

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. INSTRUCCIONES GENERALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1.1. Ámbito de aplicación

Las instrucciones del presente capítulo son aplicables a las sociedades fiduciarias en lo relacionado con la celebración, desarrollo, liquidación y demás aspectos de los negocios fiduciarios, con observancia de las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el Decreto 2555 de 2010 y las demás disposiciones que resulten aplicables, así como aquellas que las modifiquen o sustituyan.

Para los efectos del presente Capítulo se entenderá por negocios fiduciarios cualquier negocio jurídico de fiducia mercantil, fiducia pública o encargo fiduciario. Se entiende por encargo fiduciario el contrato en virtud del cual el fideicomitente entrega a la sociedad fiduciaria uno o más bienes determinados con el propósito de cumplir la finalidad específica acordada en el contrato, sin transferir la propiedad de éstos.

1.2. Normas y principios aplicables

En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 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 artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.

2. CONDICIONES DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

2.1. Deberes de las sociedades fiduciarias en desarrollo de los negocios fiduciarios

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

2.1.1. 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 clientes e intervinientes en el negocio fiduciario conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de operaciones.

En virtud de este deber, las sociedades fiduciarias deben: i. suministrar información clara, completa y comprensible, de manera que permita a los consumidores financieros la toma de decisiones informadas y objetivas, ii. hacer 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 y iii. dar cumplimiento a la instrucción prevista en el numeral 3.3.7. del Capítulo I del Título III de la Parte I de la Circular Básica Jurídica.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.1.2. Deber de asesoría: Este deber solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato, salvo que el contrato sea de inversión. 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 a la actividad de asesoría establecido en el Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010. Sin embargo, para la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan dentro de sus finalidades invertir en valores, se debe dar aplicación a lo establecido en el mencionado Libro 40.

En aquellos negocios fiduciarios que no tengan dentro de sus finalidades invertir en valores, pero que administren temporalmente los recursos en fondos de inversión colectiva clasificados como productos universales, no se requiere llevar a cabo el perfilamiento de sus clientes, el análisis de conveniencia, ni el suministro de una recomendación profesional a los mismos.

2.1.3. 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.

2.1.4. 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 del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses.

En virtud de este deber la sociedad fiduciaria debe evitar consignar cláusulas que desvíen el objeto del negocio fiduciario o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno.

2.1.5. Deber de profesionalidad: En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión. En este sentido, solo deben celebrar los negocios fiduciarios para los cuales tengan la adecuada experiencia, así como los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo.

2.1.6. Deber de diligencia: En su actuar, las sociedades fiduciarias deben adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio fiduciario y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución.

2.1.7. Deber de previsión: Las sociedades fiduciarias deben identificar y advertir a sus clientes los riesgos y demás aspectos que puedan afectar la ejecución de los diferentes negocios fiduciarios que celebren o pretendan celebrar.

2.2. Negocios fiduciarios

De acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 146 del EOSF y en el artículo 2.5.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 las sociedades fiduciarias pueden celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para el efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública en todos aquellos casos en que así lo autorice el Gobierno Nacional.

Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal que sean de fácil comprensión para los usuarios y cumpliendo en todo con las condiciones señaladas en la Ley 1328 de 2009, o normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, 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.

Sin perjuicio del contenido que deba incorporarse a los contratos en virtud de disposiciones legales y de las instrucciones del presente Capítulo, las sociedades fiduciarias deben incluir en sus contratos de negocios fiduciarios, como mínimo, estipulaciones sobre los siguientes asuntos:

2.2.1. Objeto: Se debe señalar el propósito principal del negocio fiduciario, y detallar las gestiones o actividades específicas a cargo de la sociedad fiduciaria para lograr la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas.

2.2.2. Bienes fideicomitidos o entregados a título de encargo: Se debe hacer una identificación completa y precisa de los bienes, y establecer los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y las normas aplicables.

Cuando los bienes fideicomitidos sean derechos, bienes futuros sujetos a condición suspensiva o bienes intangibles, se debe especificar la forma como se adelantará la valoración de dichos bienes, así como las gestiones que deben adelantarse respecto de dichos bienes.

Cuando los bienes sean acciones, cuotas o partes de interés en 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.

2.2.3. Obligaciones y derechos de las partes contratantes: Deben estipularse de forma separada las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitentes, beneficiarios y acreedores garantizados de ser el caso. Las obligaciones, los derechos y las limitaciones deben guardar relación de causalidad con la finalidad perseguida en el contrato.

2.2.4. Remuneración: Se deben indicar las remuneraciones que se pacten a favor de la sociedad fiduciaria en virtud del negocio fiduciario, o el método para calcularlas, según el caso. Igualmente, debe establecerse la forma de pago y la oportunidad en que dichas remuneraciones deben liquidarse y pagarse.

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, en caso de existir recursos administrados a través de fondos de inversión colectiva deberán observarse las instrucciones expedidas por la Superintendencia Financiera sobre la materia.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.2.5. Gastos: Se deben identificar todos los gastos que se ocasionarán en desarrollo del negocio fiduciario, y se debe establecer qué gastos estarán a cargo del fideicomiso o patrimonio autónomo, así como los que estarán a cargo directamente del fideicomitente o de la sociedad fiduciaria. De forma especial, debe indicarse la forma como se cubrirán los gastos no recurrentes, incluyendo avalúos, pago de impuestos, peritajes, entre otros.

2.2.6. Rendimientos o utilidades: Cuando quiera que, en desarrollo de la gestión sobre los bienes fideicomitados, éstos generen rendimientos o utilidades, se debe establecer el uso y destino que se dará a los mismos, así como el momento para su ejecución.

2.2.7. Gestión de riesgos: se deben establecer lineamientos para la identificación y gestión de los riesgos asociados al negocio fiduciario, así como mecanismos para el cumplimiento de las políticas establecidas por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio, incluyendo la gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo. Así mismo, se deben acordar reglas para garantizar el cumplimiento de las mencionadas políticas por parte de los fideicomitentes, beneficiarios, clientes y usuarios, según el caso.

2.2.8. Avalúos: Atendiendo la clase de negocio fiduciario del que se trate, se debe estipular la forma de valorar los bienes fideicomitados, incluyendo, como mínimo: (i) la obligación del fideicomitente de aportar o proveer los recursos para sufragar los avalúos requeridos; (ii) la periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos; (iii) el alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria en la contratación y designación del evaluador, de conformidad con la normatividad aplicable; y (iv) las consecuencias e implicaciones que acarrea el incumplimiento de la obligación de aportar y actualizar los avalúos.

2.2.9. Terminación del negocio fiduciario: Además de las causales de terminación previstas en la ley, deben señalarse los eventos que dan lugar a la terminación del contrato.

2.2.10. Liquidación: Se debe estipular el procedimiento y los plazos para ejecutar la liquidación definitiva del contrato. De forma especial, debe indicarse la forma como se restituirán los bienes que existan al momento de terminación del contrato o el procedimiento para destinar dichos bienes al pago de las obligaciones a cargo del negocio fiduciario, incluyendo los eventos en los cuales haya necesidad de hacer pagos por conceptos de impuestos, tasas y contribuciones, entre otros.

2.2.11. Imposibilidad para localizar los fideicomitentes, beneficiarios o acreedores garantizados: se debe establecer el procedimiento a seguir en los casos en los que no fuere posible la localización y comunicación con los fideicomitentes, beneficiarios o acreedores garantizados, en los casos que sea aplicable. Este procedimiento debe tener reglas claras que permitan a la sociedad fiduciaria cumplir sus obligaciones, así como proceder con la terminación y liquidación del contrato en caso de imposibilidad de localización y contacto.

2.2.12. Órganos asesores, administradores y de control: se debe establecer si el negocio fiduciario contará con órganos o cuerpos colegiados con carácter de asesores, administradores o de control. En este caso, deben estipularse las atribuciones, forma de integración y procedimiento para la designación de sus miembros, así como reglas para la deliberación y toma de decisiones por dichos órganos.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2.3. Prácticas inseguras

Se consideran prácticas ilegales e inseguras en materia de negocios fiduciarios las siguientes:

2.3.1. 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.

2.3.2. 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 2.1.4. de este Capítulo.

2.4. Conflictos de interés

Además de lo previsto en el numeral 9 del artículo 146 del EOSF y las demás normas aplicables, las sociedades fiduciarias deben adoptar políticas y procedimientos aprobados por su junta directiva o el órgano que haga sus veces, para la gestión de conflictos de interés en la realización de sus negocios.

Dichas políticas y procedimientos serán aplicables a los administradores, empleados o funcionarios que intervengan de cualquier manera en la realización de negocios fiduciarios, y deben como mínimo:

2.4.1. Incorporarse en el código de buen gobierno corporativo de la entidad.

2.4.2. Contemplar reglas claras para gestionar cualquier conflicto de interés en negocios celebrados entre fideicomisos o patrimonios autónomos administrados por la misma sociedad fiduciaria.

2.4.3. Contemplar reglas claras para gestionar cualquier conflicto de interés en negocios celebrados entre o en beneficio de la sociedad fiduciaria y sus vinculados, y los fideicomisos o patrimonios autónomos administrados por la sociedad.

3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

3.1. En concordancia con las disposiciones contenidas en el literal e. artículo 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 artículo 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 artículo 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 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. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS

Las sociedades fiduciarias deben mantener informados a los fideicomitentes, beneficiarios y acreedores garantizados, cuando sea el caso, sobre el cumplimiento de la finalidad del contrato y el avance de las gestiones encomendadas, para lo cual deben presentar, como mínimo: (i) informes de rendición de cuentas, y (ii) informes periódicos en los términos definidos en el numeral 4.6. del presente capítulo.

4.1. Rendición de cuentas

La rendición de cuentas es un informe detallado de todas las gestiones realizadas por la sociedad fiduciaria en desarrollo de un negocio fiduciario, incluyendo las acciones efectuadas sobre los bienes fideicomitados. Las sociedades fiduciarias deben

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

reflejar el estado económico, jurídico, administrativo y contable del respectivo negocio fiduciario, así como la ocurrencia de cualquier hecho que afecte negativamente el desarrollo normal de la labor encomendada, incluyendo las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso.

La obligación de presentar rendiciones de cuentas corresponde directamente a las sociedades fiduciarias y no puede ser delegada en terceros ni en órganos de origen contractual, tales como órganos de administración y/o control, entre otros. El informe de rendición de cuentas debe ser suscrito por el representante legal de la sociedad fiduciaria.

4.2. Periodicidad de reporte

Las sociedades fiduciarias deben presentar su rendición de cuentas como mínimo cada 12 meses, sin perjuicio de que contractualmente se establezca una periodicidad menor.

La rendición de cuentas debe remitirse a más tardar dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de corte que se está informando. En todo caso, las sociedades fiduciarias deben dejar constancia del envío de las rendiciones de cuentas y mantener dichas constancias a disposición de la SFC.

4.3. Contenido mínimo de la rendición de cuentas

Las rendiciones de cuentas deben basarse en soportes o documentos que comprueben la veracidad de la información y deben realizarse mediante procedimientos que les 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 de tales soportes cuando aquéllos así lo estimen pertinente.

Las rendiciones de cuentas deben contar en todos los casos, como mínimo, con la siguiente información:

- 4.3.1. Identificación del negocio fiduciario, así como del fiduciario, los fideicomitentes, beneficiarios, y acreedores garantizados, de ser el caso.
- 4.3.2. Periodo objeto del reporte.
- 4.3.3. Identificación del periodo objeto del reporte.
- 4.3.4. Identificación, localización, evolución y estado de los bienes fideicomitados. Así mismo, en los casos que aplique según el tipo de bienes administrados, se debe incluir la fecha del último avalúo o estudio técnico practicado a los bienes, junto con su respectivo resultado.
- 4.3.5. Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada durante el período de reporte, y monto de la comisión acumulada cobrada en desarrollo del negocio fiduciario. Si el negocio involucra operaciones que deba celebrar la fiduciaria en nombre del fideicomiso, del patrimonio autónomo o del fideicomitente, deben incluirse todas las comisiones cobradas y pagadas en el marco del negocio fiduciario.
- 4.3.6. Informe sobre el desarrollo y ejecución del negocio fiduciario, la gestión de la fiduciaria, así como sobre los hechos relevantes y variaciones significativas presentadas durante el período reportado.
- 4.3.7. En caso de existir recursos líquidos o calificados contablemente como 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.
- 4.3.8. Relación de los procesos judiciales y administrativos que se presenten en desarrollo del negocio fiduciario por parte de cualquier persona natural o jurídica.
- 4.3.9. Estado de las condiciones suspensivas o resolutorias que afecten cualquier aspecto del negocio fiduciario, en los casos que sea aplicable.
- 4.3.10. En caso de que los negocios fiduciarios tengan órganos de administración o control, debe presentarse una reseña de los aspectos relevantes tratados en las reuniones de dichos órganos durante el periodo de reporte.
- 4.3.11. En el evento en que los términos contractuales contemplen la posibilidad de vincular a terceros que se encuentren directamente relacionados con la consecución del propósito principal del negocio fiduciario, se debe incluir una relación de las vinculaciones realizadas en el periodo objeto de reporte indicando el objetivo de cada una de estas.

La rendición de cuentas debe ir acompañada de la información financiera del Catálogo Único con Fines de Supervisión del negocio, con la información mínima que permita identificar el estado de los activos, de los ingresos, de los gastos y acreencias del fideicomiso. Considerando que la fecha de rendición de cuentas no necesariamente coincide con el final del período de preparación de los estados financieros, éstos deberán hacer parte de la rendición de cuentas más próxima, tales estados financieros deberán prepararse y presentarse de conformidad con el marco contable que les resulte aplicable.

4.4. Contenido de la rendición de cuentas en atención al tipo de negocio fiduciario

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

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

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

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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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

- 4.4.2.1.1. Alcance de las funciones y actividades que desarrolla la fiduciaria.
- 4.4.2.1.2. 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.
- 4.4.2.1.3. El responsable de la construcción del proyecto.
- 4.4.2.1.4. 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.
- 4.4.2.1.5. Si se han afectado las pólizas contratadas para el desarrollo del proyecto inmobiliario.
- 4.4.2.1.6. Número de unidades resultantes del proyecto inmobiliario comprometidas y transferidas según corresponda.
- 4.4.2.1.7. En el evento que el negocio posea un interventor, se debe incluir un resumen de las conclusiones realizadas por él en sus informes.

4.4.3. En el caso de los negocios fiduciarios de tesorería sólo debe suministrarse la información señalada en el subnumeral 4.4.2.1.1. y para los negocios de preventa no aplica la información señalada en los subnumerales 4.4.2.1.5., 4.4.2.1.6. y 4.4.2.1.7.

4.4.4. 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 4.4.2.1.2.

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.

4.4.5. 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:

- 4.4.5.1. Tipo de crédito contratado.
- 4.4.5.2. Tipo de garantías otorgadas.
- 4.4.5.3. 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.)
- 4.4.5.4. 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.

4.4.6. 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:

- 4.4.6.1. Fuentes y usos de los recursos.
- 4.4.6.2. Número de pagos, giros o abonos en cuenta realizados durante el período.

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

- 4.4.7.1. El responsable de cada una de las etapas o fases del proyecto y de la operación del mismo.
- 4.4.7.2. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.
- 4.4.7.3. El estado actual de las condiciones necesarias para iniciar las diferentes etapas del proyecto, de acuerdo al informe del promotor, constructor, operador o interventor.
- 4.4.7.4. La indicación del grado de avance del proyecto.
- 4.4.7.5. Un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.
- 4.4.7.6. Información relevante de la etapa en la que se encuentre el proyecto.
- 4.4.7.7. Informe sobre el estado del activo subyacente.
- 4.4.7.8. 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.

4.4.8. Para los negocios fiduciarios de inversión de capitales del exterior de portafolio descritos en el subnumeral 7.1.3 de este Capítulo las sociedades fiduciarias deben presentar las rendiciones de cuentas únicamente con el contenido que para el efecto se establezca en el respectivo contrato. El contenido establecido en el contrato debe tener en cuenta las características particulares del inversionista.

En caso de que el contrato no especifique un contenido mínimo, la respectiva rendición de cuentas debe contar con el contenido mínimo establecido en el subnumeral 4.3. del este Capítulo, en los que sea aplicable a los negocios fiduciarios de inversión.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

4.5. Soportes y anexos

La rendición de cuentas debe contar con soportes que permitan validar la veracidad de la información. Las sociedades fiduciarias deben mantener a disposición de los fideicomitentes, beneficiarios, y acreedores garantizados, de ser el caso, toda la documentación y soportes que sirvan para la elaboración de la rendición de cuentas. Estos documentos estarán sujetos a las reglas de conservación documental que sean aplicables de conformidad con el EOSF y la Circular Básica Jurídica (CBJ).

4.6. Informes periódicos

Sin perjuicio de la obligación de rendición de cuentas, cuando por su importancia resulte necesario o cuando se establezca una obligación contractual en ese sentido, la sociedad 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.

Las sociedades fiduciarias deben dejar constancia del envío de los informes periódicos y mantener dichas constancias a disposición de la SFC. 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 fijen según el negocio fiduciario del que se trate.

4.6.1. 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:

- 4.6.1.1. El período objeto de reporte.
- 4.6.1.2. El objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- 4.6.1.3. El monto de los recursos recibidos del adquirente de la unidad inmobiliaria.
- 4.6.1.4. El responsable de la construcción del proyecto.
- 4.6.1.5. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.
- 4.6.1.6. El estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto.
- 4.6.1.7. La calidad en que la sociedad fiduciaria transfiere las unidades inmobiliarias.
- 4.6.1.8. La indicación del grado de avance del proyecto inmobiliario de acuerdo con la información reportada por el responsable de la construcción del proyecto.
- 4.6.1.9. 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 4.6.1.1 al 4.6.1.6. En los negocios fiduciarios de administración y pagos que no prevean la fase de preventas, no se debe informar lo indicado en el subnumeral 4.6.1.6.

4.6.2. 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:

- 4.6.2.1. El período objeto de reporte.
- 4.6.2.2. El objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- 4.6.2.3. El monto de los recursos recibidos del adquirente de la participación.
- 4.6.2.4. El responsable de cada una de las etapas o fases del proyecto y de la operación de este.
- 4.6.2.5. El alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

- 4.6.2.6. El estado actual de las condiciones necesarias para iniciar las diferentes etapas del proyecto, de acuerdo con el informe del promotor, constructor, operador o interventor.
- 4.6.2.7. La indicación del grado de avance del proyecto.
- 4.6.2.8. Un reporte sobre hechos relevantes que afecten el proyecto y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos.
- 4.6.2.9. Información relevante de la etapa en la que se encuentre el proyecto.
- 4.6.2.10. Informe sobre el estado del activo subyacente.
- 4.6.2.11. Informe de resultados de la operación y la gestión en la distribución de excedentes.

5. NORMAS ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS 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

De conformidad con el numeral 2 del artículo 29 del EOSF, las operaciones de fiducia de inversión se pueden celebrar por medio de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios. Por lo anterior, 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, con el fin de respetar las formalidades legales exigidas para cada uno de estos tipos negociables.

La sociedad fiduciaria en ningún caso puede señalar de manera unilateral la destinación de los recursos recibidos a título de negocio fiduciario de inversión. En consecuencia, esa destinación no puede hallarse pre-impresa en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica.

5.1.2. 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 los contratos de fiducia de inversión no procede la administración de los recursos por un beneficiario, por el fiduciante ni por terceros para la consecución de la finalidad del fideicomiso.

En los casos en que la sociedad fiduciaria requiera de un tercero para cumplir con sus obligaciones de manera adecuada y profesional, 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.

5.2. Contratos de fiducia inmobiliaria

5.2.1. 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 como mínimo los siguientes aspectos:

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 exista viabilidad técnica, **financiera** y jurídica 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 **hayan sido expedidas en debida forma** 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 haya establecido y verificado la idoneidad de 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

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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.

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 4.4.2.1.1. y 4.6.1. 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 preventiva 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. Contratos de fiducia 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, 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. Las entidades vigiladas única y exclusivamente pueden celebrar con las entidades estatales, entendiendo por tales las señaladas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, los contratos de fiducia pública, encargos fiduciarios, entre otros, expresamente permitidos por el régimen vigente.

Los encargos fiduciarios 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 artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

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 o las normas que lo modifiquen, 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 1068 de 2015 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

5.4.2. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 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, debido a 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.

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 artículo 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 determinados. La expresión contenida en el inciso 5 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que dispone “los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario”, debe entenderse que hace referencia a los actos o contratos que resulten propios o connaturales al objeto del negocio fiduciario.

5.4.2.3. En ningún caso 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 artículo 2.2.1.1.2.2.7. del Decreto 1082 de 2015..

5.4.2.4. De conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 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.

5.4.3. De acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, 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.

5.4.4. Responsabilidad administrativa

En atención a que la celebración de contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios con entidades estatales comporta un alto grado de responsabilidad, la SFC requiere la personal intervención de los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, con el fin de garantizar el respeto y observancia de los parámetros señalados en este Capítulo en cuanto son desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993, en la ley 1150 de 2007, en sus decretos reglamentarios, así como las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

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

5.5. Contratos de fiducia 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 el 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.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

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 registrará por las disposiciones contenidas en el numeral 6 del Decreto 2090 de 1989 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

5.5.2.4. Los órganos asesores y/o administradores de acuerdo con lo dispuesto el numeral 2.2.12. del 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 debido a 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.

5.5.3. 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:

5.5.3.1. Las condiciones del negocio fiduciario.

5.5.3.2. Los derechos y obligaciones de cada una de las partes

5.5.3.3. La duración.

5.5.3.4. La estimación de costos del proyecto.

5.5.3.5. 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.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

6. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS Y SUBTIPOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

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 **de Negocios contenido en el Capítulo VI del Título IV de la Parte I de la Circular Básica Jurídica** y bajo los parámetros de los documentos técnicos pertinentes.

7. 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:

7.1. Fiducia de inversión

7.1.1. Fideicomisos de inversión con destinación específica

Es el negocio 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 contratos celebrados con arreglo a lo dispuesto en el Título 1 del Libro 33 de la parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

7.1.2. 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.

7.1.3. Inversión de capitales del exterior de portafolio

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la inversión de capitales del exterior de portafolio en Colombia de acuerdo con el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia contenido en el Título 2 de la Parte 17 del Decreto 1068 de 2015.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

7.1.4. Inversión de capitales del exterior directa

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la inversión directa de capitales del exterior en Colombia de acuerdo con el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia contenido en el Título 2 de la Parte 17 del Decreto 1068 de 2015.

7.2. 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:

7.2.1. 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.

7.2.2. 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.

7.2.3. 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.

7.3. Fiducia de administración

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

7.3.1. 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 artículo 2 de la Ley 1116 de 2006.

7.3.2. 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.

7.3.3. Administración de cartera

Tiene como finalidad principal la administración de carteras productivas e improductivas de entidades financieras y/o del sector real.

7.3.4. 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.

7.4. 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 artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

El negocio fiduciario en garantía puede presentar las siguientes modalidades:

7.4.1. 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.

7.4.2. 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.

7.5. 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.

7.5.1. 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.

7.5.2. 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.

7.6. 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.

7.7 En virtud del artículo 3 del Decreto 119 de 2017, los fondos de inversión de capital del extranjero que se encontraban autorizados y en funcionamiento antes del 29 de diciembre de 2010, conforme a la normativa vigente en el momento de su autorización, serán tratados para todos los efectos como un inversionista de capitales del exterior. En consecuencia, para efectos del reporte de información a esta Superintendencia, deben ser clasificados en alguno de los negocios descritos en los subnumerales 7.1.3 y 7.1.4 de este Capítulo, o en el caso de las sociedades fiduciarias autorizadas para llevar a cabo la custodia de valores, en los subnumerales 13.3 o 13.4 del Capítulo VI del Título IV de la Parte III de la Circular Básica Jurídica.

8. 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 administrados por el negocio fiduciario 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:

8.1. 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

8.2. 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.