarios posean órganos de administración y/o control, en la redición de cuentas deberá presentarse una breve reseña de los aspectos tratados en las reuniones de dichos órganos.

f. Teniendo en cuenta que en algunos negocios fiduciarios existe la posibilidad de vincular a terceros en el desarrollo y resultado de los mismos, se deberá realizar una breve descripción que contenga por lo menos, tipo de vinculación, obligaciones o facultades para con los terceros, y la incidencia de los recursos aportados por éstos en la ejecución y desarrollo del negocio fiduciario.

g. Cuando por razones de manejo operativo, el cumplimiento de alguno de los requisitos señalados para cada fideicomiso por parte de una entidad fiduciaria, deba ser sustituido por uno equivalente y siempre y cuando con ello no se afecten los objetivos perseguidos en la rendición de cuentas, se informará previamente a la Superintendencia.

h. El informe contentivo de la rendición de cuentas deberá ser suscrito por quien ostente la representación legal de la sociedad fiduciaria.

6.2 Informes periódicos

Sin perjuicio de la obligación de rendición comprobada de cuentas, cuando por su importancia resulte necesario o cuando se establezca una obligación contractual en ese sentido, la fiduciaria deberá remitir al fideicomitente o al beneficiario un reporte sobre hechos relevantes que afecten el negocio y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.

La periodicidad de estos informes responde a aquella que se señale en el contrato o en su defecto deberá remitirse dentro de los quince días siguientes al momento de conocerse el hecho que lo motive.

Estos informes no tendrán el carácter de rendición de cuentas, por lo que no liberan a la fiduciaria de dicha obligación.

Respecto de los informes periódicos deberán atenderse las normas especiales que sobre el particular se fijen según el negocio fiduciario del que se trate o de la naturaleza de la entidad fideicomitente, v. gr. aquellos informes que surgen con ocasión de negocios fiduciarios derivados de licitaciones públicas o contratos estatales.

De los informes presentados durante la ejecución del contrato debe dejarse constancia en la Fiduciaria sobre su presentación y contenido, de manera tal que puedan ser conocidos o consultados como soporte del respectivo negocio fiduciario.

De otra parte y en cumplimiento de lo señalado en el párrafo del artículo 271-1 del Estatuto Tributario, o la norma que lo derogue, adicione o modifique, "Para fines de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, los fiduciarios deberán expedir cada año, a cada uno de los beneficiarios de los fideicomisos a su cargo, un certificado indicando el valor de sus derechos, los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio, aunque no hayan sido liquidados en forma definitiva y los rendimientos del último ejercicio gravable".

6.3. Remisión de información a la Superintendencia Financiera de Colombia

Los aspectos contables y financieros de la rendición de cuentas deben guardar armonía con la información que debe presentar periódicamente el fiduciario a la Superintendencia Financiera de Colombia.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Igualmente, el representante legal y el revisor fiscal deberán informar a la Superintendencia Financiera de Colombia los hechos o situaciones que impidan el normal desarrollo del negocio fiduciario y que retarden o puedan retardar de manera sustancial su ejecución y/o terminación, de suerte que comprometan seriamente la obtención de los objetivos perseguidos. Dicho aviso deberá darse a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que tuvo o debió tener conocimiento del mismo.

7. REPORTES DE INFORMACIÓN

Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones las sociedades fiduciarias deberán reportar la siguiente información:

7.1. La clasificación de los tipos y subtipos de negocios fiduciarios, así como la información detallada de la identificación de cada uno de los negocios fiduciarios teniendo en cuenta las características definidas en el Módulo de Registro bajo los parámetros de los documentos técnicos pertinentes.

7.2 Con el portafolio de inversiones de las carteras colectivas administradas por las sociedades fiduciarias, fondos de pensiones voluntarias, fideicomisos de inversión, fideicomisos de seguridad social, fideicomisos inmobiliarios y fideicomisos de administración y otros debe enviarse el movimiento diario de las compras y ventas de los títulos del portafolio de inversiones (código 713), de los fondos interbancarios vendidos y pactos de reventa (código 712), de los fondos interbancarios comprados y pactos de recompra (código 722), de los derechos (7150205) y obligaciones (7150210) de los contratos a término y de futuros para proveer cobertura, de los derechos (7150305) y obligaciones (7150310) de los contratos a término y de futuros para obtener cobertura y de los derechos en compromisos de compra (7150420) derechos en compromisos de venta (7150425) y obligaciones en compromisos de compra (7150430), obligaciones en compromisos de venta (7150435) de las operaciones carrusel.

Esta información se deberá enviar bajo ambiente Excel, dentro de los diez días siguientes al cierre del mes objeto de reporte, a la Dirección de Superintendencia respectiva, detallando: Secuencia; identificación del título; denominación del título; emisor; valor de compra; valor nominal; fecha de compra; fecha de emisión; fecha de vencimiento; tasa nominal y periodicidad de pago; vigencia de la tasa variable; TIR de compra o de emisión, según proceda, margen inicial (en términos efectivos); margen actual (en términos efectivos); TIR de resumen; valor presente al cierre; y días al vencimiento.

8. CLASIFICACIÓN POR TIPOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Teniendo en cuenta la definición contenida en el Numeral 1.1 de este Capítulo y para efectos de la clasificación, el reporte de la información y su posterior transmisión a esta Superintendencia, a continuación se enuncian los tipos de negocios fiduciarios:

8.1 Fiducia de Inversión

8.1.1 Fideicomisos de inversión con destinación específica

Es el negocio fiduciario celebrado con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3. del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente.

Se entienden incluidos en este tipo de negocios, para efectos de su clasificación, los Fondos de Inversión Extranjera establecidos en el Decreto 2080 de 2000 y las normas que lo modifiquen o adicionen, así como los contratos celebrados con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 666 de 2007.

8.1.2 Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es el negocio fiduciario celebrado con los fondos mutuos de inversión para la administración fiduciaria de sus inversiones.

8.2 Fiducia inmobiliaria

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. Puede presentar varias modalidades:

8.2.1 De administración y pagos

Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

8.2.2 De tesorería

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

8.2.3 De preventas

Es el negocio fiduciario que conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

8.3. Fiducia de administración

Es el negocio fiduciario en virtud del cual se entregan bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente, destinando los bienes fideicomitidos junto con sus respectivos rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada. Puede tener varias modalidades:

8.3.1 Administración y pagos

Es el negocio fiduciario que 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 el fideicomitente señale.

Deben entenderse incluidos en este subtipo, aquellos patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales de que trata el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006.

8.3.2 Administración de procesos de titularización

Es el negocio fiduciario que tiene por objeto la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. Con este negocio se pretende crear

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones pertinentes al pago oportuno de las obligaciones de la titularización.

8.3.3 Administración de cartera

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad principal la administración de carteras productivas e improductivas de entidades financieras y/o del sector real.

8.3.4 Administración de procesos concursales

Este negocio fiduciario se genera en virtud de la designación efectuada a una sociedad fiduciaria como agente liquidador o promotor de un proceso concursal y tiene como objetivo la administración de los recursos afectos a su finalidad.

Debe entenderse por procesos concursales, los acuerdos de reestructuración de que trata la Ley 550 de 1999, el proceso de reorganización y el proceso de liquidación judicial consagrados en la Ley 1116 de 2006, o los que consagren aquellas normas que los modifiquen, sustituyan o deroguen.

8.4 Fiducia en garantía

Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros. Puede presentar las siguientes modalidades:

8.4.1 Fiducia en garantía propiamente dicha

Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitados para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada.

8.4.2 Fiducia en garantía y fuente de pagos

Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma.

8.5 Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, consiste en la entrega de sumas de dinero o bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que ésta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente.

8.5.1 Pasivos pensionales

Es el negocio fiduciario que consiste en la entrega a una sociedad fiduciaria de recursos para la administración, inversión y constitución de reservas y garantías destinadas a la atención y/o normalización de pasivos pensionales, tales como el pago de mesadas pensionales, cuotas partes pensionales o cualquier otra obligación derivada de dichos pasivos.

8.5.2 Recursos de la seguridad social

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la entrega a una sociedad fiduciaria, de recursos destinados a algunas operaciones relacionadas con el sistema de seguridad social en las áreas de salud y riesgos profesionales, para ser administrados por ella.

9. NATURALEZA DE LOS RECURSOS ENTREGADOS PARA EFECTOS DE LA CLASIFICACIÓN POR TIPOS Y SUBTIPOS

Como quiera que a través de los negocios fiduciarios enunciados en el numeral anterior, las sociedades fiduciarias tienen la posibilidad de administrar recursos de carácter público o privado, cada uno de los referidos subtipos se subdividirá a su vez al momento de su inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia en negocios fiduciarios públicos o privados, dependiendo de la naturaleza de los recursos o bienes administrados.

En tal sentido y para los efectos de esta circular se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente y para los efectos de este Capítulo se entenderán como públicos los recursos parafiscales.

Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deberán tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos:

- Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o
- Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público.

La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos.

La Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la reclasificación y exigir las modificaciones a que haya lugar.

10. TRANSICIÓN.

Para los efectos de lo previsto en el numeral 2.2.4 de esta circular las sociedades fiduciarias, sus administradores, representantes legales y revisores fiscales, dentro de sus respectivas competencias deben proceder al desmote o modificación de aquellos contratos que se hayan celebrado en contravención a lo aquí señalado, para lo cual deberán presentar a esta Superintendencia el plan concertado entre las partes, en el que se busque respetar los términos contractuales, evitando hacer incurrir a la sociedad fiduciaria en contingencias adicionales, buscando especialmente evitar la vulneración de derechos de terceros de buena fe.

El plan de desmote deberá ser decidido y adoptado por la administración y la junta directiva de la sociedad fiduciaria y deberá ser informado a esta Superintendencia dentro de los treinta (30) días comunes siguientes a la expedición de esta Circular, sin perjuicio de los reportes que se deban efectuar a los entes de control competentes cuando quiera que el desmote implique de alguna manera la devolución de recursos públicos.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

CAPITULO SEGUNDO: OPERACIONES DE LOS ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

1. OBJETO SOCIAL

En ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 177, en concordancia con lo previsto en el artículo 326, numeral 5o., literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, con el fin de asegurar un mayor control a las bodegas para preservar los derechos de los tenedores de certificados de depósito y bonos de prenda; inducir a una mayor competitividad y un mejoramiento en los niveles de eficiencia en los Almacenes Generales de Depósito, que se traduzca en la prestación de mejores servicios a los clientes; mantener un control racional sobre las operaciones que llevan a cabo tales entidades en desarrollo de su objeto social orientado a verificar la sujeción que deben los mismos al régimen legal que regula su funcionamiento y al orden jurídico en general y procurar que la actividad de los almacenes sea desarrollada en las condiciones que hagan propicio su mayor desempeño y productividad, este Despacho se permite impartir las instrucciones que se señalan a continuación.

1.1 Operaciones autorizadas a los Almacenes Generales de Depósito.

a. Aplicación de los Estatutos Especiales a los Almacenes Generales de Depósito.

Los Almacenes Generales de Depósito se constituyen bajo la forma de sociedades anónimas, y su naturaleza de entidades auxiliares de crédito las hace sujetarse al principio de los estatutos especiales, según el cual su actividad principal no es de libre estipulación y se encuentra predeterminada por su régimen orgánico de estirpe legal.

El entorno legislativo en el cual deben estudiarse los denominados "**estatutos especiales**" se complementa con el artículo 2034 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual las entidades sometidas al control permanente de la Superintendencia están obligadas a cumplir las disposiciones mercantiles en tanto en cuanto no pugnen con las normas imperativas de carácter especial, lo que significa que teniendo en cuenta su naturaleza de sociedades comerciales y, por lo mismo, la calidad de comerciantes a ellas atribuible, deben regirse principalmente por las normas de derecho privado establecidas en el Código de Comercio.

No obstante, la aplicación de las normas del estatuto mercantil cede ante la presencia de disposiciones especiales contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tal y como lo prevé de manera expresa el citado artículo 2034. Pero obsérvese cómo ésta es una consecuencia del principio de la especialidad ya referido de manera general en el artículo 10 de la ley 153 de 1887.

El verdadero alcance de la expresión "**estatutos especiales**" también llamados "**estatutos excepcionales**", como se ha dicho, se circunscribe a que el régimen de cada intermediario constituye un parámetro que frente a la normativa general del código resulta ser, evidentemente especial más que excepcional y, de aplicación preferente. Es decir, cuando alguna norma del Código de Comercio se oponga a una de las especiales dictadas para las entidades financieras, se aplicará esta última.

El hecho de que los Almacenes Generales de Depósito tengan un régimen especial, no les quita la calidad de sociedades mercantiles, a pesar de desarrollar un objeto social restringido. Por ello es claro que no se puede afirmar que existen y se sujetan exclusivamente a un régimen especialísimo, cual es el contenido en el Decreto 356 de 1.957, sino que deben acatar también las normas generales que regulan a las sociedades anónimas bajo las cuales se han constituido y que se hallan en el Código de Comercio.

b. Alcance del artículo 33o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Debe advertirse que, en los términos del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los almacenes "... tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, **el manejo y distribución**, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera (...)" ,entre otras actividades, lo cual supone que ellas son principales e independientes entre sí; dicho de otra manera, no es el depósito una actividad necesaria para legitimar aquellas otras citadas en el artículo, salvo la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda al tenor del artículo 757 del Código de Comercio y los créditos otorgados con base en el numeral 5o del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ambos como consecuencia del depósito, las cuales pueden realizarse por los almacenes por expresa autorización legal y no por virtud de lo consignado en el artículo 99 del Código de Comercio.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Otra cosa muy diferente es que algunas de ellas sean ajenas al depósito, como ocurre básicamente con la conservación y custodia, con la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda y el otorgamiento de crédito; o, incluso, que todas las actividades descritas en dicho artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puedan tener relación con el depósito como acto que lo complementa y/o desarrolla. Pero ni lo uno ni lo otro autoriza concluir que las actividades enunciadas como **objeto de las empresas de Almacenes Generales de**

Depósito deban, para poder celebrarse legalmente, referirse al depósito; es decir, constituyen actividades autónomas que se relacionan entre sí en la medida en que todas ellas encuentran en el depósito un factor común, pero no dependen de él.

Precisado lo anterior se puede concluir que:

- 1) Los Almacenes Generales de Depósito no pueden desarrollar operaciones principales distintas de las señaladas por la ley especial que los rige;
- 2) No obstante lo anterior, cada actividad pueden desarrollarla los almacenes sin estar necesariamente ligadas al depósito, excepto para la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda y otorgamiento de créditos con base en el numeral 5o. del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
- 3) Los créditos sólo pueden concederse para los conceptos determinados en el numeral 5o. del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
- 4) Pueden desarrollar todos los actos conexos con su objeto social, en desarrollo de lo previsto en el Código de Comercio, pues así lo enseña el canon 2034 de dicho ordenamiento;
- 5) La ampliación de su objeto social en puntos diferentes a los ya comentados, necesariamente tiene que hacerse mediante la modificación de la ley que los rige, sea mediante facultades que le concede el Congreso al Gobierno o directamente por el Congreso.

1.2 CONTRATO DE DEPOSITO.

a. Contenido del Contrato de Depósito. En el contrato de depósito deberá constar:

- 1) Designación del depositante y determinación de su condición.
- 2) Lugar de depósito
- 3) Una descripción pormenorizada de las mismas, con todos los datos necesarios para su identificación o la precisión en su caso, de que se trata de mercancías a granel o genéricamente designadas, así mismo la indicación de su estado aparente.
- 4) Plazo del depósito
- 5) Las tarifas por concepto de almacenaje y demás prestaciones a que tenga derecho el almacén,
- 6) Valor de las mercancías, y
- 7) Las demás estipulaciones que sean compatibles con la naturaleza y el régimen del contrato.

b. Constitución de Depósitos- Relación entre el valor de los depósitos de mercancías y el patrimonio técnico- Clases de depósitos - cálculo del patrimonio técnico. El monto de las mercancías que los Almacenes Generales de Depósito pueden recibir en depósito y por contrato de prestación de servicios de operación logística en instalaciones propias, particulares, y/o tomadas en arrendamiento por parte del almacén que incluyan el depósito y/o el almacenamiento como servicio contratado, no podrá ser superior a treinta y seis (36) veces el valor de su patrimonio técnico. La relación anterior no se aplicará respecto de las mercancías de propiedad del Fondo Nacional del Café o de la Federación Nacional de Cafeteros que reciban en depósito los almacenes.

Para efectos de lo previsto en el presente capítulo, el patrimonio técnico de los almacenes generales de depósito se calculará atendiendo los conceptos que se describen a continuación:

- El capital suscrito y pagado;
- Las reservas y utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores;
- El 50% del valor de la cuenta de " Valorizaciones";
- El valor de la cuenta de "Revalorización del patrimonio" cuando ésta sea positiva;
- Las utilidades del ejercicio en curso, en una proporción equivalente al porcentaje de las utilidades que en el periodo inmediatamente anterior, hayan sido capitalizadas o destinadas a incrementar la reserva legal, y

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- El valor total de los dividendos decretados en acciones.

Deducciones del patrimonio técnico. Se deducirán del patrimonio técnico, los siguientes conceptos:

- Las pérdidas de ejercicios anteriores y las del ejercicio en curso;
- El valor de la cuenta de "Desvalorizaciones"
- El valor de la cuenta de "Revalorización del Patrimonio" cuando ésta sea negativa;
- El 50% del saldo existente en la cuenta "ajustes por inflación" acumulado originado en activos no monetarios, mientras que no se hayan enajenado los activos respectivos, hasta concurrencia de la sumatoria del saldo existente en la cuenta de "Revalorización del Patrimonio" y del valor capitalizado en dicha cuenta, cuando tal sumatoria sea positiva;
- El valor de las inversiones de capital, así como el valor de las inversiones en bonos obligatoriamente convertibles en acciones, en bonos subordinados opcionalmente convertibles en acciones o, en general, en instrumentos de deuda subordinada, efectuadas en forma directa o indirecta en entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Financiera o de Sociedades.

Los Almacenes Generales de Depósito sólo podrán recibir mercancías bajo las siguientes modalidades:

1) Depósito Provisional. Este se origina con la entrada parcial de mercancías, hasta completar el total anunciado por el cliente, **momento con el cual se constituye el depósito, de conformidad con las categorías que se exponen a continuación.**

2) Depósito Simple y/o Consignación. Se constituye una vez haya entrado la totalidad de la mercancía anunciada. Para este depósito se expedirán recibos que no son negociables.

3) Depósito con Obligación Prendaria. Sobre las mercancías de un depósito simple puede constituirse en depósito con obligación prendaria;

4) Depósitos de Mercancías sobre las cuales se haya pactado retención a favor de terceros. Cuando las leyes reconozcan la retención o cuando haya sido expresamente estipulada en los términos establecidos en el artículo 2417 del Código Civil;

5) Depósitos con Certificado. Es el depósito por el cual los interesados han solicitado la emisión de certificados de depósito.

6) Depósitos con Certificado y Bono de Prenda. Es el depósito sobre el cual los interesados han solicitado la expedición de certificados de depósito y han emitido bono de prenda para incorporar un crédito.

En guarda de sus intereses y los de terceros, el almacén se cerciorará, en lo posible, sobre la propiedad de las mercancías.

Parágrafo: Para efectos del cálculo del patrimonio técnico de que trata el literal b) del 1.2. del presente capítulo, se deberán tener en cuenta las mercancías que por contrato de prestación de servicios de operación logística se almacenen o depositen en instalaciones propias, particulares, y/o tomadas en arrendamiento por parte del almacén que incluyan el depósito y/o el almacenamiento como servicio contratado.

c. Valor de Mercancías a Depositar. El avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial.

En cuanto hace referencia a los productos agrícolas, se señalará el valor con base en los precios que certifique la Bolsa Agropecuaria o los de sustentación que fijen los organismos oficiales que tengan el mercadeo de tales productos o la fijación de sus precios.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El almacén responderá por el valor fijado a las mercancías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

d. Práctica Insegura. Avalúo de Mercancías. Constituye práctica insegura aquella en que aparece un valor diferente al de los certificados de depósito y bonos de prenda en la matrícula de depósito, para los productos que respaldan créditos incorporados en bonos de prenda y que van a ser objeto de redescuento en el Banco de la República, argumentando el hecho de que esto obedece por una parte a la necesidad de cobrar bodegajes sobre el precio real de la mercancía, y por otra parte a la exigencia del Banco de la República para los redescuentos. Puesto que, pueden causar problemas de orden legal a los títulos, debido a que se está incorporando un valor que no corresponde al valor de la mercancía depositada.

En consecuencia, deberá aparecer tanto en la matrícula de depósito, el certificado de depósito y el bono de prenda, en caso de que estos últimos se expidan, el valor de las mercancías tomando como base los precios de sustentación que se hayan fijado a la fecha del depósito.

e. Reavalúo de Mercancías. Los Almacenes Generales de Depósito podrán reevaluar para todos los efectos las mercancías no nacionalizadas y recibidas en depósito, una vez se hayan nacionalizado, incorporándoles los gastos que normalmente se efectúen como derechos arancelarios, impuesto a las ventas, timbres, consulares, impuestos al café, etc.

El reavalúo solo podrá hacerse a petición del depositante y con el consentimiento del acreedor prendario si existe.

Los reavalúos se anotarán en la correspondiente matrícula de depósito.

f. Autorización de lugares de depósito.

De conformidad con lo establecido en el artículo 177, literal d. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero este Despacho se permite impartir las siguientes instrucciones:

Régimen de autorización general.

A partir de la entrada en vigencia de la presente circular, los almacenes generales de depósito se entienden autorizados para operar en lugares o recipientes de depósito, siempre y cuando cumplan con las exigencias que se señalan a continuación:

- **Con respecto a su ubicación:** Todo lugar, bodega, depósito o recipiente operado por un almacén general de depósito deberá tener acceso directo e independiente a la vía pública y deberá constar con las zonas de carga y descarga apropiadas.

En el evento de que se trate únicamente de una zona de un lugar de depósito será también necesario que se garantice la perfecta separación e individualización material de dicha zona.

Tratándose de lugares refrigerados para almacenamiento, no será viable la operación si el almacén no cuenta con lugares propios de tal naturaleza, para el evento de que haya necesidad de trasladar la mercancía.

- **Con respecto a su adaptación y seguridad para la conservación y control de la mercancía:** Todo lugar de depósito operado por un almacén general de depósito debe estar en buen estado de construcción y apto para depósito de mercancías. Los materiales y las especificaciones de construcción de su estructura, cubierta, pisos, cerramientos y puertas deben ser los apropiados, según concepto de un ingeniero civil o arquitecto titulado.

Todo lugar de depósito deberá estar amparado por un seguro de incendio o terremoto, expedido por una Compañía de Seguros, vigilada por la Superintendencia Bancaria. En el evento de las bodegas particulares, no será necesario tomar el seguro de terremoto.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Se deberán establecer las medidas de vigilancia, seguridad física y almacenamiento que se requieran, teniendo en cuenta la clase de producto almacenado, así como el tipo de almacenamiento.

Si fuere necesario, deberá contar con un determinador de humedad y una sonda para tomar en forma periódica las muestras necesarias para mantener el control de las mercancías.

Si hubiere productos empacados en sacos de fique o yute, polietileno, etc., estos deben estar debidamente arrumados sobre estibas, guardando debidas separaciones respecto de las paredes, techos u otros arrumes, de tal forma que se facilite el conteo, muestreo, control sanitario y movimiento de mercancías.

En el evento de aprobación de bodegas particulares el almacén general de depósito estudiará los antecedentes comerciales, la solvencia, la solidez del depositante, mediante documentos del comerciante como balances, información de la Central de Riesgos de la Asociación Bancaria, etc., emitiendo al efecto un concepto favorable.

- **Con respecto a la clase de mercancía:** Tratándose de ganado, aves, y otros animales vivos, deben obtener previamente de la Compañía de Seguros la manifestación de que cubrirá el riesgo de incendio de los lugares donde se encuentren los animales que van a ser objeto de depósito .

- **Documentos e informaciones:** Los almacenes generales de depósito deberán tener en su poder en la oficina de la cual dependa el lugar de almacenamiento, y a disposición de la Superintendencia Bancaria, los siguientes documentos e informaciones:

· Un ejemplar de los planos correspondientes en papel no transparente y dibujados en escalas no inferiores a 1:200 para las plantas y cortes.

Los planos incluirán plantas, cortes, fachadas y localización del lugar de depósito, número de cada bodega y nombre de la misma. En las plantas deberá demarcarse y medirse el sitio o zona cuya aprobación se solicita e indicarse el tipo de separación que va a usarse entre el mismo y el resto de la edificación. En el plano de localización deberá indicarse la nomenclatura, sus entradas y zonas de cargue y descargue. En las bodegas rurales además, deberá detallarse la distancia de la cabecera municipal más cercana, vías de comunicación entre dicha cabecera y el lugar de depósito.

· Una copia fotostática de los planos de tamaño 20 por 30 cms. destinada al archivo de la Superintendencia Bancaria.

· Un pliego de especificaciones informativas generales, que indique claramente los materiales usados en cada parte de construcción de estructura, cubierta, pisos, cerramientos y puertas. Nombre del almacén que solicita la aprobación, localización de la bodega, lo mismo que sus dimensiones, área, volumen y tipo de almacenamiento.

· Concepto del estado actual de construcción y su aptitud para los fines a que se destine, por un profesional en el ramo debidamente matriculado.

· Indicación de la sucursal o agencia del almacén que ejercerá la tenencia material del lugar cuya aprobación se solicita y de las mercancías que vayan a depositarse.

· Relación clara y concreta de la clase genérica de mercancías objeto del depósito.

· Nombre de la Compañía de Seguros en donde se tomará el seguro de incendio y de terremoto del lugar de depósito.

Si se trata de bodega particular, además deben tener los siguientes documentos:

· Copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva del almacén interesado, en el cual conste la aprobación impartida por éste a tal solicitud.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Copia del estudio económico reciente que sirvió de base a la junta directiva para impartir la aprobación anterior, el cual debe contener un análisis detallado de:
- La solidez, solvencia, antecedentes comerciales y motivos que tiene el depositante para operar con tal sistema.
- Los estimativos del almacén sobre los ingresos y egresos generados por tal bodega, detallando los costos mínimos y los rendimientos esperados.
- Los sistemas de seguridad física e industrial de la bodega y de vigilancia que utilizará el depositante.
- Manifestación de los seguros que está dispuesto a tomar el depositante durante el término del contrato.
- Certificado del revisor fiscal en que conste que, al momento de formular la solicitud, el almacén se haya dentro de la relación de 24 veces entre depósitos y patrimonio técnico.
- Certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia y vigencia de la sociedad, Así mismo el número de identificación tributaria NIT.

Si como consecuencia de la visita técnica al lugar de depósito practicada por la Superintendencia Bancaria, se encuentra que no reúne los requisitos anteriores, el almacén general de depósito de inmediato procederá al traslado de la mercancía a sus propias bodegas.

Los Almacenes generales de depósito, deberán suscribir, según el caso, los contratos de tenencia, arrendamiento o convenios, según el caso.

- Otros.

Se sujetarán al régimen de aprobación previa de que trata el literal siguiente, los almacenes generales de depósito que incurran en los siguientes eventos:

- Haber sido sancionado por violación de disposiciones legales y reglamentarias que rigen la actividad de aquel, durante los seis (6) meses anteriores los cuales se contarán con respecto de la suscripción del contrato correspondiente y a la ejecutoria del acto sancionatorio correspondiente.
- Incumplir, el momento de la suscripción del contrato respectivo, con las disposiciones legales que le son aplicables sobre capital mínimo, inversiones y relación entre mercancías depositadas y patrimonio técnico, según el caso;
- Registrar pérdidas, según el último balance de corte de ejercicio presentado a la Superintendencia Bancaria, sea semestral o anual;
- Estar sometido a vigilancia especial de la Superintendencia Bancaria o adelantar programa de recuperación, saneamiento económico y de adecuación de capital.

RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN INDIVIDUAL

Los almacenes generales de depósito que se encuentren incurso en uno o más de los eventos enunciados en el acápite anterior deberán obtener de manera individual autorización previa de la Superintendencia Bancaria, para lo cual deberán presentar una solicitud suministrando los documentos e informes relacionados en el párrafo denominado "Documentos e informaciones" del literal f. Del subnumeral 1.2 de esta Circular.

CONTROL

TITULO V
CIRCULAR EXTERNA 041 DE 1996

Página 6
MAYO 1996

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Los almacenes generales de depósito que, en desarrollo del régimen de autorización general consagrado en el presente instructivo, comiencen a operar en nuevos lugares de depósito, deberán informar de tal hecho a la Superintendencia Bancaria anexando las copias reducidas de los planos citadas en el párrafo denominado "Documentos e informaciones" del literal f. Del subnumeral 1.2 de esta Circular, dentro de los quince (15) días comunes siguientes a la ocurrencia. Deberán remitir, dentro del mismo término, la siguiente información:

- Ubicación de los sitios de depósito y sucursal de la que dependen;
- Area y volumen útil de almacenamiento;
- Clase de mercancía objeto del depósito;
- Descripción de los sitios de almacenamiento (bodegas, patios, silos, tanques). Determinación de la cantidad y número si fuere el caso.
- Seguros y Compañías con los que se tomaron.
- Nombre completo del propietario, poseedor o tenedor del lugar de depósito con quien haya suscrito el correspondiente contrato y su fecha, así como la fecha de iniciación de operaciones con almacén general de depósito.

Es de anotar que continúan con la obligación de informar mensualmente los cambios que se suceden en los lugares de depósito, como terminación de los contratos, aumento del área, cambio de la clase de mercancía de depositar, etc.

* Bodegas en las cuales se encuentren Mercancías con Bonos de Prenda para Negociar en el Mercado Público de Valores. Además de los requisitos generales exigidos para aprobación de bodegas particulares, para que la Superintendencia Bancaria autorice dichas bodegas en donde se puedan depositar mercancías sobre las cuales se expidan bonos de prenda para ofrecerlos en el mercado público de valores se requerirá que:

- Se mantengan las medidas de seguridad física y de almacenamiento que requiera la clase de producto almacenado.
- Se mantenga en la bodega un determinador de humedad y una sonda para tomar en forma periódica las muestras necesarias para mantener el control de las mercancías que sirven de prenda;
- Los productos que se encuentren empacados en sacos de fique o yute, polietileno, etc., deben estar debidamente arrumados en estibas, guardando separaciones respecto de paredes, techos u otros arrumes, de tal forma que se facilite el conteo, muestreo, control sanitario y movimiento de mercancías;
- Las mercancías estén almacenadas independientemente de los productos de común movimiento de la empresa; y
- Los revisores fiscales comuniquen cualquier irregularidad en la conservación y custodia de las mercancías inmediatamente detecten el hecho a la Superintendencia Bancaria.

* Negativa y Cancelación de Bodegas. La Superintendencia Bancaria no autorizará operaciones en una bodega, depósito, lugar o recipiente especial, cuando el sistema propuesto por los almacenes para guardar, custodiar, conservar o controlar mercancías no reúne, en su concepto, suficientes condiciones de seguridad.

La Superintendencia Bancaria igualmente revocará la autorización que haya otorgado a los lugares de depósito, cuando se cerciore que los mismos han perdido los requisitos de seguridad y adaptación para la guarda, custodia, conservación, o adecuado control de las mercancías, o cuando respecto de alguna de ellas se esté violando cualquiera de las normas legales o reglamentarias.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

g. Depósito de mercancías en bodegas particulares.

Cuando las mercancías se reciban en bodegas particulares de propiedad de varias personas, se debe proceder de la siguiente manera:

1) Depósito de mercancías de dos o más dueños en bodegas particulares aprobadas independientemente a cada uno de ellos.

Cuando dos o más personas son propietarias de un bien o de una mercancía que poseen en común o proindiviso, se constituye el cuasicontrato de comunidad definido por el artículo 2332 del Código Civil, que aunque no es una persona jurídica si es un ente de derecho capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, donde aunque la cuota que corresponde a los comuneros en la cosa común pertenece a cada uno de ellos, sólo son dueños de un derecho proindiviso, no de una parte determinada. Como el interés del comunero se confunde con el de la comunidad, aquel no posee el bien para sí, sino en su nombre y en el de los demás comuneros, y por tanto aunque puede enajenar la cuota proindiviso no puede disponer de la mercancía sin la aquiescencia previa de los demás copropietarios.

El régimen establecido por la Superintendencia Bancaria para el depósito de mercancías en bodegas particulares dispone que en los lugares de depósito de propiedad o tenencia de terceros, debidamente autorizados por este Despacho, sólo podrán almacenarse mercancías de propiedad del dueño o tenedor de la bodega no de otras personas o entidades, obligación ésta que se recuerda al aprobar los planos y que también se halla estipulada en los contratos y convenios de tenencia.

Aquí es pertinente recordar que esta Superintendencia terminó con las adiciones a los contratos de tenencia, por encontrar el sistema inseguro tanto para los mismos almacenes como para los acreedores prendarios, prohibición que aunque está vigente, esta Superintendencia ha exceptuado en casos muy especiales, los cuales estudia previamente teniendo en cuenta razones de seguridad y seriedad de las firmas que poseen las bodegas.

Si la mercancía es de varios dueños, con dicha copropiedad se forma un cuasicontrato, donde la comunidad ejerce el derecho de dominio ya que los comuneros no son distintos dueños del bien sino propietarios de una cuota en el derecho proindiviso.

Por lo expuesto, no es posible por ejemplo que en la bodega de Alfa, se deposite mercancías cuyos dueños son Alfa, Beta y Omega, porque en esta hipótesis quien deposita no es Alfa sino la comunidad formada por los copropietarios.

Si no es permitido el depósito de mercancías de la comunidad en la bodega particular de uno de los copropietarios, tampoco es factible su traslado al lugar de depósito de otro u otros comuneros, aun suponiendo que tales lugares estén aprobados por esta Superintendencia.

En tal virtud, este Despacho considera que además de las razones de carácter jurídico expuestas para calificar la práctica como no autorizada, se presentaría una adición al contrato de tenencia al aceptar que en el lugar de depósito de una persona determinada se reciban mercancías de una copropiedad de la cual es comunero, práctica esta última igualmente calificada por esta Superintendencia como no autorizada.

2) Depósito de mercancías de los socios en bodegas particulares aprobadas a la sociedad o a la inversa.

Al aprobarse una bodega de propiedad o tenencia de una sociedad, sus socios no pueden depositar sus mercancías, como tampoco en las bodegas autorizadas al socio se pueden depositar mercancías de la sociedad.

Lo anterior, por que pueden presentarse problemas de orden práctico para la identificación de la mercancía de conformidad con el inciso 2o del artículo 98 del Código de Comercio, "La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de la socios individualmente considerados."

3) Matrícula de depósito y certificados de depósito en bodegas particulares.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Como consecuencia de los dos puntos analizados anteriormente, las matrículas de depósito y los certificados que se expidan en bodegas particulares, deberán hacerse a nombre de la persona propietaria o tenedora de la mercancía y de la bodega, ya que la autorización que la Superintendencia otorga para operar está plenamente determinada para ella y no para otra. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 del Código de Comercio, los bonos de prenda pueden aparecer además del depositante otras personas que pueden considerarse como avalistas del crédito incorporado en el título.

En virtud de las facultades contenidas en el artículo 326, numeral 5o., literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia califica las prácticas descritas **en este literal** como no autorizadas e inseguras.

h. Control de lugares de depósito

1) Obligación de Suscribir Contratos. Para que los Almacenes Generales de Depósito puedan excepcionalmente utilizar bodegas, lugares o recipientes de propiedad o tenencia de terceros y recibir en ellos mercancías para efectuar operaciones autorizadas por la ley, deberán celebrar previamente un contrato en virtud del cual adquieran su tenencia material.

En el caso de bodegas particulares, la tenencia material la compartirá el almacén con su contratante para los efectos señalados en los tres últimos ítems del numeral siguiente en su caso.

2) Requisitos del Contrato Tenencia. El contrato de tenencia material deberá contener las siguientes obligaciones a cargo del depositante:

- La de permitir en cualquier momento el acceso al lugar de depósito de los representantes del almacén general y a los funcionarios de la Superintendencia Bancaria;

- La de vigilar las mercancías que se depositen, de suerte que sean de su cargo cualquier sustracción indebida de mercancías depositadas, sin perjuicio de las responsabilidades propias de los almacenes conforme a la ley;

- La de no retirar mercancías depositadas sin permiso escrito del almacén general.

- La de no someter las mercancías depositadas a proceso de transformación o beneficio, sin el permiso del almacén general.

- La de mantener el lugar de depósito en condiciones adecuadas para el fin al cual se destina;

- La de descontar los bonos de prenda se por entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, autorizadas legalmente para el efecto, y por terceros cuando se trate de bonos de prenda inscritos en el Registro Nacional de Valores.

- La de aceptar que los certificados de depósito sean nominativos y los bonos de prenda a la orden o nominativos, en cuyo el emisor deberá llevar el registro de los endosos.

- La de que el acceso al lugar de depósito se haga sólo con personal autorizado por las partes contratantes.

3) Convenios. Requisitos. El almacén que haya celebrado el contrato de tenencia, excepcionalmente, podrá permitir el depósito de mercancía en el mismo lugar por cuenta de otros almacenes generales, celebrando al efecto un convenio en que tal derecho se estipule con la autorización del propietario o tenedor del inmueble o recipiente.

Dicho convenio se celebrará por escrito y en él se dejará constancia de que las obligaciones referidas en el artículo anterior también sujetan al otro almacén.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Además deberá pactarse que los almacenes se obligan a informarse mutuamente acerca de las irregularidades que se observen en el manejo de las mercancías depositadas y del incumplimiento de las obligaciones por parte del depositante en el inmueble;

- Que el tenedor del lugar de depósito se obliga a mantener separadas las mercancías de las cuales sean depositarios y/o u otro almacén, si las mismas no están conservadas a granel o no están genéricamente designadas;

- Que el tenedor se obliga a informar a los almacenes, una vez terminado el arrume de mercancías, acerca de la localización de ellas dentro del inmueble y a no modificar dicha localización sin previa autorización escrita del almacén correspondiente;

- Que los almacenes se obligan a informarse mutuamente acerca de las irregularidades que se observan en el manejo de las mercancías depositadas y del incumplimiento de las obligaciones por parte del depositante en el inmueble;

En todo contrato o convenio se dejará constancia expresa de que su vigencia pende de las condiciones señaladas en el numeral 4 del literal e del punto 1.2 de esta Circular.

4) Contratos de Arrendamiento. Los almacenes generales podrán celebrar contratos distintos de los de tenencia material compartida, en virtud de los cuales se reserven el derecho exclusivo de detentar materialmente el inmueble y no permitir el acceso al mismo de terceros, salvo para los efectos del artículo 11 del Decreto Reglamentario 1821 de 1929 en favor del depositante y del acreedor prendario y para los efectos del Capítulo.

5) Suscripción Previa de Contratos. Los almacenes generales de depósito no podrán usar lugares de depósito de propiedad de terceros para realizar en ellos operaciones propias de su objeto social, mientras el respectivo contrato o convenio no haya sido celebrado.

Los almacenes generales de depósito podrán celebrar entre sí contratos relacionados con la conservación de mercancías en lugares de depósito de propiedad de un almacén o tomados en arrendamiento por éste.

6) Cancelación de Bodegas. El Superintendente Bancario revocará la autorización a un lugar de depósito cuando se cerciore que el depositante ha retirado indebidamente o ha incumplido cualquiera de las obligaciones emanadas del contrato o de la ley.

La Superintendencia comunicará la sanción a los almacenes para que se abstengan de celebrar nuevas operaciones y procedan a retirar las mercancías depositadas. Igualmente comunicará este hecho al Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario- FINAGRO- respecto de los productos que sean objeto de redescuento, para los fines a que haya lugar.

7) Aviso sobre Incumplimiento de Obligaciones. Los almacenes generales de depósito deberán informar inmediatamente al Superintendente Bancario acerca del incumplimiento, por parte de terceros contenedores de lugares de depósito, de la obligación de no retirar las mercancías.

Si fueren varios los lugares de depósito, el Superintendente Bancario revocará, dentro de las mismas condiciones, la autorización si a su juicio el depositante no ofreciere suficientes garantías de solvencia económica y moral.

8) Seguro de Manejo de Mercancías en Bodegas Particulares. Los almacenes generales de depósito podrán pactar con los depositantes de mercancías en bodegas particulares, la contratación por parte de éstos de un seguro de manejo con una Compañía de Seguros legalmente establecida en Colombia, en el cual el depositante tenga la calidad de afianzado y que cubra los riesgos de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad o falsificación, respecto de las mercancías depositadas.

9) Aviso de Terminación del Contrato. Los almacenes generales de depósito informarán, inmediatamente, a la Superintendencia Bancaria acerca de la terminación de los contratos o convenios, indicando la causa.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

10) Mercancías que pueden Arrumarse. Las mercancías que por su naturaleza no sufren demérito cuando se almacenan a la intemperie podrán arrumarse mediante un sistema adecuado que permita su estricto control.

Salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, para que pueda arrumarse mercancía a la intemperie se requerirá previamente consentimiento escrito del depositante.

11) Merma de Mercancías. Los almacenes generales de depósito que reciban en depósito mercancías susceptibles de mermas naturales y previsibles en el peso, en la respectiva matrícula de depósito deberá expresarse esa circunstancia y la proporción de la posible merma.

12) Visitas a Bodegas. Los almacenes generales de depósito practicarán individualmente y/o conjuntamente cada quince (15) días comunes como mínimo, o cuando lo estime conveniente el almacén, visitas de inspección o control a los lugares de depósito respecto de los cuales tengan celebrados contratos de tenencia material o convenios.

Independientemente de las tarjetas que los almacenes adhieran a las mercancías, de las cuales son depositarios en bodegas particulares, se llevará una tarjeta única de acuerdo con el modelo F.230-13 diseñado por la Superintendencia Bancaria, que deberá estar en la bodega, en la cual la persona autorizada por el almacén anotará cada quince (15) días comunes el saldo a tal fecha, cuando se efectúe la visita para constatar la existencia de la mercancía.

Sin perjuicio de la obligación de los almacenes generales de depósito a que se refiere el presente numeral y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 207 del Código de Comercio, la revisoría fiscal deberá practicar visitas a las mercancías depositadas en las bodegas particulares, cada quince (15) días comunes con un cubrimiento equivalente al treinta por ciento (30 %) del valor de las mercancías, cuando menos, teniendo en cuenta que exista una adecuada distribución geográfica que cubra la totalidad de las bodegas durante el ejercicio económico.

Copias de las actas de visita y los procedimientos de auditoría realizados durante la observación e inspección formarán parte de sus papeles de trabajo. Cuando la Revisoría Fiscal advierta un faltante deberá reportarlo a la administración del almacén.

13) Actas de Visita: Los almacenes generales de depósito deberán conservar en la Presidencia o en la Secretaría General de los mismos, o en el área que haga sus veces, las actas de visitas de las bodegas, a disposición de esta Superintendencia.

No obstante, en caso de presentarse faltantes de mercancías por una cuantía igual o superior al 1% del patrimonio técnico del respectivo almacén, los mismos deberán avisarse a esta Superintendencia dentro de los tres (3) días calendario siguientes al conocimiento del hecho, adjuntando copia de las actas de visita correspondiente.

i. Mercancías Genéricamente Designadas

1) Se entenderá por mercancías genéricamente designadas, aquellos productos que teniendo una calidad o clase diferente, o perteneciendo a especies distintas, pueden agruparse entre sí por tener características y cualidades esenciales, que sean análogas o similares. Cuando existiere duda acerca de la naturaleza del género a que pertenecen los productos, los almacenes generales de depósito no podrán aceptar operaciones bajo esta denominación.

2) Para que los almacenes puedan realizar operaciones sobre productos genéricamente designados, deberán observar las siguientes formalidades:

- Sólo podrán ser objeto de esta operación, las materias primas destinadas a la industria.
- Para cada grupo de especies del mismo género, la empresa deberá emitir certificados de depósito y bonos de prenda separados.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- En ambos documentos se dejará expresa constancia de que la operación versa sobre productos genéricamente designados, y se indicará con toda claridad tanto el género a que pertenecen, como las distintas especies que forman el grupo.
- Los efectos que constituyan cada grupo, deberán mantenerse materialmente separados en las bodegas, de tal manera que no puedan confundirse con productos de otros géneros recibidos en depósito.
- No podrán agruparse bajo la denominación común de productos genéricamente designados, aquellos elementos que por su naturaleza sean susceptibles de deterioro o disminución considerable de valor, ni aquellos que puedan causar daño a otros efectos del mismo grupo por causa de su olor, filtración o carácter explosivo.
- La materia prima pignorada, deberá estar independizada de la que no lo está, por medio de paredes o mallas metálicas, cuando se encuentre en la misma bodega.

1.3 Expedición de Certificados de Depósito y Bonos de Prenda

- a. **Expedición de Certificados de Depósito y Bonos de Prenda. Registro.** Los Almacenes Generales de Depósito solo podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda cuando se haya constituido efectivamente el depósito, salvo lo dispuesto en las normas pertinentes.
- b.
- c. Los almacenes entregarán el certificado y, en su caso, el formulario del bono de prenda, a requerimiento y costo del depositante.

En ningún caso los almacenes podrán retener estos certificados endosados en blanco o a su favor.

Los almacenes deberán llevar un libro de registro para el control actualizado, en forma clara y completa, de los títulos emitidos, sin perjuicio de los requisitos propios de la ley de circulación de títulos. Además, dichos títulos deberán contabilizarse en cuentas de orden.

Los formularios de certificados de depósito y bonos de prenda deberán ser autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

b. Excepción a la obligación de depositar previamente las mercancías a la expedición de los certificados de depósito y bonos de prenda. La única excepción establecida por la ley a la obligación de depositar previamente las mercancías para constituir sobre ellas el certificado de depósito y el bono de prenda, la constituye el caso de las mercancías en tránsito, de conformidad con lo previsto en el artículo 1183 del Código de Comercio.

c. Régimen de autorización de certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en tránsito.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 331, numeral 1o., letra j), subnumeral 2o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, este Despacho se permite impartir las siguientes instrucciones en relación con la autorización para la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en tránsito:

1) Régimen de Autorización General:

A partir de la entrada en vigencia del presente instructivo, los almacenes generales de depósito se entienden autorizados para expedir certificados de depósito en forma individual o con bono de prenda sobre mercancías en tránsito, incluyendo las que vengan del exterior, siempre y cuando cumplan con las exigencias que se señalan a continuación:

-En todos los casos, el almacén general de depósito respectivo deberá tener la calidad de destinatarios de las mercancías;

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- El plazo del tránsito en ningún caso excederá de cuarenta y cinco (45) días comunes contados a partir de la expedición de los correspondientes títulos valores;
- El lugar de destino de las mercancías el cual debe estar previamente autorizado por la Superintendencia Bancaria;
- Las mercancías se encontrarán amparadas con pólizas de seguro de transporte y de incendio expedidas, cedidas o endosadas a favor del respectivo almacén general de depósito;
- Quien transporta las mercancías deberá ser una persona distinta del depositante de las mismas;
- En contrato de depósito, certificado de depósito, y bono de prenda se dejará constancia acerca del hecho de que las mercancías se encuentran en tránsito;
- Tratándose de mercancías provenientes del exterior, se acreditará que se cuenta con la correspondiente licencia de importación, en los casos en que se requiera de ese formalismo, con el conocimiento de embarque o carta de porte y el endose de póliza de transporte de las mismas a favor del almacén.
- Tratándose de algodón, se llevará un registro por medios adecuados que garantice la remisión, cada quince (15) comunes, a la Superintendencia Bancaria de las informaciones acerca del desarrollo de la respectiva cosecha;
- El valor total acumulado de los títulos que hayan sido expedidos no excederá en más de cinco (5) veces el patrimonio técnico del respectivo almacén general de depósito;
- Ni el almacén general de depósito, ni alguno de sus directores o administradores podrá haber sido sancionado por violación a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la actividad de aquél, durante los seis (6) meses anteriores contados a partir de la notificación del acto sancionatorio correspondiente;
- El almacén general de depósito deberá estar cumpliendo al momento de la expedición con las disposiciones legales que le son aplicables sobre el capital mínimo, inversiones y relación entre mercancías depositadas y patrimonio técnico, según el caso;
- El almacén general de depósito no podrá estar registrando pérdidas ni las tendrá acumuladas según el último balance presentado a la Superintendencia Bancaria, y

- El almacén general de depósito no estará sometido a vigilancia especial de la Superintendencia Bancaria, o adelantando programas de recuperación o saneamiento económico o, en fin, de adecuación de capital.

2. Régimen de Autorización Individual.

Los almacenes generales de depósito que no cumplan o no reúnan uno cualquiera de los requisitos enunciados en el acápite anterior deben obtener de manera individual autorización previa de la Superintendencia Bancaria para expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en tránsito.

En los eventos en que sea necesario obtener la autorización individual antes mencionada, el almacén general de depósito interesado deberá presentar solicitud escrita a la Superintendencia Bancaria que contenga la información de que trata este instructivo.

La Superintendencia Bancaria, en todo caso, podrá someter en cualquier momento al régimen de autorización individual a cualquier almacén general de depósito que no se ajuste o no haya cumplido los requisitos señalados en la presente circular.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

d. Títulos sobre mercancías para exportación. En las mercancías destinadas a la exportación y que garanticen bonos de prenda, el almacén deberá velar porque no salgan del país sin que previamente se hayan cancelado dichos bonos.

e. Constancia en títulos sobre el tránsito de mercancías. En el recibo de depósito, en el certificado de depósito y en el bono de prenda que expidan los almacenes sobre mercancías en tránsito deberá dejarse constancia de este hecho.

f. Entrega del Certificado de Depósito y del formulario del bono de prenda. Obligaciones y Responsabilidades. El Código de Comercio impone la obligación al almacén de entregar el Certificado de Depósito al depositante, teniendo en cuenta que el título representa las mercancías dejadas en depósito, así como también la de entregar el formulario de bono de prenda para que dicho depositante le dé el uso que a bien tenga.

Esta obligación se encuentra establecida en el Código de Comercio, entre otros, en el artículo 758. En ese sentido, este Despacho considera que no se ajusta a la norma comentada que los Almacenes conserven los Certificados de Depósito o los endosen a su nombre.

g. Emisión en caso de mercancías recibidas por un almacén general de depósito y depositadas en bodegas de otro. Respecto al tratamiento contable que deben dar los Almacenes Generales de Depósito a las mercancías y a las personas que deben aparecer en los documentos que amparan dichas mercancías, se deben seguir las siguientes instrucciones:

- El almacén que no tiene bodegas en los puertos de destino de mercancías importadas sobre las cuales existe derecho de retención a favor del banco, razón por la que deben acudir a utilizar bodegas de otro almacén.

- Caso semejante al anterior, con la diferencia de que no existe retención a favor del banco, sino que simplemente éste ha ordenado que sea el consignatario de las mercancías actuando como agente de aduana.

- No se trata de mercancías en puertos, sino en el interior del país en donde tampoco el almacén tiene bodegas y debe acudir a otra para que la custodie y conserve la mercancía.

Visto lo anterior, se encuentra en común la carencia de bodegas del almacén y que necesariamente tiene que acudir a otro almacén para la custodia y conservación de la mercancía, lo cual trae como consecuencia dudas en la contabilización de las mismas, pues se puede presentar una duplicidad en los informes estadísticos que se deben rendir ante esta Superintendencia.

1) Legal. El almacén general de depósito al celebrar el contrato como agente de aduana con un cliente, ha recibido la mercancía en depósito y se hace responsable de la conservación y custodia de la misma, de conformidad con la ley como depositario que es por una parte, y por otra, como agente de aduana.

Al celebrar tal almacén un contrato de depósito con otro para que le conserve y custodie la mercancía surge para el último una responsabilidad como depositario, de conformidad con el artículo 1171 del Código de Comercio y del artículo 34 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De tal manera, en caso de pérdida de la mercancía o deterioro de la misma, el primer almacén es directamente responsable ante el cliente de los daños y perjuicios que pueda ocasionarle tal hecho, y el segundo almacén donde se encontraba almacenada la mercancía, se hace responsable ante el primero, en razón de que la relación contractual es independiente.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Por lo anterior, se hace indispensable que el almacén depositario expida al depositante la matrícula correspondiente y que el segundo almacén expida la matrícula a nombre del primer depositario.

2) Contable - Como consecuencia del análisis hecho en el numeral anterior, se hace necesario que los dos almacenes contabilicen tales operaciones en "Cuentas de Orden", así: El primer almacén lo registrará según el caso con "simple recibo", "Con retención", etc.; y el segundo habilitando del renglón "H" con la denominación "Mercancías recibidas en depósito de otros almacenes".

Se considera que en caso de presentarse emisión de títulos valores sobre las mercancías depositadas, ésta debe hacerse por el primer almacén quien es el responsable de las mismas frente al tenedor del certificado de depósito. Igualmente, el almacén es responsable frente al tenedor del bono de prenda tanto por la existencia de la mercancía, como porque ésta corresponda a las calidades detalladas en tal título. En estos casos, el primer almacén debe dejar constancia en los títulos del lugar donde se encuentran depositadas las mercancías. El segundo almacén no podrá emitir títulos.

h. Instrucciones para expedir y emitir bonos de prenda. En cumplimiento del artículo 757 del Código de Comercio, el formulario del bono de prenda lo expide el Almacén General de Depósito a solicitud y por cuenta del deudor depositante, y éste para efectos de incorporar el crédito lo emite a favor de su acreedor prendario, y por eso el documento lleva las firmas tanto del deudor depositante como del gerente y secretario del almacén.

Una vez expedido el bono de prenda, el deudor depositante lo entrega a su acreedor prendario, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 625 del Código de Comercio según el cual, "... toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación..."

Como el endoso junto con la entrega del documento, es el modo de transferir un título valor de acuerdo con su ley de circulación en el espacio destinado al endoso debe firmar como endosante el establecimiento de crédito en su calidad de acreedor prendario y tenedor legítimo del bono de prenda, para transferir a la entidad que lo redescuenta.

Debe advertirse que otros procedimientos utilizados para la emisión y transferencia de bonos de prenda no resultan conforme a ley, como aquel consistente en que el deudor depositante emita el bono de prenda a favor de sí mismo para luego endosarlo al intermediario financiero que otorga el crédito, porque dicho deudor ocuparía a su vez el lugar de beneficiario y acreedor prendario, y según el artículo 1724 del Código Civil, "cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una *confusión* que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago". En consecuencia, por faltar la incorporación del crédito, el bono de prenda no tendría vida jurídica por ausencia de acreedor, y por consiguiente el endoso del depositante al banco que le concede financiación, carece de eficacia jurídica para transferir un título valor que aún no ha nacido legalmente.

En conclusión, el establecimiento de crédito como acreedor prendario, beneficiario y tenedor del bono de prenda es quien debe efectuar el primer endoso, cuando se efectúa la operación de redescuento.

Para efectos del redescuento de bonos de prenda se considera procedente que en la matrícula, en el certificado y en el bono de prenda, figure el mismo valor de la mercancía depositada, entendiendo como tal el precio de sustentación para los productos agrícolas, o el comercial para el resto de los artículos.

i. Endoso de los certificados de depósito en garantía y descuento de los bonos de prenda. En relación con estos aspectos, este Despacho considera pertinente que se atiendan las instrucciones contenidas en el Título II, Capítulo II de esta Circular, relativas a las garantías aceptadas por los establecimientos de crédito en desarrollo de sus operaciones activas.

1.4 Procedimientos en relación con mercancías depositadas

a. Venta de mercancías depositadas.

TITULO V

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

1) Mercancías Abandonadas. Se entiende por mercancías abandonadas aquellas que no han sido retiradas por el depositante al vencimiento del plazo pactado para el depósito, si además se cumplen los siguientes requisitos:

- Que se haya comunicado el vencimiento del contrato de depósito al depositante por correo certificado a la última dirección registrada en el almacén; y

- Que las mercancías no hayan sido retiradas dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la notificación o no se haya pactado de nuevo plazo para el depósito.

2) Venta o Subasta de Mercancías. Los almacenes generales de depósito podrán efectuar la venta de mercancías abandonadas respecto de las cuales no se hayan emitido bonos de prenda, por cualquier procedimiento comercial, cuando así se hubiere pactado en el contrato de depósito.

Si no se hubiere pactado la venta directa o no hubiere interesados en ella se hará en pública subasta en el almacén o en un martillo, en los casos y con las formalidades previstas en el artículo 1189 del Código de Comercio.

La venta de mercancías depositadas respecto de las cuales se hayan emitido bonos de prenda se efectuará en pública subasta, observando lo dispuesto en los artículos 794 y siguientes del Código de Comercio y el procedimiento señalado a continuación:

- Retiro y venta de mercancías deterioradas. Si las mercancías depositadas corren el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, el almacén general deberá notificarlo al depositante y a los tenedores del certificado de depósito y bono de prenda, si fuere posible, para que sean retiradas del almacén dentro de un término prudencial y, en caso de que el retiro no se verifique dentro del término fijado, podrá venderlas en pública subasta en el mismo almacén o en un martillo.

- Respecto de aquellas mercancías deterioradas que por razones de salud pública no es posible vender o transferir, se debe solicitar a la autoridad competente autorización para su destrucción.

Lo dispuesto en el presente numeral se aplicará también en los casos en que las mercancías no hayan sido retiradas a la expiración del plazo del depósito, previo cumplimiento de las normas sobre mercancías abandonadas, o cuando hayan transcurrido treinta (30) días contados a partir del requerimiento hecho por el almacén al adjudicatario de las mercancías rematadas o vendidas directamente por el almacén.

b. Procedimiento para subasta de mercancías. La subasta de las mercancías se anunciará con ocho (8) días de anticipación, por medio de avisos que se fijarán en un lugar visible al público en los Almacenes Generales de Depósito y, además, por una sola vez en un diario de amplia circulación en el lugar donde se encuentren los bienes o dos veces en días distintos en una radiodifusora de la misma localidad. Este plazo será de tres (3) días en caso de deterioro de la mercancía.

Dicho aviso contendrá:

- Lugar fecha y hora en que ha de principiar la subasta;
- Los bienes materia de la subasta, con indicación de su clase, especie, calidad y cantidad;
- El avalúo correspondiente a cada bien o grupo de bienes y la base de la subasta;
- La oportunidad en que debe de hacerse la consignación del 20% del avalúo para hacer postura.

El avalúo de las mercancías será el que aparezca en el contrato de depósito a menos que las circunstancias justifiquen uno nuevo, a juicio del almacén y/o del depositante o de su derecho habiente. El tenedor del bono podrá pedir en todo caso la confección de un nuevo avalúo

1) Avalúo de mercancías para subasta. El avalúo de las mercancías se hará, en su caso, por dos peritos designados uno por cada parte, quienes, al momento de tomar posesión, designarán un

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

tercero para el caso de desacuerdo. Si no lo hacen, el tercer perito será designado por el almacén. No obstante, las partes podrán designar un solo experto.

La designación se hará en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación hecha por el almacén. Si las partes no hacen el nombramiento en el término fijado, la peritación se llevará a cabo por un solo perito designado por el almacén.

2) Exposición de mercancías para subasta. División en lotes. Las mercancías que fueren a subastarse se exhibirán al público en los almacenes desde el día en que principien las publicaciones. Si fueren a granel o genéricamente designadas, la exposición podrá hacerse por medio de muestras.

Con el objeto de facilitar la subasta y siempre que la naturaleza y empaque de la mercancía lo permita, ésta podrá ser dividida en lotes, previa autorización de las partes o de la Superintendencia Bancaria en subsidio.

3) Lugar de la Subasta. Acta. La subasta se efectuará en los almacenes generales de depósito con la asistencia del depositante o su cesionario, del titular del crédito o quien éste delegue y del representante del almacén. El Superintendente Bancario podrá asistir o nombrar su delegado.

En defecto del titular del crédito o del depositante o sus delegados, el almacén nombrará dos testigos para presenciar la subasta y en este caso se informará a la Superintendencia Bancaria.

Del remate se levantará el acta correspondiente, debidamente firmada si fuere posible, por las personas que hayan intervenido, de la cual se entregará copia a los interesados.

Dicha acta se sentará en un libro especial y contendrá:

- La fecha y hora en que tuvo lugar la diligencia;
- La designación de las partes que intervinieron;
- Las distintas ofertas que se hayan hecho y el nombre de cada uno de los postores;
- Designación del rematante y de los bienes subastados;
- Precio del remate y forma de pago.

Si la subasta quedare desierta, de ello se dejará constancia en el acta.

4) Duración de la Subasta. La subasta tendrá una duración mínima de dos horas. Las mercancías saldrán inicialmente a subasta pública por el 80% de su avalúo, cuando menos.

Quien pretenda hacer postura en una subasta, deberá depositar previamente, en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales que funcione en el lugar del domicilio del almacén, o en el propio almacén y a órdenes de éste, el 20% del avalúo.

Cuando el postor sea el acreedor se aplicará lo dispuesto en el inciso final del artículo 526 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con lo dispuesto con el artículo 2423 del Código Civil, el deudor también podrá ser postor.

Será postura aceptable la que cubra el 80% del avalúo.

En un tablero se anotarán la base del avalúo y las ofertas propuestas.

5) Adjudicación. El almacén adjudicará al mejor postor los bienes materia de la subasta luego de haber anunciado por tres veces que de no existir una oferta mejor la declarará cerrada.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Si se presentare duda acerca de la persona adjudicataria, el almacén abrirá de nuevo subasta por un término de quince minutos.

Llevado a efecto el remate, los importes depositados se devolverán de inmediato a quienes los consignaron, excepto el que corresponda al rematante que reservará como parte del precio o como garantía de sus obligaciones.

6) Forma de Pago del Remate. El rematante deberá consignar en efectivo o cheque de gerencia o con provisión garantizada de fondos el valor de remate, descontadas las sumas que depositó para hacer la postura, dentro de los cinco (5) días siguientes a la diligencia. Las partes de común acuerdo podrán ampliar este término hasta por un mes.

Si no se efectuare el pago se declara desierta la subasta sin lugar a restitución del 20% que se imputará al pago del crédito en la forma prevista en el artículo C.P.C. y se sacarán nuevamente remate las mercancías con la base inicial.

7) Segunda y Tercera Subasta. Cuando no hubieren postores en la primera subasta dentro de los quince (15) días siguientes, el almacén sacará nuevamente a subasta las mercancías, siguiendo el procedimiento señalado para la primera.

Para el segundo remate se tomará como base el 60% del avalúo, cuando menos.

Si en la segunda subasta no hubieren postores se señalará dentro de los quince (15) días siguientes una tercera fecha para la misma en la cual la base será el 40% del avalúo, cuando menos. Si en esta oportunidad no se rematare se procederá dentro de los treinta (30) días siguientes a nuevo avalúo y subasta, en los términos indicados en este capítulo.

8) Entrega de Mercancías al Adjudicatario. Una vez recibido el pago de las mercancías rematadas, el almacén las entregará al adjudicatario y, en caso de no ser retiradas dentro del término de veinticuatro horas, éste será responsable de los bodegajes y gastos necesarios que se causen con posterioridad al remate.

El almacén deberá entregar, además, copia del acta de adjudicación que le servirá para demostrar la propiedad de los bienes rematados.

9) Prohibiciones a los Almacenes y Empleados. A los almacenes les está prohibido en las subastas:

- Admitir posturas por signos equívocos;
- Pregonar puja alguna sin que el postor la haya expresado en forma clara e inteligible;
- Tomar parte en la licitación por sí o por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona;
- Adquirir del adjudicatario los objetos rematados y,
- Tomar parte en los remates, directa o indirectamente por apoderado, ni por interpuesta persona, los empleados de los almacenes.

10) Subasta de Mercancías Pertenecientes a Personas Sometidas a Concordato Preventivo, Liquidación Administrativa o Quiebra. Para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra, el almacén deberá obtener previa autorización del funcionario respectivo. Exceptuase la subasta de mercancías que corran el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, caso en el cual al almacén le bastará informar al funcionario.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En todo caso, realizada la subasta, el almacén pondrá a disposición del funcionario respectivo el precio obtenido en el remate, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones que regulan la materia.

c. Mercancías en proceso de transformación

1) Transformación de Mercancías. Requisitos. Los almacenes generales de depósito que permitan a sus clientes someter las mercancías depositadas a procesos de transformación o beneficio deberán exigir los siguientes requisitos:

- Indicación de la persona encargada del proceso de transformación o beneficio, lugar donde se verificará y breve descripción de dicho proceso;
- Permiso del acreedor, si las mercancías estuvieren sujetas a gravámenes;
- Fecha de iniciación y terminación del respectivo proceso; y
- Determinación del producto o productos que se obtendrán, indicando su clase, cantidad y valor.

Sobre las transformaciones de mercancías que los almacenes generales de depósito permitan a sus clientes, deberá informarse a la Superintendencia Bancaria indicando los datos señalados anteriormente.

d. Transformación de mercancías sujetas a gravamen. Si las mercancías que hayan de procesarse estuvieren sujetas a gravámenes, el almacén procederá a instancias del acreedor a sustituir los documentos en que consten tales gravámenes por otros que se refieran a los productos obtenidos en dicho proceso.

Los almacenes generales también podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en proceso de transformación o beneficio, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el artículo 1182 del Código de Comercio.

e. Transporte y Traslado de Mercancías

1) Traslado. Para trasladar mercancías de un lugar de depósito a otro, el almacén general deberá obtener el permiso del acreedor prendario, si lo hubiere, y del depositante en caso de no ser éste el interesado en la movilización.

2) Vigilancia de prendas sin tenencia y contratación del transporte por cuenta de sus clientes. De conformidad con lo previsto en los numerales 1,2, y 3 del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los almacenes generales de depósito podrán por cuenta del acreedor, ejercer la vigilancia de los bienes dados en prenda sin tenencia y contratar por cuenta de sus clientes el transporte de las mercancías.

3) Documentos de Transporte. Cuando el transporte de las mercancías depositadas se contrate con terceros el almacén deberá exigir la emisión de una carta de porte o conocimiento de embarque expedido o endosado a su favor.

Si se expide la carta de porte, la misma deberá contener los requisitos exigidos en el artículo 768 del Código de Comercio.

Si se trata de otro documento de transporte, deberá contener los datos necesarios para la completa identificación de las mercancías, así como las especificaciones propias del contrato de transporte exigidas en el título IV del Libro 4 del Código de Comercio.

Si no existieren estos títulos, deberá exigirse el correspondiente documento contentivo del contrato de transporte, expedido o cedido a su favor.

Si el depositante contrata la conducción de las mercancías, el almacén le exigirá una carta de porte o un documento de transporte, endosado o cedido a su favor, y ejercerá estricta vigilancia sobre todo el proceso de movilización.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Las mercancías transportadas deberán asegurarse, en todo caso, contra los riesgos de transporte.

El flete y demás gastos de movilización serán de cargo de la parte interesada en la misma.

Una vez producido el traslado, el almacén hará las modificaciones correspondientes en el libro de talonario o en las respectivas matrículas de depósito.

f. Requisitos para retiro total de mercancías. Para que el almacén permita al tenedor del certificado de depósito el retiro de la totalidad de las mercancías depositadas, deberá exigir la entrega de dicho documento y, en su caso, la del correspondiente formulario de bono de prenda. Si hubiere emitido bono de prenda, el almacén sólo entregará las mercancías al tenedor del certificado que haya hecho la provisión correspondiente. En ningún caso el almacén cancelará el bono de prenda cuando no se haya constituido la provisión.

Si el almacén ha recibido la provisión para el pago de la deuda garantizada con el bono de prenda y ha hecho la entrega de tal suma al beneficiario, deberá identificarlo plenamente.

Para los efectos de esta identificación, el almacén abrirá un libro de registro de beneficiarios o tenedores de títulos en el cual anotará los datos personales de éstos como nombre, documento de identificación, profesión y dirección, cuando se trate de personas naturales. En el caso de personas jurídicas, se anotará la razón social, dirección, poderes, certificados de existencia y representación y nombre del representante legal.

g. Retiros parciales de mercancías. Para que los almacenes generales autoricen retiros parciales de la mercancía depositada deberán exigir la presentación del certificado de depósito y, en su caso, la del correspondiente formulario de bono de prenda y consignarán en su cuerpo la cantidad y valor de la mercancía retirada.

Si se ha emitido bono de prenda se procederá en la forma establecida en el artículo 1184 del Código de Comercio.

Si la mercancía estuviere pignorada mediante celebración del contrato de prenda o sometido a la retención a favor de terceros, la liberación de la prenda no podrá hacerse sino con la autorización escrita del acreedor prendario o del tercero en cuyo favor se haya establecido la retención y de acuerdo con las instrucciones, que hubieren sido notificadas al almacén.

Si las mercancías estuvieren pignoradas en un lugar de propiedad de terceros, sobre el cual se hubiere celebrado con el almacén general un contrato de tenencia material compartida o convenio, dichos terceros no podrán retirar total o parcialmente mercancías depositadas sin el cumplimiento previo de los anteriores requisitos y que se haya obtenido la autorización del correspondiente almacén.

h. Entrega parcial de mercancías. Para la entrega parcial de mercancías depositadas, en el caso en que no se hayan expedido certificados de depósito y bonos de prenda, se seguirá, en lo pertinente, el procedimiento señalado en los artículos anteriores.

En todo caso, los almacenes generales podrán abstenerse de autorizar el retiro total o parcial de las mercancías depositadas, mientras permanezcan insolutas deudas contraídas a su favor por el depositante, en los casos autorizados por la ley.

Para el retiro de las mercancías el almacén exigirá un recibo firmado por el depositante o su representante.

1.5 Disposición del bien propio gravado con prenda.

Cuando se presente un retiro de mercancías depositadas en bodegas particulares y este mediando el pago del crédito que las grava, es necesario que exista una precisa diferenciación entre el contrato de depósito y el contrato de mutuo en la operación integralmente considerada. En particular, los almacenes deben tener en cuenta que algunos depositantes pueden considerar

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

el pago del crédito como una vía regular inmediata para disponer de la mercancía, hecho que sin lugar a dudas no sólo desconoce la relación subyacente al crédito mismo, sino que ha llegado a generar faltantes de mercancía como ha logrado establecerlo la Superintendencia a través de las distintas visitas realizadas.

En tal virtud, se estima pertinente que los almacenes informen a sus clientes de los inconvenientes de orden legal que pueden originarse en desarrollo de estas prácticas, como es la comisión del delito consagrado en el artículo 364 del Código Penal, denominado "Disposición del bien propio gravado con prenda" y se implante un sistema con los intermediarios financieros que descuenten bonos de prenda, con el objeto de que la información sobre cancelación o abono de los créditos sea de inmediato conocimiento de los primeros.

2. TITULOS SOBRE ALGODON EN TRANSITO

2.1 Expedición de títulos sobre algodón. Para celebrar operaciones sobre fibra y semilla de algodón en tránsito dentro del país, los almacenes interesados informarán a la Superintendencia Bancaria los siguientes datos: nombre de la cosecha, el de la desmotadora y el de las fábricas textiles y graseras, con indicación de la cantidad aproximada de algodón que se les asigne.

Para todos los efectos, el plazo para el tránsito de algodón será de cuarenta y cinco (45) días y, excepcionalmente, por deficiencia en el transporte o por incapacidad de almacenamiento en los lugares de destino, tal mercancía podrá conservarse en bodegas intermedias.

a. Obligación de constatar la existencia real de algodón. Los almacenes generales de depósito deberán obtener información previa sobre la existencia real, libertad de la fibra y de semilla de algodón, bien sea para expedir certificados de depósito, bonos de prenda, depósitos con retención a favor de terceros u obligación prendaria, prefinanciación de exportaciones, o bien que dichos productos se encuentren en desmotadoras, en tránsito o en bodegas particulares del cliente.

b. Exigencia para redescuento fibra y semilla de algodón. La entidad que efectúe el redescuento de un bono de prenda deberá tener en cuenta que la solicitud lleve previamente la constancia sobre la existencia real, libertad de la fibra y de la semilla de algodón, con el objeto de evitar la doble pignoración sobre algodón de consumo nacional.

2.2 Operaciones y controles sobre el algodón destinado a empresas textiles

Los almacenes generales de depósito y las empresas textiles, deben atender las siguientes instrucciones:

a. La totalidad del algodón de producción nacional, con destino a las empresas textiles debe estar regulada por la identificación de la prenda en relación con los bonos emitidos, la procedencia, el almacén que recibe el depósito y el tiempo límite de vigencia del título emitido.

b. Con base en el literal anterior y de acuerdo con el manual de crédito de FINAGRO, no se permite, ni segunda financiación del algodón ya liberado, ni sustitución o reemplazo de la prenda. Por tanto, los saldos de algodón de cosechas anteriores que hayan sido objeto de pignoración, no podrán sufrir una nueva, ni respaldar faltantes de algodón que garanticen títulos en vigencia.

3. DEPOSITO DE SEMILLA DE ARROZ. COBRO DE BODEGAJES DE MERCANCIAS DE LA D.I.A.N., RETIRO DE MERCANCIAS DE BODEGAS PARTICULARES

3.1 Semillas certificadas. Práctica no Autorizada e Insegura.

Esta Superintendencia considera pertinente instruir a los almacenes a efectos de que se abstengan de incurrir en la práctica según la cual, se reciben en depósito semillas de arroz certificadas sobre las cuales se expiden certificados de depósito y bonos de prenda, pero al practicar los inventarios correspondientes la semilla no se encuentra completa.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En estos eventos los almacenes no pueden argumentar que el faltante se puede suplir con semilla de arroz aún no certificada la cual mediante el proceso químico se podría transformar en semilla certificada.

Teniendo en cuenta que dicha práctica no se ajusta a las reglamentaciones vigentes, esta Superintendencia la considera como práctica no autorizada e insegura con base en lo dispuesto en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, motivo por el cual debe abstenerse de ejecutarla y les solicita tener especial cuidado en el manejo de tales mercancías.

3.2 Obligaciones en relación con el depósito

Cuando la mercancía corresponde a arroz depositado en lugares donde funcionan molinos, se deberán seguir las siguientes instrucciones:

- a. La mercancía debe estar perfectamente dispuesta en arrumes que permitan su fácil verificación por parte de quienes practiquen los inventarios periódicos;
- b. Es estrictamente necesario separar las mercancías de uno y otro almacén, desde luego cuando ellas son específicas.
- c. Cuando la mercancía está en bultos, ha de entenderse que es específica. Por tanto en los diferentes documentos y títulos debe precisarse por ejemplo: 1.000 kilos de arroz Paddy en bultos. La mercancía a granel como genérica, requiere documentos y títulos independientes de los anteriores (artículos 1180 y 1181 del Código de Comercio y 1565 y siguientes del Código Civil);
- d. Cuando en una misma bodega opere más de un almacén, los inventarios deberán practicarse conjuntamente, con el fin de diferenciar claramente las mercancías correspondientes a cada uno.
- e. Es absolutamente indispensable demarcar y mantener separada la mercancía pignorada del resto, máxime cuando dentro de la misma bodega funciona un molino.
- f. Los registros por liberación parcial, total o traslados de mercancías, deben efectuarse inmediatamente. Este procedimiento sólo puede efectuarse tratándose de mercancía genéricamente designada, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1181 del Código de Comercio, la rotación sólo es viable en relación con esta clase de mercancía, no con la mercancía específica.

En relación con la mercancía específica

3.3 Otorgamiento de préstamos

a. Préstamos y certificados

1) **Préstamos a sus clientes.** El crédito directo que los almacenes generales de depósito pueden otorgar o gestionar en beneficio de sus clientes, de conformidad con el numeral 5o. del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o las disposiciones que lo modifiquen o adicionen, deberá ajustarse a los siguientes requisitos:

- Solo puede tener por objeto suplir los gastos que se produzcan y guarden relación con la prestación de los servicios a cargo del almacén, con exclusión de las tarifas de almacenamiento.
- Solo podrá destinarse a sufragar los gastos actuales o futuros, quedando excluidos los pretéritos; por tanto, entre la fecha de crédito, la prestación del servicio y la cancelación del gasto, no puede existir más de seis (6) meses de diferencia. Plazos mayores indican que la financiación no es oportuna y no cumple con el objeto de la ley.
- Sólo podrá otorgarse hasta por el 30% del valor de la mercancía depositada, la cual se mantendrá en tal estado, guardando siempre el porcentaje citado anteriormente en relación con el monto o saldo del crédito pendiente.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- Las liberaciones de mercancías deberán sujetarse a lo previsto en el inciso anterior y podrán efectuarse cuando se presenten abonos parciales o cancelación total del crédito.
- Los préstamos sólo deben ser los necesarios para las operaciones permitidas sin pasar del 30%. Si los gastos financiables sólo llegan al 10% del valor de la mercancía, éste es el monto máximo que pueden prestar los almacenes, y si prestan una suma mayor, aunque ella sea inferior al 30%, están violando el artículo 33 numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En la carpeta deberán aparecer los comprobantes que justifiquen la operación.
- Cuando se trate de una autorización para otorgarlos a sus clientes o para gestionarlos por cuenta de estos, deberán tener en cuenta que mientras subsista el crédito, las mercancías deben estar depositadas en los almacenes y su liberación debe efectuarse en forma proporcional al abono hecho al crédito. Por otra parte, se le recuerda que cuando exista bono de prenda, al efectuarse un crédito y conforme a lo previsto en el artículo 33 numeral 5o., los almacenes deberán observar especial cuidado en la exigencia y constitución de las garantías adecuadas, pues se ha observado que en algunos casos descuidan tal exigencia poniendo en peligro los intereses de la empresa.
- Debe concederse teniendo en cuenta las necesidades de un depósito determinado y no las de otros depósitos, aunque sean del mismo cliente, ya que debe existir relación de causalidad entre el crédito y el depósito.
- El plazo máximo que los almacenes pueden conceder en el otorgamiento del crédito, incluyendo prórrogas, será de un (1) año. Mientras esté vigente el plazo inicial o la prórroga, no podrán cobrarse intereses de mora.
- Para estos créditos los almacenes deberán exigir a sus clientes las garantías que cumplan con los requisitos establecidos en la ley. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme al inciso final del artículo 1204 del Código de Comercio, "gravada una cosa con prenda no puede pignorararse nuevamente". De tal manera que, cuando sea expedido el bono de prenda correspondiente, la mercancía ya pignorada no puede servir de garantía del crédito.

Tampoco se considerará garantía adecuada la mercancía no nacionalizada, excepto cuando se posea provisión para el efecto.

No se consideran garantías adecuadas:

- Las mercancías no nacionalizadas, excepto cuando se posea la provisión para el efecto; y
- Los títulos valores emitidos por el cliente que incorporen solamente el crédito.
- Tampoco será admisible que el crédito se incorpore en un bono de prenda expedido sobre la mercancía depositada.
- Por cuanto los créditos tienen destinación especial, los comprobantes de la prestación del servicio (que deben provenir de quien lo prestó, no del depositante) se entregarán por el cliente al almacén prestamista dentro de los dos (2) meses siguientes al otorgamiento del crédito.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

- En subsidio de los comprobantes anteriores y con base en lo dispuesto en el artículo, 13, numeral 2o. de la Ley 43 de 1990, el almacén puede optar por una certificación de su revisor fiscal donde conste:

- Que tuvo a la vista los documentos que acreditan los pagos hechos; y
- Nombre del beneficiario del pago, la fecha de cancelación, concepto y cuantía.

- Por cada crédito efectuado el almacén abrirá una carpeta en la cual conservará la solicitud escrita del interesado, presupuesto de los gastos, indicando su destinación específica y los comprobantes o el certificado del revisor fiscal mencionado anteriormente.

- El almacén no podrá otorgar nuevos créditos directos a un depositante, cuando tenga créditos u otra deuda vencida con el almacén, calificada por éste como de difícil cobro, o no haya acreditado mediante comprobantes o el certificado de Revisor Fiscal la realización de los gastos.

- Los almacenes sólo atenderán los créditos con recursos propios.

- Los almacenes sólo podrán deducir de los créditos otorgados a sus clientes, el valor de los intereses remuneratorios que se causen durante el plazo pactado y el impuesto de timbre del título valor que incorpore el crédito.

b. Sanciones para el deudor de préstamos: En aquellos casos en los cuales no se presenten los comprobantes o el certificado del revisor fiscal antes señalados por parte del cliente, cuando la mercancía esté depositada en bodegas particulares, ello dará lugar a la cancelación de la autorización del lugar de depósito.

b. Certificados sobre existencia de préstamos. A efectos de que el Superintendente Bancario certifique acerca de la existencia y monto de las deudas constituidas a favor de los almacenes generales de depósito, en los casos autorizados por la ley, es necesario que la solicitud correspondiente contenga los siguientes requisitos:

- Nombre, razón o denominación legal del depositante;

- Fecha de la constitución del depósito y del vencimiento del plazo del contrato;

- Clase, cantidad y valor de las mercancías depositadas respecto de las cuales el almacén haya constituido el préstamo y, en su caso, la cantidad y el valor de los retiros parciales de la misma, efectuados hasta la fecha de la solicitud;

- Lugar donde se encuentran depositadas las mercancías, citando el número y fecha de los oficios de aprobación;

- Fecha de celebración del contrato de mutuo perfeccionado con el almacén general y el vencimiento del plazo para el pago de la deuda;

- Valor de la deuda, abonos efectuados a la misma, si los hubiere, intereses ordinarios y de mora convenidos y destino del crédito;

- Manifestación del almacén sobre la carencia de documentos que prestan mérito ejecutivo; y

- Certificación del Revisor Fiscal del almacén sobre la exactitud de los datos aportados.

3.4 Intermediarios aduaneros

Para que los Almacenes Generales de Depósito puedan actuar como intermediarios aduaneros, según lo previsto en el artículo 33, numeral 3o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deben ajustarse a lo dispuesto en el Decreto Ley 1909 de 1992 y a las disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Para la respectiva actuación el almacén general de depósito, en la carta de porte o conocimiento de embarque o en su defecto en el documento de transporte respectivo, debe aparecer como consignatario de la mercancía o que éste se endose a su favor.

En caso de violación de las normas que rigen la actividad de los Almacenes Generales de Depósito como intermediarios aduaneros, la Superintendencia Bancaria podrá, de oficio o a petición de parte, solicitar a la Dirección General de Aduanas la imposición de la sanción de que trata el artículo 33 numeral 3o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

a. Depósito sobre mercancía para importación o exportación. A petición del interesado, los almacenes generales de depósito constituirán depósito con las mercancías que les hayan sido consignadas para su importación o exportación.

b. Documentos para carpeta D.O. Los almacenes generales de depósito conservarán en su correspondiente carpeta D.O., además de todos los documentos requeridos para la importación y exportación de mercancías, una copia del respectivo contrato de depósito, si es el caso.

4. INVERSIONES

4.1 En bienes inmuebles

a. Aviso de adquisición de inmuebles. Los almacenes informarán a la Superintendencia Bancaria el 15 de enero de cada año las adquisiciones, daciones en pago y adjudicaciones de inmuebles en el año inmediatamente anterior, señalando su ubicación y su precio.

b. Obligación de enajenar bienes. Sin perjuicio de lo establecido en el literal anterior, los bienes recibidos en dación en pago o adjudicados, deberán ser enajenados dentro de los términos establecidos en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

En todo caso, los almacenes podrán conservar los bienes recibidos en pago o adjudicados en pública subasta que sean necesarios para cumplir el objeto social de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, numeral 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

4.2 En otros activos

a. Inversiones. Además de las Inversiones autorizadas en los Artículos 35 y 110 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o las disposiciones que los adicionen o modifiquen, los almacenes generales de depósito pueden efectuar inversiones en títulos de alta liquidez y constituir y mantener depósitos en cuentas corrientes, depósitos a término y depósitos de ahorro en establecimientos de crédito y en fondos comunes de inversiones administrados por sociedades fiduciarias para el desarrollo de su objeto social, como actividad conexas.

Los depósitos que efectúen los clientes para el pago de derechos de importación, cuando actúen como intermediarios aduaneros, solamente podrán ser invertidos en títulos cuyo vencimiento no exceda de noventa (90) días comunes y hayan sido emitidos o garantizados por la Nación o el Banco de la República debiendo registrarse en el epígrafe "Voluntarias", código 1305 del plan único de cuentas para el sistema financiero.

Cuando en forma habitual los almacenes mantengan sus recursos en las inversiones de que trata este artículo, la Superintendencia Bancaria podrá señalar límites al respectivo almacén.

Para efectos de la aprobación de inversiones de que trata el numeral 2, artículo 35 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el almacén general de depósito deberá presentar en cada caso solicitud previa y por escrito a la Superintendencia Bancaria, anexando copia del acta de la Junta Directiva de la entidad en la cual se imparta la autorización respectiva. El acta de la Junta Directiva deberá contener las razones fundamentales que determinaron la decisión adoptada y

TITULO V

Página 49

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

deberá anexarse, adicionalmente la copia de los estatutos sociales o del proyecto de estatutos de la sociedad receptora de la inversión, a efectos de poder verificar que su objeto se ajuste a las autorizaciones legales.

La Superintendencia, si lo estima necesario, podrá solicitar la información adicional o el cumplimiento de los requisitos que estime pertinentes.

4.3 Aseguramiento de bienes

a. Seguro de incendio de mercancías. Las mercancías deberán asegurarse contra incendio y otros riesgos.

En caso de que el depositante de las mercancías las tenga aseguradas contra el riesgo de incendio, el almacén general de depósito tendrá en cuenta este factor en el pacto de la tarifa por almacenaje y, además, le exigirá el endoso de la correspondiente póliza; si posteriormente el depositante no mantiene vigente el seguro, el almacén está en la obligación de asegurar la mercancía y, por consiguiente, puede reajustar la tarifa por almacenamiento en forma proporcional al seguro, por lo cual es conveniente pactarlo en el contrato de depósito.

El tenedor del certificado de depósito, el del bono de prenda, el depositante o su cesionario, en su caso, tendrán sobre el monto de la indemnización cubierta a los almacenes por los aseguradores de las mercancías depositadas los mismos derechos que tendrían sobre éstas.

b. Obligación de mantener aseguradas las mercancías contra incendio. La Ley consagra la obligación de mantener vigentes las pólizas que amparan las mercancías en bodegas particulares bajo su directa responsabilidad contra el riesgo de incendio. Por lo tanto, no hacerlo es un hecho irregular que no sólo es violatorio de una clara norma legal, sino que entraña grave peligro para los intereses de terceros.

5. Régimen de tarifas intereses y comisiones.-

5.1 Tarifas por servicios.

Los Almacenes Generales de Depósito podrán pactar libremente con sus clientes las tarifas que cobren por concepto de los servicios que presten.

5.2 Depósitos que ofrecen movimiento permanente.

Cada uno de los depósitos debe ser objeto de un contrato que conserva su individualidad propia tanto para su manejo como para la liquidación de los bodegajes. Si un mismo cliente tiene varios contratos de depósito, sea de la misma mercancía o de diferentes productos, ellos deben

manejarse por separado, y no es posible involucrarlos contablemente empleando el sistema de "cuenta corriente", procedimiento este que por estar vedado, no encaja en la disposición que se comenta.

Las únicas modalidades de depósitos que pueden ofrecer un "movimiento permanente" son:

- El Depósito Provisional. Se origina con la entrada parcial de mercancía hasta completar el total anunciado por el cliente, con el cual se constituye el depósito simple.
- Depósito simple y/o consignación. Para este depósito se expedirán recibos que no son negociables

De otra parte, la compra y venta por cuenta del cliente de la mercancía, ofrece también un movimiento permanente, y las modalidades de depósito con obligación prendaria, o con derecho de retención, o con certificado y bono de prenda, para estos efectos, no ofrecen movimiento permanente.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

En consecuencia, en los depósitos que ofrezcan un movimiento permanente los servicios se liquidarán y cobrarán sobre los promedios de saldos diarios, salvo pacto en contrario.

Cuando el inciso que se comenta establece que "los servicios se liquidarán y cobrarán sobre los promedios de saldos diarios", el término promedio debe entenderse en el sentido de la segunda acepción del Diccionario de la real Academia, o sean suma de varias cantidades dividida por el número de ellas, término medio. Si la aplicación de esta fórmula matemática nos da el promedio, es obvio que no puede hablarse de promedio máximo o promedio mínimo, sino únicamente de promedio.

Suponiendo que en determinado día el depósito se inicia con 70, luego entran 30 para completar 100, y después se retiran 40, se tiene que el saldo de ese día son 60, que deben sumarse a los saldos de los demás días, y luego dividir el número de dichos días y así obtener el promedio. Nótese que el inciso se refiere al promedio de saldos diarios y no a promedios diarios.

Finalmente, la suma resultante no puede superar la máxima que está en términos mensuales, pues es claro que al momento de fijar por esta Superintendencia un límite máximo a la tarifa se parte del presupuesto obvio de que constituye una violación que debe ser sancionada por esta Superintendencia, conforme a las disposiciones vigentes.

5.3 Cobro de los servicios de almacenamiento.

Para el cobro de las tarifas se podrán tomar como base de liquidación factores tales como el valor, peso o volumen; en todo caso, las tarifas dispuestas corresponderán **a servicios efectivamente prestados**.

El criterio utilizado para la liquidación de la tarifa deberá quedar claramente expresado en la documentación relacionada con la operación.

Los almacenes generales de depósito podrán continuar cobrando los servicios de bodegaje cuando se presenten demoras no imputables a su conducta para el retiro de las mercancías, previa expedición de la orden de entrega, la cual tendrá una vigencia de tres días.

Lo anterior no se opone, de ninguna manera, a que las partes convengan un plazo de preaviso que se cobre, necesario para poder adecuar y planear el almacenamiento, o bien a que se sancione el incumplimiento al plazo pactado mediante el cobro completo del almacenaje convenido, pues en tales eventos estaremos frente a una situación diferente a la del cobro de una tarifa por servicio no prestado, toda vez que encuentra su origen, en el primer caso, en un pacto legítimo fundamentado en un aspecto de carácter técnico y, en el otro, en la consecuencia establecida por las partes para el caso en que no se respete el plazo acordado para el depósito.

Desde luego que en el primer evento el cobro nunca podrá exceder al hacer la conversión respectiva, de la suma equivalente al aplicar la tarifa máxima por período mensual y, en segundo, habrán de atenderse las disposiciones legales que regulan la figura de la cláusula penal.

a. Servicios extraordinarios. Los servicios extraordinarios tales como avalúos especializados, clasificación, fumigación, repeso, zunchaje, acarreo, empaque, limpieza y desecación, cuando hayan sido autorizados expresamente por el cliente y para cada caso o fueren necesarios y urgentes para la conservación y almacenamiento de las mercancías, serán por cuenta del mismo y se liquidarán y cobrarán separadamente de los demás servicios previstos en esta circular.

b. Comisiones como intermediarios aduaneros. Las comisiones que cobrarán los almacenes generales de depósito en razón de las operaciones que realicen como intermediarios aduaneros serán las que fije la autoridad respectiva.

Para la cancelación de los derechos de importación los almacenes deberán obtener previamente del cliente los fondos correspondientes, así como los necesarios para gastos menores; cuando estos últimos excedieren el estimativo inicial, los almacenes pueden efectuar el pago de los

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

mismos por cuenta de sus clientes, siempre y cuando se haya efectuado la provisión estimada inicialmente.

c. Cuentas de cobro. En las cuentas de cobro que formulen los almacenes a sus clientes se determinarán claramente los conceptos a que corresponden los respectivos valores.

d. Saldos a favor del depositante. Practicada la liquidación definitiva, los almacenes pondrán a disposición del cliente cualquier valor que hayan recibido anticipadamente y no se hubiere causado, comunicándole tal hecho de inmediato, o procederán a compensar dichos valores si fuere legalmente posible.

e. Prohibición para el pago de comisiones. Los almacenes generales de depósito no pueden dar participación o utilidad de las tarifas de bodegajes a los establecimientos de crédito, cualquiera que fuere el título utilizado, por concepto de descuento de bonos de prenda o presentación de clientes.

5.4. Intereses por préstamos del artículo 33 numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por mora.

Los réditos de capital por concepto de los créditos que otorguen los almacenes a sus clientes para cubrir los gastos determinados en la norma de las mercancías depositadas, lo mismo que por los demás servicios, se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990 y a las disposiciones que las adicionen o modifiquen. Estos créditos solo se podrán otorgar con recursos propios.

6. Prohibiciones

6.1 De captación de recursos.

De acuerdo con el objeto social previsto en el artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los almacenes generales de depósito están autorizados para realizar una serie de operaciones taxativamente señaladas en la ley y relacionadas con "...el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera...", dentro de las cuales no se encuentra la de captar dineros del público.

Por lo tanto, las captaciones que realicen los almacenes generales de depósito, para conceder a sus clientes los créditos autorizados en el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aún con intereses regulados por los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, son actividades que no encajan dentro del marco de su objeto social fijado en la ley, y constituyen operaciones ilegales, puesto que la norma citada es clara en señalar que "... los créditos sólo se otorgarán con recursos propios del almacén...".

6.2 De expedir cartas de crédito.

El artículo 1408 del Código de Comercio, dispone: "Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidas".

Del texto anterior, así como de lo previsto en los artículos 7o., literal g); 12, literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 3o., literal b) del Decreto 2423 de 1993, se desprende que esta clase de documentos se expiden por los bancos, las corporaciones

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

financieras y las compañías de financiamiento comercial, en virtud de autorización legal expresa y básicamente para garantizar operaciones de compra-venta de mercancías.

Lo anterior se complementa en la legislación sobre almacenes generales la que le señala un objeto exclusivo, precisamente determinado, sin que le sea posible realizar operaciones por fuera de dicho objeto. No se halla en tal legislación autorización expresa para que los almacenes generales puedan expedir esta clase de documentos.

En conclusión, debe advertirse que este documento no se acomoda a la naturaleza propia de los almacenes en que las operaciones de crédito son excepcionales, tanto en las hipótesis como en la operancia de cada una de ellas.

De la misma expresión del artículo 33 numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se colige que las operaciones de crédito otorgadas por los almacenes generales son las ordinarias, pues se alude a crédito directo lo que permite concluir que se trata de aquel que se desarrolla a través del contrato de mutuo. Aún en el caso de que se gestione el crédito por cuenta del cliente, este crédito se haría mediante el descuento de bonos de prenda, esto es, por un contrato de mutuo con garantía real.

Adicionalmente, este Despacho les recuerda a los almacenes generales de depósito que se abstengan de expedir documentos denominados **cartas pedido** con el argumento de que se trata del desarrollo de la operación permitida por el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Sistema Financiero. Dicha práctica, en ocasiones se estructura a través de la compra de mercancías por cuenta de sus clientes y consta en documentos que por su forma y operancia práctica conducen a confusión en el público, toda vez que tienen la apariencia de cartas de crédito.

Por lo anterior, este Despacho con base en las facultades que le confiere el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, califica como práctica insegura y por lo tanto prohíbe la expedición de tales documentos así como cualesquiera otras formas que no reflejen clara y expresamente alguna de las operaciones legalmente permitidas a los almacenes.

6.3 De efectuar el pago con recursos propios.

Los almacenes generales de depósito deben abstenerse de incluir en el bono de prenda o en escrito adherido a él, o en documento separado, cláusula alguna que obligue al almacén a que el bono será cancelado a su vencimiento por dichas entidades con recursos propios, toda vez que ello equivaldría a un aval, operación prohibida a los almacenes.

En tal sentido, el almacén pagará al tenedor del bono de prenda sólo en el caso de que el depositante deudor o el tenedor del certificado, haya constituido la provisión correspondiente. En este evento el pago se hará oportunamente, siendo el almacén responsable por el retardo. En ningún caso puede suministrar el almacén fondos para este efecto.

En caso de que el tenedor del bono lo presente y el depositante deudor o tenedor del certificado no haya constituido la provisión, el almacén deberá poner en el bono la anotación "falta de pago", en la forma prevista por el artículo 795 del Código de Comercio.

6.4 De pagar comisiones a los bancos.

Los almacenes generales de depósito no están autorizados para pagar comisiones por concepto de descuento de bonos de prenda a sus clientes, por no existir causa para ello, toda vez que el banco al descontar el bono no presta un servicio adicional, sino que realiza una operación de crédito retribuida con los intereses autorizados en esta clase de operaciones.

Se recuerda, entonces, que es la Junta Directiva del Banco de la República la que debe señalar a los establecimientos de crédito la tasa máxima de interés o descuento que pueden cobrar a sus clientes sobre todas las operaciones de crédito que realicen en ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente y de acuerdo con las facultades concedidas por el artículo 326, numeral 5o., literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, este Despacho considera práctica no autorizada e insegura que los almacenes generales de depósito den participación de los bodegajes a los establecimientos bancarios por conceptos de descuento de bonos de prenda y presentación de clientes, por considerar que es una práctica que se encuentra excluida de las funciones señaladas por el legislador a estos dos tipos de entidades.

6.5 De pignorar simultáneamente con bonos de prenda y certificados de depósito.

Los Almacenes Generales de Depósito pueden efectuar los préstamos bajo una de las dos modalidades principales de que trata el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que traen consecuencia de orden jurídico y práctico diferentes y que se reseñan así:

1. El almacén recibe en depósito mercancías, y con posterioridad, a solicitud del depositante o tenedor del certificado, concede un préstamo para suplir los gastos de que trata el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
2. El almacén recibe en depósito mercancías y con posterioridad, a solicitud del depositante, expide certificados de depósito y bonos de prenda, los cuales son descontados por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o por los particulares.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Posteriormente a la expedición de los mencionados títulos, el depositante solicita a almacén la consecución del crédito de que trata el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y al efecto suscribe un pagaré.

De la primera situación se desprenden las siguientes consecuencias frente a la legislación:

- El almacén tiene derecho de retención sobre las mercancías cuando el crédito no es satisfecho a su vencimiento, previsión que ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 15 de febrero de 1.974.
- El almacén no podrá expedir certificados de depósito y bonos de prenda, por cuanto el artículo 1186 del Código de Comercio se lo impide y en el caso de que ello suceda, el almacén se verá obligado cambiariamente por existir un gravamen previo.

En la segunda situación se puede generar las siguientes consecuencias:

- En caso de que al vencimiento del bono de prenda se haya efectuado la provisión para cancelarlo, el tenedor del mismo título solicita la venta de las mercancías al tenor de lo

dispuesto en el artículo 797 del Código de Comercio, ante lo cual el almacén no podrá oponerse por encontrarse frente a un derecho privilegiado sobre la prenda.

- El producto de la anterior venta se tendrá que aplicar necesariamente según lo dispuesto en el artículo 798 del Código de Comercio, sin que el crédito concedido en virtud de lo dispuesto en el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pueda incluirse en los señalados en el numeral 3o. del artículo 798, pues el mutuo es un contrato principal y no accesorio al depósito.

- Practicada la venta anterior, no podrá ejercer como es lógico la retención sobre las mercancías.

- Suponiendo que el pagaré suscrito por el depositante a favor del almacén contenga una cláusula donde se pacte la mercancía como prenda, tal sistema es glosado por esta Superintendencia ya que el artículo 1203 del Código de Comercio establece que gravada una cosa con prenda no podrá pignorararse nuevamente, mientras subsista el primer gravamen.

En resumen, los almacenes generales de depósito, una vez conceden créditos con base en las facultades contenidas en el artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se haya pactado la prenda sobre la mercancía, no podrán expedir los certificados de depósito y bonos de prenda, en virtud de las consideraciones antes señaladas y en particular, por cuanto el artículo 1186 lo prohíbe.

Ahora, si primero se expiden los mencionados títulos, no podrá efectuarse el préstamo de que trata el artículo 33, numeral 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, garantizándolo con la mercancía, por cuanto el artículo 1204 prohíbe la nueva pignoración mientras subsista el primer gravamen. En caso de que no se pignore la mercancía para garantizar el crédito, consideramos que los almacenes deben exigir otras garantías como la hipoteca, fianza, etc., pues de lo contrario constituirá una práctica ilegal e insegura.

6.6 De adicionar los Contratos de Tenencia

Teniendo en cuenta que se han observado inconvenientes en la práctica del inventario y se han presentado problemas de seguridad tanto para los almacenes, como para los acreedores prendarios, este Despacho se abstendrá de dar aprobación a las adiciones de los contratos de tenencia para operar en bodegas particulares.

| 6.7. De propiciar prácticas evasivas de impuestos.

TITULO V

Página 55

CIRCULAR EXTERNA 072 DE 1997

DICIEMBRE 1997

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Con base en lo previsto en el literal e) del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no solo dentro del marco legal sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose entre otras de facilitar o promover cualquier práctica que tenga como efecto sobresaliente permitir la evasión fiscal, como puede suceder con el fraccionamiento de los depósitos y por lo tanto la emisión de bonos de prenda por sumas inferiores a las previstas en el artículo 2o del Decreto Reglamentario 2301 de 1996, relativo al pago del impuesto de timbre en los títulos valores de contenido crediticio.

CAPITULO TERCERO: DISPOSICIONES COMUNES PARA LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS

1. PRÁCTICAS INSEGURAS

1.1 Inversión de los recursos en los fondos

En las operaciones de administración de Portafolio de los Fondos de Pensiones y de Cesantía y en las de los Fondos Comunes Ordinarios administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía y las Sociedades Fiduciarias, es práctica común de algunas entidades adquirir compromisos de compra y venta de títulos en el mismo día sin considerar los recursos disponibles que permitan cumplir con los compromisos de compra o cubrir el incumplimiento de otros agentes.

En tal virtud, considerando que los recursos de los Fondos en comento deben invertirse con criterios de prudencia y seguridad, este Despacho, con fundamento en lo dispuesto en el literal a) del numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero califica la práctica en cuestión como insegura y, por lo tanto, ordena su suspensión.

La práctica insegura consiste en adquirir compromisos de compra y venta sobre un mismo título en un mismo día sin considerar los recursos disponibles que permitan cumplir con los compromisos de compra o cubrir el incumplimiento de otros agentes.

Para estos efectos, se entienden por recursos disponibles los registrados al inicio de operaciones del día en las cuentas de caja, bancos y otras entidades financieras, así como los recursos obtenidos durante el mismo día provenientes de aportes, de la venta de inversiones, y, adicionalmente, de los intereses efectivamente recibidos. Se excluyen expresamente del disponible los recursos obtenidos a través de operaciones de reporto o **repo** pasivas o de **operaciones simultáneas pasivas** y de los descubiertos en cuenta corriente.

Para el cálculo de dicho disponible, en cuanto hace referencia al concepto de ventas, solo se deberán tomar en cuenta las realizadas con títulos o **valores** adquiridos para el portafolio administrado con anterioridad a la fecha de venta.

1.2 Operaciones de adelgazamiento

La competencia libre y leal constituye uno de los pilares fundamentales del buen desarrollo de una economía de mercado como la colombiana. Así lo reconoce expresamente nuestra Constitución Política al consagrar en su artículo 333 que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades". Del mismo modo, el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contiene las reglas generales relativas a la competencia y protección al consumidor en materia financiera, asignando a la **Superintendencia Financiera de Colombia** la función de velar por evitar que se presenten prácticas que impidan, restrinjan o eviten el juego de la libre y leal competencia.

En el anterior orden de ideas y considerando que se ha tenido conocimiento acerca de que numerosas sociedades han venido adelantando, con cargo a los recursos de los fondos

TITULO V

Página 56

CIRCULAR EXTERNA 072 DE 1997

DICIEMBRE 1997

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

administrados, las que se han denominado operaciones de adelgazamiento de portafolio, que les permitan mostrar ante el público y ante sus afiliados la obtención de una rentabilidad superior a la realmente correspondiente al respectivo portafolio, esta Superintendencia se permite ordenar la suspensión de tales prácticas que devienen atentatorias de la libre, transparente y leal competencia entre ellas.

Conforme a lo anterior, no podrán realizarse operaciones de compra o venta de títulos, **valores** o inversiones a corto plazo, con una rentabilidad sensiblemente superior a la vigente en el mercado, atadas a la operación inversa de vender o comprar en una fecha posterior a la misma persona o a quien ésta designe títulos o inversiones en condiciones inferiores a la vigentes en el mercado a la fecha en que se conviene la operación. Estas operaciones, por ejecutarse en períodos diferentes, permiten manejar indebidamente la rentabilidad efectiva reflejada en cada uno de ellos.

En tal sentido, se solicita a todos los directivos, representantes legales y, en general, funcionarios de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía y de las sociedades fiduciarias su colaboración en la adopción de todas las medidas que resulten necesarias para impedir que se distorsione la libre y leal competencia entre dichas entidades.

En consecuencia, sin perjuicio de la imposición de las sanciones a que haya lugar por la futura realización de las mencionadas operaciones, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía y las sociedades fiduciarias deberán abstenerse en todo momento de publicitar por cualquier medio la rentabilidad obtenida por el fondo durante el período en favor del cual se realizó la respectiva operación.

CAPITULO CUARTO

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS A LOS FONDOS GANADEROS

Los fondos ganaderos se rigen por lo dispuesto en la Ley 363 de 1997, su decreto reglamentario y las disposiciones que los modifiquen y en especial las Circulares Básicas Contable y Jurídica 100 de 1995 y 07 de 1996 de la Superintendencia Bancaria.

1. Naturaleza de los Fondos Ganaderos.

Los fondos ganaderos son sociedades de economía mixta constituidas o que llegaren a constituirse con aportes de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier orden y de capital privado; también podrán ser sociedades anónimas de economía privada siempre y cuando se ajusten a las políticas establecidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en materia de fomento ganadero.

Para los efectos del capital mínimo señalado en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se asimilan a entidades de servicios financieros.

2. Objeto social.

El objeto social principal de los fondos ganaderos es el fomento, el mejoramiento y sostenibilidad del sector agropecuario.

En cumplimiento de su objeto social, los fondos ganaderos podrán desarrollar directamente o mediante asociación con terceros, nacionales o extranjeros, actividades de producción, industrialización, comercialización, distribución y financiación de bienes y servicios agropecuarios; programas de investigación y transferencia de tecnología y en general todas las actividades relacionadas directa o indirectamente con su objeto social principal o que sean complementarias del mismo o necesarias o convenientes para el desarrollo de sus actividades normales.

Los fondos ganaderos destinarán un mínimo del setenta por ciento (70%) de sus activos a la actividad pecuaria y por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su hato ganadero deberá estar representado en ganado de cría. De este cincuenta

TITULO V

Página 57

CIRCULAR EXTERNA 072 DE 1997

DICIEMBRE 1997

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

por ciento (50%) por lo menos el treinta por ciento (30%) deberá estar representado en contratos de ganado en participación con pequeños y medianos ganaderos independientes o que se encuentren afiliados a empresas comunitarias o cooperativas de producción.

3. Duración de la sociedad.

Para acceder a los beneficios tributarios que establezca la ley, el plazo estatutario de duración de los fondos ganaderos no podrá ser inferior a 25 años, contados a partir de la fecha de su constitución, para aquellos que se creen con posterioridad a la vigencia de la presente ley. Para los fondos ganaderos ya constituidos en el momento de entrar en vigencia esta ley, el plazo de duración de los mismos deberá extenderse por lo menos hasta el 31 de diciembre del año 2020. En este último caso, los fondos ganaderos dispondrán de plazo hasta el 30 de junio de 1977 para adecuar sus estatutos en esta materia.

4. Capital.

El capital de los fondos ganaderos de economía mixta, estará conformado por aportes de los entes de derecho público y de los particulares, representado en dos clases de acciones de carácter nominativo a saber:

Acciones clase A: que representan los aportes de las entidades de derecho público.

Acciones clase B: que representan los aportes de derecho privado, que pueden ser jurídicas o naturales.

El valor de suscripción de las acciones de los fondos ganaderos no podrá ser inferior en ningún caso al valor intrínseco de las mismas a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de emisión, de acuerdo con certificación del revisor fiscal del fondo respectivo.

Las acciones de los fondos ganaderos serán libremente negociables. Sin embargo, la venta de las acciones de la clase "A" se deberá hacer mediante el siguiente procedimiento:

1. Conforme al artículo 60 de la Constitución Nacional la entidad de derecho público, ofrecerá a sus trabajadores y las organizaciones solidarias y de trabajadores, el acceso a dicha propiedad al valor intrínseco de la acción certificado por el revisor fiscal a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.
2. Si la totalidad o parte de las acciones no son negociables en la oferta inicial en un término de 60 días, éstas podrán ser colocadas en las bolsas de valores para su venta al valor intrínseco de la acción certificado por el revisor fiscal a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.
3. En caso de permanecer las acciones sin ser enajenadas, la entidad de derecho público que pretenda enajenar dichas acciones, deberá determinar por medio de una empresa especializada en la materia el precio comercial de la acción.
4. Una vez determinado el precio comercial, la entidad de derecho público procederá a realizar el sistema de ofertas establecidas en los numerales 1o y 2o de este artículo.

La entidad de derecho público que pretenda enajenar sus acciones podrá calificar a los potenciales compradores. Así mismo, la venta de acciones de la clase "B", se deberá hacer mediante oferta pública en bolsa de valores, cuando el paquete accionario de venta supere el cinco por ciento (5%) del capital suscrito y pagado al respectivo fondo ganadero.

Las acciones adquiridas por los particulares o por los entes de derecho público, pasarán a ser de una u otra clase dependiendo del sector al cual pertenezca el nuevo titular de la acción.

Los fondos ganaderos podrán contar con acciones privilegiadas, sin derecho a voto conforme a las regulaciones establecidas en el Código de Comercio y las asambleas generales de accionistas.

5. Juntas directivas.

Las juntas directivas de los fondos ganaderos estarán integradas por cinco miembros con sus respectivos suplentes personales, en las cuales estarán representados los accionistas de las clases A y B de acuerdo con la participación accionaria de cada sector en el capital social.

Para su conformación se procederá así: se determinará previamente el número de miembros directivos que corresponda elegir a cada sector mediante el sistema de cuociente electoral sobre el total de acciones suscritas.

TITULO V

Página 58

CIRCULAR EXTERNA 072 DE 1997

DICIEMBRE 1997

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

La elección de junta directiva se efectuará en la misma asamblea general de accionistas, para períodos de dos (2) años y con aplicación del sistema de cociente electoral. Para el efecto se realizarán elecciones separadas de los representantes de las acciones de la clase "A" y de las acciones de la clase "B". Los accionistas de la clase A no tendrán ninguna intervención en las elecciones de los representantes de la clase B, ni viceversa.

6. Representación legal y dirección de los fondos.

Los fondos tendrán un gerente con cada uno o varios suplentes elegidos por la junta directiva, para un período de dos (2) años, y podrán ser reelegidos sin perjuicio de su libre remoción en cualquier momento, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia.

El gerente será el representante legal del fondo y tendrá a su cargo la dirección y administración de los negocios sociales, como lo prevé el artículo 6o de la Ley 363 de 1997.

7. El revisor fiscal.

El control financiero y contable de los fondos ganaderos, cualquiera que sea su orden, será ejercido por un revisor fiscal, elegido libremente por la asamblea general de accionistas para un período de dos (2) años, sin perjuicio de su libre remoción en cualquier tiempo, de conformidad con las disposiciones generales sobre esta materia.

8. Incompatibilidades e inhabilidades.

Los miembros de junta directiva, sus cónyuges o compañeros (as) permanentes; el gerente, sus cónyuges o compañeros (as) permanentes, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, único civil y demás empleados de los fondos ganaderos, no podrán, durante el ejercicio de funciones prestar sus servicios profesionales al respectivo fondo, ni realizar por sí o por interpuesta persona contrato alguno con los bienes de la empresa, ni gestionar mediante ésta negocios propios o ajenos, salvo los contratos de mutuo que con ocasión de la relación laboral, sean aprobados por la junta directiva.

Esta prohibición se extenderá durante el año siguiente al cual dejaron de pertenecer al fondo. Así mismo los miembros de la junta directiva, no podrán ser cónyuges o compañeros (as) permanentes entre sí, ni hallarse dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

Tampoco podrán tener los anteriores vínculos con el gerente, ni con los empleados de la entidad.

Las inhabilidades e incompatibilidades que se presenten en razón del parentesco darán lugar a modificar la última elección, y si con ello quedare vacante un renglón de la junta directiva, se procederá a convocar la asamblea para efectuar las elecciones pertinentes, por el término que faltare para completar el período correspondiente.

9. Sanciones.

Los miembros de la junta directiva y los gerentes que en ejercicio de sus funciones celebren o autoricen contratos con personas que se encuentren inhabilitadas de conformidad con la presente ley serán sancionados por la entidad que ejerza inspección, control y vigilancia de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 363 de 1997.

El gerente o funcionarios del respectivo fondo que ejerzan presión para la recolección de poderes en las asambleas de accionistas, será causal de mala conducta sancionable con la destitución.

10. Derecho a voto en las asambleas.

En las deliberaciones de la asamblea general de accionistas, tanto los accionistas de la clase A, como los de la clase B, representarán exclusivamente acciones de su misma clase, y en las votaciones no se aplicará la restricción del voto.

11. Reparto de utilidades.

Las utilidades que obtengan los fondos ganaderos, una vez hechas las reservas de carácter legal, estatutario, especiales y voluntarias, se repartirán entre los accionistas sin distinción de clase, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio y los estatutos de la sociedad. Las utilidades de las acciones de la clase "A", que sean de propiedad de la Nación y sus entidades, se podrán capitalizar en acciones de la misma clase, salvo disposición en contrario hecha por el Conpes.

TITULO V

Página 59

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Podrá pagarse el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad si así lo dispone la asamblea, con el voto favorable del ochenta por ciento (80%) de las acciones representadas en la reunión. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

12. Inversiones.

Los fondos ganaderos podrán adquirir o construir inmuebles para el desarrollo de sus actividades.

Cuando no se acometen inversiones relacionadas directamente con su objeto social, los fondos podrán invertir hasta el 20% de su patrimonio en personas jurídicas que estén constituidas o que se constituyan para tales fines.

El 20% de que trata este artículo se deberá invertir exclusivamente en infraestructura ganadera.

Estas inversiones deberán estar autorizadas por la junta directiva del fondo y no podrán afectar el desarrollo normal de las actividades contempladas en su finalidad y las normas de una sana política financiera y administrativa.

13. Readquisición de acciones.

Los fondos ganaderos podrán readquirir sus propias acciones cuando se trate de prevenir pérdidas por deudas adquiridas de buena fe, para lo cual deberá contarse con la aprobación de la junta directiva. En todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su readquisición, deberán proceder a enajenarlas o disminuir su capital hasta concurrencia de su valor nominal. Así mismo, podrán readquirir sus propias acciones, si así lo dispone la asamblea general de accionistas, con el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas.

Los fondos ganaderos podrán readquirir sus propias acciones por un valor equivalente al comercial vigente a la fecha de la respectiva operación. Si las acciones se encuentran inscritas en bolsa de valores, su valor será determinado por el mercado bursátil.

14. Contratos de ganado en participación.

La explotación de ganados que realicen los fondos ganaderos con terceros, se denominará contratos de ganado en participación. Estos deberán constar por escrito en documentos privados, que deberán ceñirse a las disposiciones establecidas por el Ministerio de Agricultura y previa aprobación por parte de este ministerio del modelo del contrato. Así mismo, por vía general dicho organismo determinará los costos y gastos deducibles del contrato. El reparto de utilidades se hará siempre con base en la producción. De las utilidades que le corresponden al depositario obligatoriamente se entregarán acciones a valor intrínseco, pero en ningún caso éste podrá exceder del cinco por ciento (5%) de sus utilidades.

15. Reposición de semovientes.

Los fondos ganaderos establecerán sistemas para capitalizar el mayor valor de los ganados asignados por la inflación con base en el cálculo de los ajustes integrales por inflación. En consecuencia los fondos ganaderos no están obligados a emplear otras reservas para dichos procesos de capitalización.

16. Política del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Los fondos ganaderos desarrollarán dentro de su objeto social los planes y programas que en relación con estas entidades diseñe y establezca el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Así mismo, los fondos ganaderos suministrarán la información necesaria para el cumplimiento de las políticas agropecuarias que diseñe el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

17. Crédito de fomento agropecuario.

La junta directiva del Banco de la República y el Fondo de Financiamiento para el Sector Agropecuario, Finagro, podrá establecer sistemas de crédito de fomento agropecuario, con el fin de que los fondos ganaderos puedan acceder a ellos para dar atención a las necesidades de financiación de pequeños y medianos ganaderos independientes o que se encuentren afiliados a empresas comunitarias o cooperativas de producción.

18. Financiamiento. Incentivo a la pequeña y mediana producción ganadera, ICG.

Se creó el incentivo a la pequeña y mediana producción ganadera, al cual tendrá derecho toda persona natural o jurídica que siendo pequeño o mediano ganadero y depositario de los fondos ganaderos, presente proyectos de inversión específicos para la actividad de cría.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Estos proyectos deberán estar acordes con los términos y condiciones que al respecto establezca la comisión nacional de crédito agropecuario, basándose en las políticas diseñadas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Para que un fondo ganadero pueda otorgar el ICG, deberá disponer de un inventario mínimo de cuatro mil (4000) cabezas de ganado bovino. Dicha certificación será expedida por el respectivo director técnico y el revisor fiscal.

18.1. Naturaleza y formas del incentivo.

El ICG, será un título valor que incorpora un derecho personal, el cual será expedido por Finagro y a su vez los fondos ganaderos redescantarán directamente ante esta entidad.

18.2. Cuantía del incentivo.

La Comisión Nacional de Crédito Agropecuario establecerá los montos, condiciones y modalidades del ICG, pero sin superar en ningún caso el cuarenta por ciento (40%) del valor respectivo del proyecto de pequeña y mediana cría ganadera.

En todo caso el ICG será asignado por Finagro a través de los Fondos Ganaderos.

18.3. Recursos para el ICG.

El Gobierno Nacional efectuará las apropiaciones y operaciones presupuestales necesarias para asignar los recursos que requieran para la plena operatividad del ICG. Dichos recursos serán administrados por Finagro de conformidad con la programación anual que adopte la comisión nacional de crédito agropecuario.

19. Inspección, vigilancia y control.

A partir del 1o de enero de 1998, los fondos ganaderos estarán sujetos a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en los términos del Decreto 663 de 1993 y las normas que los reformen o adicionen

Para que un fondo acceda a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, deberá organizarse en los términos del Decreto 663 de 1993, cumplir con los requisitos mínimos que expida la Superintendencia Bancaria, y someterse al régimen de contribuciones establecido en el numeral 4o del artículo 337 del mismo decreto. Aquellos fondos que no cumplan con los requisitos mínimos, continuarán bajo la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

20. Representación de Fedefondos.

Para los efectos pertinentes previstos en ella, la representación nacional de los fondos ganaderos, estará en cabeza de la Federación Nacional de Fondos Ganaderos, Fedefondos.

21. Régimen de oficinas, Publicidad, Adquisición, adecuación y remodelación de inmuebles, inscripción en el registro mercantil, conservación de documentos y microfilmación de archivos, colaboración con la justicia, reserva bancaria, reformas de estatutos y lavado de activos.

Se aplicará a los fondos ganaderos sometidos a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria a lo previsto en los capítulos Cuarto, Sexto, Séptimo y Noveno de la Circular Básica Contable 007 de 1996 de esta Superintendencia.

22. Actuaciones ante la Superintendencia Bancaria.

Posesión de administradores, reportes de cambio de domicilio, derecho de petición, solicitudes de información, información de carácter reservado, insistencia del peticionario, información personal, funcionarios encargados de autorizar la consulta de documentos y expedición de copias o fotocopias, consultas, quejas, reglas relativas a la expedición de certificados por parte de la Superintendencia Bancaria, certificación de la representación legal, actuaciones iniciadas de oficio en la Superintendencia Bancaria, Sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia Bancaria y de los recursos en vía gubernativa.

Se remitirán a lo previsto en el Capítulo Décimo del Título Primero de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996 de esta Superintendencia.

23. Derogatoria.

La Ley 363 de 1994 en su artículo 24 derogó las disposiciones que le sean contrarias en especial la Ley 132 de 1994, igualmente, el artículo 29 del Decreto 245 de 1995. En consecuencia, la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios VECOL S. A., continuará con una participación accionaria estatal.

TITULO V

Página 51

CIRCULAR EXTERNA 072 DE 1997

DICIEMBRE 1997

*Circular Básica
Jurídica*

Fiduciarias AGD

Fondos Ganaderos