

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

PARTE II MERCADO INTERMEDIADO

TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

CONTENIDO

1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

- 1.1. Concepto
- 1.2. Otras operaciones y/o contratos autorizados a las sociedades fiduciarias

2. CONDICIONES DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

- 2.1. Redacción y presentación
- 2.2. Previsiones generales
- 2.3. Contenido de los contratos
- 2.4. Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil

3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

4. ACCIONES DE LOS ACREEDORES ANTERIORES AL FIDEICOMISO- ALCANCE DEL ART. 1238 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

- 4.1. Aspectos sustanciales
- 4.2. Aspectos procesales
- 4.3. Efectos de la declaratoria judicial de extinción del negocio fiduciario frente a las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo

5. NORMAS ESPECIALES RESPECTO DE CIERTOS CONTRATOS FIDUCIARIOS

- 5.1. Contratos de fiducia de inversión
- 5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria
- 5.3. Contratos de fiducia en garantía
- 5.4. Negocios fiduciarios con entidades públicas
- 5.5. Contratos de fiducia a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias

6. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS

- 6.1. Rendición de cuentas
- 6.2. Informes periódicos
- 6.3. Remisión de información a la SFC

7. REPORTES DE INFORMACIÓN

8. CLASIFICACIÓN POR TIPOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

- 8.1. Fiducia de inversión
- 8.2. Fiducia inmobiliaria
- 8.3. Fiducia de administración
- 8.4. Fiducia en garantía
- 8.5. Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

PARTE II MERCADO INTERMEDIADO

TÍTULO II INSTRUCCIONES GENERALES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1.1. Concepto

Los negocios fiduciarios son 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. Incluye 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 disposiciones complementarias.

Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.

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

Incluidas las operaciones y contratos permitidos a las sociedades fiduciarias contenidos en el art. 29 del EOSF, éstas pueden:

1.2.1. Celebrar contratos de cuentas de margen en los términos señalados en los arts. 2.33.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010.

1.2.2. Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez en los términos del numeral 1 del art. 168 del EOSF.

1.2.3. Administrar fondos de inversión colectiva en los términos de los arts. 3.1.1.1.1. y siguientes del Decreto 2555 de 2010 y de las disposiciones contenidas en el Título VI de la Parte III de esta Circular.

1.2.4. Actuar como custodios de los activos provenientes de los fondos de inversión colectiva, en los términos de los arts. 2.37.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010.

1.2.5. Actuar como agente liquidador de las entidades públicas del orden nacional, en los términos del Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 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, modificada por la Resolución 100-04738 del 31 de octubre de 2008 de la misma Superintendencia.

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 art. 29 del EOSF y las disposiciones relativas a la oferta pública de los citados valores.

1.2.7. Actuar como agentes liquidadores y promotores de entidades privadas de acuerdo con los arts. 5, 67 y 122 de la Ley 1116 de 2006 y el literal b. del art. 5 del Decreto 962 de 2009.

2. CONDICIONES DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

En la celebración de los negocios fiduciarios deben 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 y cumpliendo en todo las condiciones señaladas en la Ley 1328 de 2009 y en el Capítulo I, Título III de la Parte I de esta Circular. 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.

2.2. Previsiones generales

2.2.1. Normas y principios a considerar

2.2.1.1. En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en los arts. 1226 y siguientes del C.Cio y en los arts. 146 y siguientes del EOSF, deben 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 art. 1603 del CC y en el art. 871 del C.Cio.

2.2.1.2. En la celebración de todo negocio, la sociedad fiduciaria debe tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el art. 1234 del C.Cio, en el art. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

2.2.1.2.1. 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, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe 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.

En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.2.1.2.2. Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe 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.

La asesoría a que se refiere el presente numeral tiene el alcance previsto en el mismo y en ningún caso puede ser interpretada conforme a las normas relativas al deber de asesoría establecido en el art. 7.3.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010 o a la actividad de asesoría tal y como ha sido dispuesta en el citado Decreto.

2.2.1.2.3. Deber de protección de los bienes fideicomitidos. El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos 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 sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C.Cio.

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

2.2.1.2.5. Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. En su actuar, las sociedades fiduciarias deben 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, deben 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 su desarrollo.

2.2.1.2.6. 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, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

2.2.1.3. Debe 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.

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

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

2.2.1.6. Debe 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 deben interpretarse teniendo en cuenta los principios previstos en los arts. 1618 a 1624 del CC 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 verbal o escrito.

Cada una de las partes en los negocios fiduciarios debe 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 párrafo del art. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 el negocio fiduciario no puede 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, se debe acudir a todas las herramientas de administración y gestión de riesgos que las disposiciones normativas le permitan.

2.2.4. Práctica insegura

Se considera 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.

Se considera práctica insegura la celebración de contratos de fiducia donde se garanticen rentabilidades. Lo anterior, sin perjuicio del deber del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.

Así mismo, con igual fundamento, se considera práctica ilegal e insegura la inclusión de cláusulas como las señaladas en el subnumeral 2.2.1.3 de este Capítulo.

2.2.5. 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, art. 146 del EOSF.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Así las cosas, en los contratos respectivos debe 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 es obligatoria cuando quiera que la sociedad fiduciaria tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas. Para los efectos de este Capítulo, se entienden como vinculados las personas o entidades definidas en el literal d. del art. 2.6.12.1.15 del Decreto 2555 de 2010- para efectos del régimen de inversiones de los fondos de pensiones y cesantías.

Para los efectos de este Capítulo, las fiduciarias deben definir claramente los posibles conflictos de interés que puedan surgir, así como su tratamiento. En especial, se deben prever el tratamiento a dar a las siguientes operaciones:

2.2.5.1. Negocios celebrados entre fideicomisos administrados por una misma sociedad fiduciaria.

2.2.5.2. Negocios celebrados entre la fiduciaria y sus vinculados, y los fideicomisos administrados por la sociedad.

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 negocios fiduciarios deben contener las que se señalan a continuación:

2.3.1. Objeto. Comprende 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 debe quedar clara la conveniencia y necesidad de la utilización del vehículo fiduciario.

2.3.2. Bienes fideicomitados. Se deben indicar los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fideicomitados, 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 fideicomitados sean derechos en contratos, bienes futuros sujetos a condición suspensiva de que existan, bienes o derechos intangibles o contratos accesorios, en el contrato se debe 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 fideicomitados consistan en acciones, cuotas o partes de interés de sociedades, en el libro de registro de accionistas o en los respectivos estatutos, según corresponda, debe figurar como accionista 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 art. 151 del EOSF 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 fideicomitados, éstos generen rendimientos o utilidades, debe 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. Deben estipularse en cláusulas separadas las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos deben 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 debe expresar los valores o factores sobre los cuales se determina la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma y oportunidad en que la misma debe ser 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, debe establecerse claramente, si a ella hubiere lugar, la remuneración, la forma y oportunidad en que la misma debe ser liquidada y cobrada.

En igual sentido, debe establecerse la remuneración de los recursos administrados a través de fondos de inversión colectiva, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el reglamento del fondo correspondiente. Todo lo anterior a fin de que el fideicomitente y/o beneficiario conozcan con claridad la comisión total que se paga a la sociedad fiduciaria.

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

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

2.3.6. Terminación del negocio fiduciario. Debe 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 en que se deben atender las obligaciones generadas en el negocio, cuando a ello haya lugar. Igualmente, debe 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, deben señalarse sus atribuciones y forma de integración.

La designación de sus integrantes debe 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.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.3.8. Gastos. En el contrato deben señalarse los gastos que son 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.

Deben entenderse como gastos 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, debe 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 mismo, en caso de la inexistencia de recursos.

2.3.9. Gestión de riesgos. Dentro de los contratos respectivos deben 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 deben ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios de los negocios fiduciarios. En este sentido, el contrato no puede 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:

2.3.10.1. Periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos

2.3.10.2. Obligación del fideicomitente de aportarlos y/o de proveer recursos para sufragarlos

2.3.10.3. Consecuencias e implicaciones que para las partes, deudores y acreedores del fideicomiso acarrea el incumplimiento de dicha obligación, y

2.3.10.4. Alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria en la contratación, designación del evaluador y contenido del avalúo, de conformidad con la regulación vigente aplicable a la materia, vr.gr. Ley 1673 de 2013 y sus decretos reglamentarios, Decreto 422 de 2000, Decreto 400 y 556 de 2014, en lo que sea pertinente.

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

La instrumentación de los contratos fiduciarios debe realizarse conforme con su naturaleza y con la de los bienes fideicomitados.

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

De acuerdo con el numeral 2 del art. 146 del EOSF, las sociedades fiduciarias pueden 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 ese orden de ideas y de conformidad con lo previsto en el art. 2.5.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requieren de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles. En consecuencia, tales contratos pueden constar en documentos privados y si la propiedad del bien se halla sujeta a registro, dicho documento debe registrarse en los términos y condiciones previstos en el art. 16 de la Ley 35 de 1993 y art. 7 del Decreto 650 de 1996, en relación con bienes inmuebles; y de acuerdo con las disposiciones del Decreto 400 de 2014 y complementarias, respecto de las garantías mobiliarias.

En concordancia con lo anterior y de conformidad con el art. 123 de la Ley 1116 de 2006, modificado por el art. 4 de Ley 1429 de 2010, y atendiendo lo dispuesto en el parágrafo del art. 3 de la Ley 1676 de 2013, los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, si es del caso, deben inscribirse en el registro creado mediante la citada disposición.

3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

3.1. En concordancia con las disposiciones contenidas en el literal e. art. 7 de la Ley 1328 de 2009, Capítulo II de la Ley 1480 de 2011 y de las instrucciones que sobre la materia se contemplan en el Capítulo I, Título III de la Parte I de esta Circular, y en cumplimiento de lo previsto en el numeral 4 del art. 146 del EOSF, la SFC 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 y en concordancia con el numeral 4 del art. 5 de la Ley 1480 de 2011, 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 rechazarlos en su integridad. Para que se considere como

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 deben presentar ante la SFC, 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.

El alcance del pronunciamiento de la SFC 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 SFC puede 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 deben 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 están sujetos a la evaluación previa por parte de la SFC, sin que ello signifique que sus términos puedan apartarse de lo dispuesto en este Capítulo y en las normas legales vigentes.

4. ACCIONES DE LOS ACREEDORES ANTERIORES AL FIDEICOMISO- ALCANCE DEL ART. 1238 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

4.1. Aspectos sustanciales

4.1.1. De conformidad con el inciso 1 del art. 1238 del C.Cio, los bienes fideicomitidos pueden ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, acudiendo para ello a un proceso ordinario, siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma, se contempla la formulación de 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 2 del art. 1238 del C.Cio.

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

Significa lo anterior, en términos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consignados en la Sentencia 01041 de enero 25 de 2010 que los acreedores del fideicomitente gozan, dependiendo de las circunstancias, por un lado, de la acción pauliana para lo cual deben cumplirse los requisitos propios de ella, es decir impone para su existencia el fraude propiamente dicho (*consilium fraudis*) y el daño o perjuicio al acreedor (*eventus damni*), y por otro, una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (*eventus damni*), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva, que permite materializar la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquél no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento.

Esta última acción mira 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, la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o la mala fe, elementos que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.

Lo dicho, sin embargo, no equivale a una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado, toda vez que ella 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.

4.2. Aspectos procesales

Para el ejercicio válido del “derecho de persecución de los bienes fideicomitidos” de que trata el inciso 1 del art. 1238 del C.Cio y respecto del cual aplica la acción –diferente a la pauliana- a que se ha hecho referencia, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, ese derecho tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil.

En tal sentido, señaló la Corte Suprema de Justicia que un acreedor no puede por el mero hecho de serlo pedir la invalidación de un acto o contrato de su deudor, celebrado con un tercero de buena fe que ha pactado con el deudor una obligación seria, como tampoco puede, so pretexto de guarda de sus derechos pretender intervenir en los actos y contratos de su deudor porque entonces la relación jurídica de acreedor a deudor se convertiría en una total subordinación del primero al segundo, lo cual es inadmisibles. Por tanto, 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 fideicomitidos 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, sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario, en los términos señalados en los arts. 53 y 54 del CGP.

Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, éste se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 1 del art. 1238 del C.Cio 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 fideicomitidos, toda vez que si la obligación, vb.gr., está sometida a condición suspensiva, sólo tiene la facultad para solicitar medidas conservativas en los términos del art. 1549 del CC.

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 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 se ha hecho referencia, 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 4 del art. 1234 del C.Cio de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos 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 fideicomitidos 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 8 del art. 1240 del C.Cio y para los efectos previstos en el art. 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, 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 fideicomitidos, 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 fideicomitidos, 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 art. 1227 del C.Cio.

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 debe tener en cuenta lo siguiente:

5.1. Contratos de fiducia de inversión

5.1.1. Fideicomiso de inversión

Como quiera que, de conformidad con el numeral 2 del art. 29 del EOSF, las operaciones de fiducia de inversión se pueden celebrar por medio de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios, es necesario que en dichos 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 negociables.

5.1.2. Modelos pre-impresos y destinación específica de los recursos fideicomitidos

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 numeral 3 art. 151 del EOSF. Por tanto, la entidad fiduciaria en ningún caso y de manera unilateral puede señalar tal destinación y en consecuencia esa

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

destinación no puede hallarse pre-impresa en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica.

5.1.3. Delegación de la profesionalidad

Es deber del fiduciario administrar y/o cumplir con el mandato sobre los bienes fideicomitidos según la finalidad determinada por el constituyente, e 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, puede subcontratar esas operaciones sin actuar en desmedro de los intereses del fideicomiso, en condiciones de transparencia y, en todo caso, dichas subcontrataciones deben estar acordes con la finalidad del contrato y con las instrucciones y autorizaciones impartidas expresamente por el fideicomitente.

Además, la sociedad fiduciaria responde 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

Corresponde a las fiduciarias, como parte de sus deberes en este tipo de contratos, realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

5.2.1. 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 evaluar, valorar y verificar aspectos, tales como:

5.2.1.1. 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.

5.2.1.2. Que la tradición de los inmuebles no presenten problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.

5.2.1.3 Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.

5.2.1.4. Que se encuentren dadas las condiciones técnicas, **financieras** y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.

5.2.1.5. Que **se cuente con** las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra.

5.2.1.6. 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.

5.2.1.7. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

5.2.1.8. Que se cuente, durante todas las etapas del proyecto inmobiliario según aplique, con pólizas de seguro que amparen, por los menos, los riesgos de daños a la obra y los riesgos en la construcción, los daños a la maquinaria de la obra, los daños a terceros y los riesgos de responsabilidad civil.

Tratándose de los negocios fiduciarios llamados de “preventas” debe tenerse en cuenta las condiciones de publicidad establecidas en el subnumeral 3.4.7.2 del Capítulo I, Título III de la Parte I de esta Circular.

Adicionalmente siempre que los acuerdos en los que se fundamenten las preventas 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 SFC.

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 debe entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de fiducia respectivo.

5.2.2. En desarrollo del artículo 97 del EOSF, el contrato o acuerdo a través del cual se vinculen inversionistas a proyectos inmobiliarios a través de figuras como (i) el aporte de dinero por parte de los interesados en adquirir uno o más inmuebles a construirse dentro de un proyecto inmobiliario, y/o (ii) la instrucción a la sociedad fiduciaria de entregar a un tercero el dinero recaudado como parte del valor del inmueble a adquirirse, deberán contener como mínimo lo siguiente:

5.2.2.1. La indicación de que se cuenta con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto y que los mismos deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de recursos.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

5.2.2.2. La indicación de la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el desembolso de los mismos.

5.2.2.3. La indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.

5.2.2.4. La identificación clara y expresa del beneficiario en el negocio fiduciario.

5.2.2.5. La identificación clara y expresa del mecanismo que se escoja para invertir los recursos entregados a la sociedad fiduciaria junto con la identificación del sujeto contractual a quien correspondan los rendimientos o pérdidas generadas por el mismo.

5.2.2.6. La obligación de la sociedad fiduciaria de informar al adquirente cuando le entregue a un tercero los dineros recaudados en virtud del negocio fiduciario, y sea éste quien asuma la administración de los mismos para la ejecución del proyecto inmobiliario.

5.2.2.7 La indicación de los derechos y obligaciones que le otorga al interesado el tipo de vinculación al negocio fiduciario, según se trate de una fiducia de administración y pagos, de tesorería o de preventas.

5.2.2.8 El responsable de la construcción del proyecto.

Los acuerdos en los que se fundamente la comercialización de unidades inmobiliarias que tengan 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 SFC. En tal sentido, sin perjuicio de la facultad contenida en el subnumeral 3.3 del presente Capítulo, en el evento en que pasados 30 días hábiles después de la radicación de la solicitud de autorización la Superintendencia no haya emitido un pronunciamiento al respecto, se entenderá que el modelo de contrato ha sido autorizado.

5.2.3. Los contratos fiduciarios a través de los cuales se desarrollen o ejecuten proyectos inmobiliarios deberán contener como mínimo lo siguiente:

5.2.3.1. Las condiciones que se deben verificar para el cumplimiento del punto de equilibrio.

5.2.3.2. La obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos.

5.2.3.3 El término dentro del cual el fideicomitente debe acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia o desembolso de los recursos.

5.2.3.4. El término estimado de duración de la construcción del proyecto inmobiliario y de sus sub-etapas.

5.2.3.5. La prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dinero, aportes, cuotas o anticipos de los adquirentes de los inmuebles a construirse.

5.2.3.6. La obligación del constructor responsable del proyecto o de los promotores autorizados de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad establecidas en la Parte I, Título III, Capítulo I de la CBJ.

5.2.3.7. La obligación de presentar una certificación semestral por parte del constructor, en donde se indique que los recursos se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato.

5.2.3.8 La obligación del fideicomitente, constructor, promotor o aquella persona a cargo del proyecto de remitir a la sociedad fiduciaria la información necesaria para realizar los registros contables correspondientes, así como para el cumplimiento de las obligaciones de entrega de información establecidas en los subnumerales 6.1.4.2.13.2.1 y 6.2.1. de este capítulo.

Todos los anteriores requisitos deberán ser cumplidos para los contratos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos. En aquellos eventos en que el negocio de administración y pagos no contemple la etapa de preventa del proyecto, no se debe incluir lo establecido en el subnumeral 5.2.3.1.

A los contratos de tesorería le aplican únicamente los numerales 5.2.3.5 y 5.2.3.6 y a los contratos de fiducia inmobiliaria de preventas le aplicarán los numerales 5.2.3.1, 5.2.3.2 y 5.2.3.3, 5.2.3.5., 5.2.3.6. y 5.2.3.8

5.3. Contratos de fiducia en garantía

En esta clase de contratos debe preverse una facultad a la sociedad fiduciaria de abstenerse de expedir nuevos certificados o constancias de garantía cuando los avalúos de los bienes dados en fiducia no se hayan actualizado en los últimos 3 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 las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en los decretos reglamentarios de dichas leyes, especialmente pero sin limitarse al Decreto 1510 de 2013 y en las demás disposiciones o instrucciones emitidas por las instancias nacionales o territoriales correspondientes, 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, deben tenerse en cuenta las siguientes instrucciones:

5.4.1. A las entidades estatales, entendiéndose por tales las señaladas en el numeral 1 del art. 2 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.

Los encargos fiduciarios señalados, pueden 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 originadas de la celebración de contratos estatales de acuerdo con lo previsto en el numeral 20 del art. 25 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con lo anterior, las sociedades fiduciarias no pueden celebrar con las entidades estatales negocios fiduciarios distintos a los ya 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, necesitan en cuanto a la remuneración que se pacte con la

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 es 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 rige por lo dispuesto en el Decreto 1525 de 2008, en especial en el párrafo 3 del art. 49, modificado por el art. 1 del Decreto 600 de 2013 y normas concordantes

5.4.2. La firmeza y seguridad jurídica 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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 y en las demás disposiciones reglamentarias o instrucciones emitidas por las instancias nacionales o territoriales correspondientes.

En este sentido se reitera la prohibición general mediante la cual en los términos del párrafo del art. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 el negocio fiduciario no puede 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 debe 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 adolezca de ilicitud por causa u objeto o por cualquiera otra circunstancia de la cual ella pueda derivarse. Para tal efecto, deben tenerse en cuenta las siguientes restricciones y limitaciones a las cuales se hallan sujetos los negocios fiduciarios examinados:

5.4.2.1. Los contratos de fiducia pública no pueden conllevar la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos ni, por lo mismo, dar lugar a la formación de un patrimonio autónomo, excepto en los casos señalados en el párrafo 2 del art. 41 de la Ley 80 de 1993 en relación con procesos de titularización.

5.4.2.2. 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 5, numeral 5 del art. 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.

5.4.2.3. 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, pueden encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes al proceso de contratación, de conformidad con el art. 31 del Decreto 1510 de 2013.

Adicionalmente y conforme lo establece el numeral 5 del art. 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 fideicomitidos 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 puede pactarse la remuneración de la entidad fiduciaria si así se hubiera previsto o presupuestado, de lo contrario tal concepto no puede deducirse de tales rendimientos.

De la misma forma, 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 numeral 3. del art. 151 del EOSF con el alcance restringido por el Decreto 1525 de 2008, en los eventos en que fuere posible invertir recursos públicos de entidades públicas en fondos de inversión colectiva, si en los respectivos contratos y/o reglamentos aprobados por esta Superintendencia se ha estipulado que la remuneración fiduciaria está dada en función de los rendimientos generados por el conjunto de recursos administrados colectivamente, las sociedades fiduciarias no pueden 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 3 del numeral 5 del art. 32 de la Ley 80 de 1993, que se comenta.

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

5.4.3. De acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del art. 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 25 de la Ley 1150 de 2007, la selección de la fiduciaria a contratar, sea pública o privada, debe hacerse con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la ley, concurriendo en igualdad de condiciones y sin que sea admisible el mecanismo de la contratación directa.

Sobre este particular, el numeral 4 del art. 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 5 del numeral 5 del art. 32 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, celebran 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 párrafo 2 del art. 41 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el art. 5 del Decreto 2681 de 1993, es viable acudir al mecanismo de la contratación directa.

Así mismo, no debe olvidarse que el art. 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, les permite celebrar contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

numeral 5 del art. 32 de la Ley 80 de 1993. No obstante, dado que se trata de una excepción la misma es de aplicación restrictiva, según lo señaló el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto 1502 del 4 de julio de 2003.

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, continúan vigentes hasta su terminación en los términos convenidos, aplicándose de ser el caso el art. 22 del Decreto 679 de 1994.

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

5.4.6. Responsabilidad administrativa

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 SFC 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 está 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.

5.5. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias

Son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto del proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.

Estos negocios están principalmente compuestos por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario.

La fiduciaria debe contar con contratos adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

Sin perjuicio de las instrucciones especiales aquí definidas, a los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercialicen participaciones fiduciarias le serán aplicables, en lo que corresponda, las normas definidas en el presente capítulo para los otros tipos de negocios fiduciarios.

Para los efectos del artículo 146 numeral 4 del EOSF se entenderá que todos aquellos negocios fiduciarios a través de los cuales se comercialicen participaciones fiduciarias mediante oferta o promoción al público en general, o mediante oferta o promoción a 20 o más personas determinadas, serán para la prestación masiva del servicio. En tal sentido, sin perjuicio de la facultad contenida en el subnumeral 3.3 del presente Capítulo, en el evento en que pasados 60 días hábiles después de la radicación de la solicitud de autorización la Superintendencia no haya emitido un pronunciamiento al respecto, se entenderá que el modelo de contrato ha sido autorizado.

5.5.1 Las sociedades fiduciarias al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, deben solicitar al gestor o promotor la información necesaria para evaluar, valorar y verificar aspectos como:

5.5.1.1. Los riesgos del negocio y las posibilidades de ganancia o pérdida, conforme a los escenarios proyectados para la operación. Tal información debe reposar en un documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto.

5.5.1.2. Las condiciones que deben cumplirse para iniciar o continuar con cada fase del negocio.

5.5.1.3. El número de participaciones fiduciarias que se deben comercializar para obtener la viabilidad financiera del proyecto, la cual debe abarcar desde la fase pre-operativa hasta el inicio de la operación y debe tener en cuenta todas las fuentes de recursos.

5.5.1.4. La existencia de los estudios de títulos en los que conste que los bienes que se transfieran o vayan a transferir no presentan problemas que afecten su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición.

5.5.1.5. La existencia de los modelos, estudios técnicos y diseños con los que debe contar el proyecto, los cuales deben ser presentados por el promotor o gestor, según corresponda.

5.5.1.6. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

5.5.1.7. Que se cuente con la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los negocios.

5.5.1.8. Que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

5.5.1.9. Que se tomen las pólizas de seguros que amparen, por lo menos, los riesgos de daños a la obra, los riesgos en la construcción, daños a la maquinaria de la obra, daños a terceros y riesgos de responsabilidad civil, según aplique.

5.5.1.10. Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren vigentes.

5.5.2. Los contratos fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias deberán contener, como mínimo, lo siguiente:

5.5.2.1. El número de participaciones a enajenar y la indicación de las otras fuentes de recursos que constituyan la condición económica para iniciar cada una de las fases de proyecto.

5.5.2.2. Las condiciones financieras, técnicas y jurídicas que se deben cumplir para dar inicio a las etapas de desarrollo del proyecto y operación.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

5.5.2.3. La indicación expresa de contar con un interventor, auditor o asesor externo, independiente de los fideicomitentes, para supervisar las actividades adelantadas por el promotor y/o gestor, durante todas las etapas del fideicomiso. En aquellos eventos en que el proyecto esté relacionado con el desarrollo de proyectos de construcción, la actividad del interventor se regirá por las disposiciones contenidas en el numeral 6 del Decreto 2090 de 1989 y demás normas que lo modifiquen o adicione.

5.5.2.4. Los órganos asesores y/o administradores de acuerdo con lo dispuesto el numeral 2.3.7 de presente Capítulo.

5.5.2.5. El procedimiento para la designación y reemplazo del promotor y/o del operador, las calidades que deben reunir y las causales para su remoción, así como el órgano establecido en el contrato a cargo de la adopción de tales decisiones.

5.5.2.6. La obligación del promotor de dar cumplimiento a las disposiciones de publicidad establecidas en la Parte I Título III Capítulo I de la CBJ.

5.5.2.7. La forma y metodología de valorar técnicamente los activos subyacentes que corresponden al patrimonio autónomo y el procedimiento para cuantificar y valorar las participaciones fiduciarias, según la naturaleza de dicho activo.

5.5.2.8. Establecer el número de participaciones fiduciarias y el tiempo que el promotor las mantendrá a su nombre durante la vigencia del contrato. No se computarán para efectos del cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto, las participaciones que mantenga el promotor a su nombre, salvo cuando éste haya aportado recursos o bienes cuyo valor esté debidamente soportado y que hubieren sido efectivamente transferidos al fideicomiso en razón de sus participaciones fiduciarias.

5.5.2.9. Establecer el procedimiento y los responsables para la suscripción de los contratos necesarios para la fase de operación. En caso de que dichos contratos estén previamente acordados por el promotor, sus términos y condiciones deberán ser conocidos por los partícipes al momento de su vinculación.

5.5.2.10. Los canales a través de los cuales la sociedad fiduciaria remitirá y suministrará a los fideicomitentes la información relacionada con el cumplimiento de la finalidad del contrato.

5.5.2.11. Las reglas y el procedimiento para llevar a cabo la cesión de las participaciones, los cuales no pueden incluir condicionamientos que afecten injustificadamente el derecho de los participantes de ceder su posición contractual en cualquier momento, así como el deber de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de los mismos al momento de la cesión.

5.5.2.12. La obligación que tiene la fiduciaria, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, de informar a los fideicomitentes cualquier situación de la cual llegue a tener conocimiento, que afecte el cumplimiento de la finalidad del negocio, entre las cuales se encuentran aquellas que alteren el normal desarrollo del proyecto afecto al patrimonio autónomo.

5.5.2.13. La prohibición expresa de que el constructor responsable del proyecto o los promotores autorizados, directamente o por medio de sus agentes o empleados, reciban dineros de los adquirentes de las participaciones.

5.5.2.14. La indicación de que el desembolso de los recursos recaudados a través del negocio fiduciario, será con posterioridad al momento de alcanzar el punto de equilibrio y conforme a las condiciones establecidas en el contrato para tal fin.

Adicionalmente, en el contrato mediante el cual se celebre la vinculación de los partícipes al Contrato de Fiducia Mercantil, se deben incluir de manera precisa: i) todas las condiciones del negocio fiduciario, ii) los derechos y obligaciones de cada una de las partes, iii) la duración, iv) la estimación de costos del proyecto y v) las penalidades por incumplimiento de las partes. Igualmente, se debe estipular en dichos contratos que las participaciones fiduciarias adquiridas podrán generar ganancias o pérdidas, según se cumplan o no las proyecciones de la explotación y operación de los activos subyacentes, y demás aspectos que se consideren relevantes.

6. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS

6.1. Rendición de cuentas

Para los efectos previstos en el numeral 8 del art. 1234, y numeral 4 del art. 1236, ambos del C.Cio y con el propósito de mantener informados a los beneficiarios, incluidos los llamados cesionarios de beneficio, 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, las sociedades deben presentar rendiciones de cuentas, que deben contener:

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 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 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, como administrador de 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, acreedores garantizados y a los fideicomitentes,

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

con una periodicidad mínima de 6 meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor.

La rendición de cuentas debe ser remitida al (los) destinatario (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 deben 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 **destinatarios** de la misma, las sociedades fiduciarias pueden hacer uso de los mecanismos procesales previstos en el art. 380 del CGP -rendición espontánea de cuentas- para dar cumplimiento a su obligación.

6.1.4. Forma de rendir cuentas

6.1.4.1. Las rendiciones de cuentas deben basarse en soportes o documentos que comprueben la veracidad de la **información y deben realizarse mediante** procedimientos que le permitan a **sus destinatarios** 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.

6.1.4.2. Las rendiciones de cuentas, excepto las generadas para los fondos de inversión colectiva que se rigen por las normas propias contenidas en la parte 3 del Decreto 2555 de 2010, deben contar en todos los casos, como mínimo, con la siguiente información:

6.1.4.2.1. Período que cubre la rendición de cuentas.

6.1.4.2.2. Partes del contrato.

6.1.4.2.3. Objeto y finalidad del negocio fiduciario.

6.1.4.2.4. Estado actual, localización e identificación de los bienes que conforman el negocio fiduciario. Así mismo, se debe incluir la fecha del último avalúo o estudio técnico practicado a los bienes y el resultado de dicho estudio o avalúo.

6.1.4.2.5. Evolución de los aportes y del patrimonio del fideicomiso.

6.1.4.2.6. Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada durante el período. Así mismo, se deben 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, deben incluirse todas las comisiones cobradas y pagadas.

6.1.4.2.7. 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.

6.1.4.2.8. Respecto del disponible, se deben informar las partidas a conciliar existentes en el negocio fiduciario mayores a 30 días, así como las gestiones realizadas por la fiduciaria para regularizarlas.

6.1.4.2.9. Relación de los procesos, quejas y/o reclamos que se presenten en desarrollo del negocio fiduciario por parte de cualquier persona natural o jurídica.

6.1.4.2.10. Acreedores garantizados y estado de las garantías.

6.1.4.2.11. Cesionarios de los beneficios.

6.1.4.2.12. Estado de las condiciones suspensivas o resolutorias que afecten la adquisición o pérdida de los derechos.

6.1.4.2.13. Adicionalmente, con base en los términos del respectivo contrato, se debe informar:

6.1.4.2.13.1. En aquellos negocios en los que se realicen inversiones, debe informarse:

6.1.4.2.13.1.1. Composición del portafolio de inversión por plazo, especie, tasa y emisor.

6.1.4.2.13.1.2. Políticas de inversión aplicables.

6.1.4.2.13.1.3. Valor en Riesgo de mercado del Portafolio y su comportamiento durante el período reportado.

6.1.4.2.13.1.4. Rentabilidad del portafolio y su comportamiento durante el período reportado, expresadas en términos efectivos anuales

6.1.4.2.13.2. En los negocios fiduciarios inmobiliarios se debe informar por lo menos los siguientes aspectos adicionales:

Para los casos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, como mínimo con los siguientes aspectos:

6.1.4.2.13.2.1. Alcance de las funciones y actividades que desarrolla la fiduciaria.

6.1.4.2.13.2.2. 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.

6.1.4.2.13.2.3. El responsable de la construcción del proyecto.

6.1.4.2.13.2.4. **Las situaciones que hayan afectado el normal desarrollo del proyecto inmobiliario o la ejecución del fideicomiso, y de la cual haya tenido conocimiento la sociedad fiduciaria.**

6.1.4.2.13.2.5. Sí se han afectado las pólizas contratadas para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

6.1.4.2.13.2.6. **Número de unidades resultantes del proyecto inmobiliario comprometidas y transferidas según corresponda.**

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6.1.4.2.13.2.7. En el evento que el negocio posea un interventor, se debe incluir un resumen de las conclusiones realizadas por él en sus informes.

En el caso de los negocios fiduciarios de tesorería sólo debe suministrarse la información señalada en el subnumeral 6.1.4.2.13.2.1 y para los negocios de preventa no aplica la información señalada en los subnumerales 6.1.4.2.13.2.5, 6.1.4.2.13.2.6 y 6.1.4.2.13.2.7.

En aquellos eventos en que el negocio de administración y pagos no contemple la etapa de preventa del proyecto, no se debe incluir lo establecido en el subnumeral 6.1.4.2.13.2.2.

Para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente subnumeral, la sociedad fiduciaria debe basarse en los soportes y documentos que sean suministrados por el fideicomitente, constructor, promotor, interventor o aquella persona a cargo del proyecto.

6.1.4.2.13.4. 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, debe informarse además lo siguiente:

6.1.4.2.13.4.1. Tipo de crédito contratado.

6.1.4.2.13.4.2. Tipo de garantías otorgadas.

6.1.4.2.13.4.3. 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.)

6.1.4.2.13.4.4. 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.

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

6.1.4.2.13.5.1. Fuentes y usos de los recursos.

6.1.4.2.13.5.2. Número de pagos, giros o abonos en cuenta realizados durante el período.

6.1.4.2.13.5.3. Mecanismos utilizados para efectuar los pagos.

6.1.4.2.13.6 En los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones la rendición de cuentas contendrá adicionalmente lo siguiente:

6.1.4.2.13.6.1. El responsable de cada una de las etapas o fases del proyecto y de la operación del mismo.

6.1.4.2.13.6.2. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.

6.1.4.2.13.6.3. El estado actual de las condiciones necesarias para iniciar las diferentes etapas del proyecto, de acuerdo al informe del promotor, constructor, operador o interventor.

6.1.4.2.13.6.4. La indicación del grado de avance del proyecto.

6.1.4.2.13.6.5. Un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.

6.1.4.2.13.6.6. Información relevante de la etapa en la que se encuentre el proyecto.

6.1.4.2.13.6.7. Informe sobre el estado del activo subyacente.

6.1.4.2.13.6.8. Informe de resultados de la operación y la gestión en la distribución de excedentes.

Para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente subnumeral, la sociedad fiduciaria debe basarse en los soportes y documentos que sean suministrados por el fideicomitente, constructor, promotor, interventor, operador o responsable del negocio.

6.1.4.3. 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.

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

6.1.4.5. Teniendo en cuenta que en algunos negocios fiduciarios existe la posibilidad de vincular a terceros en el desarrollo y resultado de los mismos, se debe realizar una breve descripción que contenga por lo menos, tipo de vinculación,

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

obligaciones o facultades para con los terceros, y la incidencia de los recursos aportados por éstos en la ejecución y desarrollo del negocio fiduciario.

6.1.4.6. 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 debe informar previamente a la SFC.

6.1.4.7. El informe contentivo de la rendición de cuentas debe 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 debe 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 debe remitirse dentro de los 15 días siguientes al momento de conocerse el hecho que lo motive.

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

Respecto de los informes periódicos deben atenderse las normas especiales que sobre el particular se fijan 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 art. 271-1 del Estatuto Tributario, modificado por el art. 18 de la Ley 1111 de 2006 para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, las fiduciarias deben 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. En caso de que las cifras incluyan ajustes por inflación, de conformidad con las normas vigentes hasta el año gravable 2006, se deben hacer las aclaraciones de rigor.

6.2.1 Informes periódicos a los adquirentes de unidades inmobiliarias

En los negocios fiduciarios inmobiliarios las sociedades fiduciarias deben remitir, con una periodicidad mínima de 6 meses, informes periódicos a los adquirentes de las unidades inmobiliarias que contengan información del negocio fiduciario que sea de interés del destinatario. Dicho reporte debe ser remitido a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando. Las sociedades fiduciarias deben dejar constancia de envío y recibo de dichos reportes.

Para los casos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos con fase de preventas se debe informar como mínimo :

- 6.2.1.1. El período objeto de reporte.
- 6.2.1.2. El objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- 6.2.1.3. El monto de los recursos recibidos del adquirente de la unidad inmobiliaria.
- 6.2.1.4. El responsable de la construcción del proyecto.
- 6.2.1.5. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.
- 6.2.1.6. El estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto.
- 6.2.1.7. La calidad en que la sociedad fiduciaria transfiere las unidades inmobiliarias.
- 6.2.1.8. La indicación del grado de avance del proyecto inmobiliario de acuerdo con la información reportada por el responsable de la construcción del proyecto.
- 6.2.1.9. Un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.

En el caso de los negocios fiduciarios de preventas sólo debe suministrarse la información señalada en los subnumerales 6.2.1.1 al 6.2.1.6. En los negocios fiduciarios de administración y pagos que no prevean la fase de preventas, no se debe informar lo indicado en el subnumeral 6.2.1.6.

6.2.2. Informes periódicos a los adquirentes de participaciones fiduciarias

En los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, las sociedades fiduciarias tienen el deber de informar a los adquirentes de éstas, con una periodicidad mínima de 6 meses, por lo menos los siguientes aspectos:

- 6.2.2.1. El período objeto de reporte.
- 6.2.2.2. El objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- 6.2.2.3. El monto de los recursos recibidos del adquirente de la participación.
- 6.2.2.4. El responsable de cada una de las etapas o fases del proyecto y de la operación del mismo.
- 6.2.2.5. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6.2.2.6. El estado actual de las condiciones necesarias para iniciar las diferentes etapas del proyecto, de acuerdo al informe del promotor, constructor, operador o interventor.

6.2.2.7. La indicación del grado de avance del proyecto.

6.2.2.8. Un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.

6.2.2.9. Información relevante de la etapa en la que se encuentre el proyecto.

6.2.2.10. Informe sobre el estado del activo subyacente.

6.2.2.11. Informe de resultados de la operación y la gestión en la distribución de excedentes.

6.3. Remisión de información a la SFC

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

Igualmente, el representante legal y el revisor fiscal deben informar a la SFC 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 debe darse a más tardar dentro de los 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 deben 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 los fondos de inversión colectiva administrados 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 debe enviar bajo ambiente excel, dentro de los 10 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

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:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 art. 151 del EOSF 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 de capital extranjero establecidos en el Decreto 2080 de 2000 y el régimen de transición establecido en el art. 10 del Decreto 4800 de 2010, así como los contratos celebrados con arreglo a lo dispuesto en el Título 1 del Libro 33 de la parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

8.1.2. Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión

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 un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. Puede presentar varias modalidades:

8.2.1. De administración y pagos

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

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

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 fideicomitados junto con sus respectivos rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada. Puede tener varias modalidades:

8.3.1. Administración y pagos

Tiene como finalidad la administración de sumas de dinero y/u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que le señale.

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

8.3.2. Administración de procesos de titularización

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 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

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, en cuanto esté vigente, el proceso de reorganización y el proceso de liquidación judicial consagrados en la Ley 1116 de 2006.

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.

A los contratos de fiducia en garantía le son aplicables en lo referente al registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario y las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013, de conformidad con el parágrafo

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

del art. 3 de la misma ley. Adicionalmente, se señala que el registro establecido en la citada disposición, tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del art. 55 de la Ley 1116 de 2006.

El negocio fiduciario en garantía puede presentar las siguientes modalidades:

8.4.1. Fiducia en garantía propiamente dicha

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

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

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.

8.6. Los contratos a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias se clasificarán según su activo subyacente, de tal manera que los que tienen como subyacente un activo inmobiliario harán parte del tipo 2- Fiducia Inmobiliaria y para otros activos corresponderá el tipo 3 – Administración y Pagos.

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

Cada uno de los referidos subtipos de negocios fiduciarios enunciados en el numeral anterior se subdivide a su vez al momento de su inscripción ante la SFC en negocios fiduciarios públicos o privados, dependiendo de la naturaleza de los recursos o bienes administrados.

Para efectos de las instrucciones impartidas en 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, se entienden como públicos los recursos parafiscales.

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

9.1. 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

9.2. Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitados deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público.

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

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