

CIRCULAR EXTERNA 46 DE 2008

(septiembre 3)

<Fuente: Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia, No. 109>

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Señores

REPRESENTANTES LEGALES Y REVISORES FISCALES DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS.

Referencia: Modificación al Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica y a los Capítulos VIII y IX de la Circular Básica Contable y Financiera, aplicables a los negocios administrados por las sociedades fiduciarias.

Apreciados señores:

Con el fin de actualizar las disposiciones especiales aplicables a las sociedades fiduciarias, esta Superintendencia en uso de sus facultades legales, en especial de las consagradas en el numeral 3 literal a) del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el numeral 9 del artículo 11 del Decreto 4327 de 2005, considera necesario efectuar las siguientes modificaciones:

1. Subrogar el Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica contentivo de las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios.

2. Extender el alcance de la transmisión de la clase 7 del PUC para todos los negocios fiduciarios para lo cual se crea el Informe 66 y se elimina el formato 169 -Resumen Estados Financieros para Fideicomisos - Proforma F.7000-05 del Anexo I "Remisión de Información".

3. Modificar los subnumerales 1.2 y 1.7 del Capítulo VIII de la Circular Básica Contable y Financiera estableciendo la transmisión de los estados financieros de los negocios fiduciarios con una periodicidad mensual.

4. Eliminar el formato 208 - Ingresos por comisiones recibidas de los negocios fiduciarios - Proforma F. 7000-10 y sustituirlo por el Formato 464, Proforma F.7000-18.

5. Régimen de Transición. La presente Circular rige a partir de la fecha de su publicación con excepción de las siguientes instrucciones:

5.1. Los numerales octavo (8) y noveno (9) del Título Quinto del Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica entrarán a regir de manera conjunta con la entrada en operación del Módulo de Registro que implementará la Superintendencia Financiera de Colombia.

5.2. Los numerales segundo (2), tercero (3) y cuarto (4) de la presente Circular regirán a partir del primero de abril de 2009.

Se adjuntan los anexos pertinentes.

Cordialmente,

CÉSAR PRADO VILLEGAS

Superintendente Financiero de Colombia

<ANEXO I>.

TÍTULO QUINTO

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS A

LAS OPERACIONES DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS,

ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO Y FONDOS GANADEROS

CAPÍTULO PRIMERO:

DISPOSICIONES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1.1 Concepto de Negocio Fiduciario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

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

2.1 Redacción y presentación

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

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

2.2 Previsiones generales

2.2.1 Normas y principios a considerar

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

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

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

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

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

iii) Deber de protección de los bienes 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 hayan sido 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 4º del artículo 1234 del Código de Comercio.

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

v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido

deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios.

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

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

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

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

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

2.2.2 Interpretación

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

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

2.2.3 Prohibición general

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

2.2.4 Práctica insegura

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

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

2.2.5 Condiciones inequitativas e ilegales

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

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

2.2.6 Conflictos de interés

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

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

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

- En los negocios celebrados entre fideicomisos administrados por una misma sociedad fiduciaria.

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

2.3 Contenido de los contratos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil

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

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

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

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

documento deberá registrarse en los términos y condiciones previstos en el artículo 16 de la Ley 35 de 1993 y del artículo 7 del Decreto 650 de 1996.

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

3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

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

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

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

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

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

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

No obstante lo anterior, la Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de su utilización y exigir las modificaciones a que haya lugar, cuando dichos

contratos en su celebración o ejecución desconozcan alguno de los requisitos señalados en este Capítulo o en una disposición imperativa.

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

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

4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 1238 DEL CÓDIGO DEL COMERCIO.

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

4.1. Aspectos sustanciales:

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

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

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

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

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

Con todo, para abundar las razones que contribuyan a reforzar aún más la anterior conclusión, debe tenerse en cuenta que el deudor deberá pagar a sus acreedores oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al

establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, queden afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1. En primer lugar, le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su

legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.

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

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

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

En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un "*eventus damni*" sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción.

Si, no obstante lo anterior, se admitiera una demanda presentada sin que mediase ese interés jurídico al que nos hemos venido refiriendo, el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de "discusión de bienes", medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4o. del artículo 1234 del Código de Comercio de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes 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 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio y para los efectos previstos en el artículo 1238 *ibídem*, debe aclararse qué sucede con las obligaciones que, como titular y vocera del patrimonio autónomo, contrajo la sociedad fiduciaria en orden al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

Al efecto, se debe partir de la consideración según la cual, siendo el contrato un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones y teniendo en cuenta que tales obligaciones

no pueden desaparecer sino por el mutuo consentimiento de las partes contratantes o por causas legales (art. 1602 Código Civil), es evidente que ocurrida la terminación del contrato cesan o terminan, igualmente, las obligaciones nacidas del mismo y, en este orden de ideas, es necesario proceder a su liquidación.

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

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

En conclusión, ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes 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 artículo 1227 del Código de Comercio.

5. NORMAS ESPECIALES RESPECTO DE CIERTOS CONTRATOS FIDUCIARIOS

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

5.1. CONTRATOS DE FIDUCIA DE INVERSIÓN.

5.1.1 Fideicomiso de inversión

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

5.1.2 Modelos preimpresos y Destinación específica de los recursos fideicomitidos

Como quiera que la destinación de los recursos recibidos a título de negocio fiduciario de inversión sólo puede ser establecida por el propio fideicomitente debiéndose aplicar,

en su defecto, el mecanismo subsidiario previsto en el párrafo del numeral 3o artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es claro que la entidad fiduciaria en ningún caso y de manera unilateral puede señalar tal destinación. Por lo anterior, esa destinación no puede hallarse preimpresa en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica.

5.1.3 Delegación de la Profesionalidad

De conformidad con lo establecido en el artículo 1226 del Código de Comercio, el fiduciario se obliga a administrar o enajenar los bienes fideicomitidos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, y el numeral 3 del artículo 1234 del Código de Comercio establece dentro de los deberes indelegables del fiduciario el de *“invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca”*.

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

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

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

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

5.2. CONTRATOS DE FIDUCIA INMOBILIARIA

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

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

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

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

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

- Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.
- Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.

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

Conviene recordar además, que de conformidad con lo previsto en el numeral 4º. del artículo 146 EOSF, en concordancia con lo establecido en el numeral 1º del Capítulo Primero, Título V de la Circular Externa 007 de 1996, siempre que estos acuerdos revistan las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tales y deben ser sometidos previamente a autorización de la SBC.

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

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

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

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

- a. Explicar con claridad cual es el tipo de gestión que desarrollará la entidad en el proyecto, es decir, si se adelantará la administración de tesorería del proyecto, la vigilancia de todas las etapas de la obra, la inversión de los recursos que ingresen al fideicomiso, y demás conceptos de este tipo de fideicomiso, de manera que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros dentro de los cuales se desarrollará la actividad de la sociedad fiduciaria.

b. En los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se deben exponer al público carteles o afiches fácilmente visibles en donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto.

5.3. CONTRATOS DE FIDUCIA EN GARANTÍA.

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

5.4. NEGOCIOS FIDUCIARIOS CON ENTIDADES PÚBLICAS.

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

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

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

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

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

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

En todo caso, el régimen de inversiones de los excedentes de liquidez de los establecimientos públicos del orden nacional y de las entidades estatales del orden nacional, de las empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, dedicadas a actividades no financieras y asimiladas a éstas, de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas del orden territorial, de las sociedades de economía mixta con participación pública inferior al 90% de su capital, las empresas de

servicios públicos domiciliarios mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del estado superior al 50% de su capital social y de los organismos autónomos, se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1525 de 2008 y de las normas que lo adicionen o modifiquen.

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

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

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

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

- Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario deben tener un objeto y un plazo precisamente determinados. No obstante, en cuanto al objeto se refiere, debe tenerse en cuenta que cuando el inciso 5º, numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 alude a "los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario", por tales, sólo pueden entenderse aquellos que resulten propios o connaturales al objeto del negocio fiduciario de que trate, vale decir, todos aquellos que son normalmente aptos y legalmente admisibles para el cumplimiento diligente de la finalidad señalada por la respectiva entidad estatal fideicomitente en el acto constitutivo del negocio fiduciario.

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

Adicionalmente y conforme lo establece el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 a las entidades estatales les está vedado pactar la remuneración fiduciaria con cargo a los rendimientos generados por los bienes 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 se podrá pactar la remuneración de la entidad fiduciaria si así se hubiera previsto o presupuestado, de lo contrario tal concepto no podrá deducirse de tales rendimientos.

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

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

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

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

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

Ciertamente, a juicio de esta Superintendencia, tratándose de negocios fiduciarios, la disposición antes mencionada resulta inaplicable en tanto y en cuanto el antes citado inciso 5o. del numeral 5o. del artículo 32 ibídem, reguló íntegramente y de una manera especial y opuesta a la prevista en aquella lo concerniente a la selección o escogencia de la sociedad fiduciaria a contratar, esto es, suprimiendo privilegios para la celebración de negocios jurídicos de la índole y naturaleza de los que se comentan, toda vez que las sociedades fiduciarias, sean públicas o privadas, celebrarán los contratos de fiducia pública y de encargo fiduciario sin que existan ventajas comparativas de ninguna especie

entre ellas, pues el principio que informa la nueva regulación de la actividad fiduciaria en el sector público en Colombia es el de la libre competencia entre las entidades que, debidamente autorizadas por este organismo de control, actúan en el mercado en calidad de fiduciarios.

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

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

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

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

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

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

5.4.6. De conformidad con lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 49 del decreto 1525 de 2008, **"Las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los parágrafos 1º y 2º del presente artículo. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades**

territoriales y sus descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente.”.

5.4.7. Responsabilidad administrativa.

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

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

6. RENDICIÓN DE CUENTAS E INFORMES PERIÓDICOS

6.1. Rendición de cuentas

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

6.1.1 Concepto

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

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

6.1.2 Carácter indelegable

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

6.1.3. Periodicidad de las rendiciones de cuentas

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

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

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

6.1.4 Forma de rendir cuentas

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

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

- Período que cobija la rendición de cuentas.
- Partes del contrato.
- Objeto y finalidad del negocio fiduciario.
- Estado actual, localización e identificación de los bienes que conforman el negocio fiduciario. Así mismo, se deberá incluir la fecha del último avalúo o estudio técnico practicado a los bienes y el resultado de dicho estudio o avalúo.
- Evolución de los aportes y del patrimonio del fideicomiso.

- Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada durante el período. Así mismo, se deberán informar de manera acumulada las comisiones cobradas en desarrollo del negocio. Si el negocio jurídico es complejo e involucra más negocios fiduciarios o de otra índole que deba celebrar la Fiduciaria en nombre del fideicomiso o del fideicomitente, deberán incluirse todas las comisiones cobradas y pagadas.

- Breve descripción del desarrollo y ejecución del negocio, así como de la gestión del Fiduciario de acuerdo con las obligaciones a su cargo, incluyendo las particularidades que permitan lograr la finalidad contratada, así como las variaciones significativas o importantes presentadas durante el período reportado.

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

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

- Acreedores garantizados y estado de las garantías.

- Cesionarios de los beneficios.

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

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

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

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

- Políticas de inversión aplicables.

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

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

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

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

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

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

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

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

- Número de unidades escrituradas y/o prometidas en venta.

- Ejecución del desarrollo del proyecto inmobiliario durante el período que se reporta, realizando una breve comparación con el período inmediatamente anterior.

- En el evento que el negocio posea un interventor, se deberá incluir un resumen de las principales manifestaciones realizadas por él en sus informes.

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

- Tipo de crédito contratado.

- Tipo de garantías otorgadas.

- La relación de beneficiarios en la que conste el valor de los créditos de cada uno y las condiciones de los mismos (plazo, interés pactado, modalidad de pago, etc.)

Informe sobre el estado de cada una de las obligaciones registradas incluyendo el monto de provisiones resultantes del proceso de evaluación del riesgo de crédito.

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

- Fuentes y usos de los recursos.

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

- Mecanismos utilizados para efectuar los pagos.

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

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

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

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

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

6.2 Informes periódicos

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

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

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

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

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

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

6.3. Remisión de información a la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

7. REPORTES DE INFORMACIÓN

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

7.1. La clasificación de los tipos y subtipos de negocios fiduciarios, así como la información detallada de la identificación de cada uno de los negocios fiduciarios

teniendo en cuenta las características definidas en el Módulo de Registro bajo los parámetros de los documentos técnicos pertinentes.

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

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

8. CLASIFICACIÓN POR TIPOS DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

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

8.1 Fiducia de Inversión

8.1.1 Fideicomisos de inversión con destinación específica

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

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

8.1.2 Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión

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

8.2 Fiducia inmobiliaria

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

8.2.1 De administración y pagos

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

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

8.2.2 De tesorería

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

8.2.3 De preventas

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

8.3. Fiducia de administración

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

8.3.1 Administración y pagos

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

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

8.3.2 Administración de procesos de titularización

Es el negocio fiduciario que tiene por objeto la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. Con este negocio se pretende crear mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones pertinentes al pago oportuno de las obligaciones de la titularización.

8.3.3 Administración de cartera

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

8.3.4 Administración de procesos concursales

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

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

8.4 Fiducia en garantía

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

8.4.1 Fiducia en garantía propiamente dicha

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

8.4.2 Fiducia en garantía y fuente de pagos

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

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

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

8.5.1 Pasivos pensionales

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

8.5.2 Recursos de la seguridad social

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

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

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

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

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

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

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

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

10. TRANSICIÓN.

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

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

<ANEXO II>.

CAPITULO VIII

ESTADOS FINANCIEROS INTERMEDIOS

De conformidad con el artículo 26 del Decreto 2649 de 1993, los estados financieros de períodos intermedios han sido definidos como "los estados financieros básicos que se preparan durante el transcurso de un período, para satisfacer, entre otras, necesidades de los administradores del ente económico o de las autoridades que ejercen inspección, vigilancia o control. Deben ser confiables y oportunos.

"Al preparar estados financieros de períodos intermedios, aunque en aras de la oportunidad se apliquen métodos alternos, se deben observar los mismos principios que se utilizan para elaborar estados financieros al cierre de ejercicio".

1. PERÍODOS DE PRESENTACIÓN

Para aquellos casos en los cuales la fecha límite para la transmisión de estados financieros coincida con un día no hábil, el plazo de transmisión finaliza el día hábil siguiente.

1.1. Establecimientos de crédito y sociedades de servicios financieros

Los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros deben transmitir mensualmente, el balance general y el estado de resultados, dentro de los diez (10) primeros días corrientes del mes inmediatamente siguiente al del corte respectivo, según la codificación, que se establece en el Plan Único de Cuentas para el Sistema Financiero (PUC).

1.2. Sociedades fiduciarias

Las sociedades fiduciarias deben transmitir:

1.3. Entidades aseguradoras, sociedades reaseguradoras y sociedades de capitalización

Las entidades aseguradoras, sociedades reaseguradoras y sociedades de capitalización, deben transmitir:

- Diariamente, los estados financieros de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez (fondo de pensiones voluntarias) que administren, de conformidad con la codificación del plan de cuentas para fondos de pensiones.

- Trimestralmente, sus estados financieros según la codificación que se establece en el Plan Único de Cuentas para el Sector Asegurador, dentro de los diez (10) primeros días corrientes del mes inmediatamente siguiente al del corte respectivo.

1.4. Intermediarios de seguros y reaseguros

Los intermediarios de seguros y de reaseguros deben transmitir semestralmente los estados financieros con corte a junio 30 de cada año, dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al corte de cada balance, según la codificación que se establece en el Plan Único de Cuentas para el Sector Asegurador.

1.5. Banco de la República

El Banco de la República, debe transmitir los estados financieros intermedios a más tardar el último día hábil del mes siguiente, según la codificación que se establece en el Plan Único de Cuentas para el Banco de la República.

1.6. Cooperativas financieras

Las entidades cooperativas con actividad principal o especializada financiera deben transmitir el balance general y el estado de resultados, según la codificación que se establece en el PUC, en forma mensual, dentro de los diez (10) días comunes siguientes al corte mensual respectivo.

1.7. Sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías

Las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías, deben transmitir:

- Diariamente, los estados financieros de conformidad con la codificación del Plan de Cuentas para Fondos de Pensiones y Plan de Cuentas para Fondos de cesantías.

1.8. Casas de Cambio

Las Casas de Cambio deben transmitir, en forma mensual, el balance general y el estado de resultados, dentro de los diez (10) primeros días corrientes del mes inmediatamente siguiente al del corte respectivo, según la codificación que se establece en el PUC.

2. ANEXOS Y REPORTES PERIÓDICOS

Se debe reportar como anexo a los estados financieros intermedios, la información referida en el Anexo I "Remisión de Información" de esta Circular.

3. TASA DE CAMBIO APLICABLE PARA REEXPRESION DE CIFRAS EN MONEDA EXTRANJERA

Para efectos de la presentación de estados financieros intermedios, las cifras correspondientes a operaciones denominadas en moneda extranjera deben ser reexpresadas con base en la tasa representativa del mercado calculada el último día hábil del mes y certificada por la SBC.

ANEXO I. REMISION DE INFORMACION.

PARTE VI – PROFORMAS F.7000

Página 45

TEMA: Balances Intermedios

NOMBRE DE LA PROFORMA: Ingresos por Comisiones Recibidas de los Negocios Fiduciarios.

NUMERO DE LA PROFORMA: F.7000-18

NUMERO DEL FORMATO: 464

OBJETIVO: Contar con la información sobre las comisiones que generan los negocios administrados por las sociedades fiduciarias

TIPO DE ENTIDAD: Sociedades Fiduciarias

PERIODICIDAD Mensual

FECHA DE REPORTE: Dentro del término para la presentación de estados financieros

TRAMITE: 30 Balances Intermedios

FECHA DE CORTE: Corte de estados financieros mensuales.

MEDIO DE ENVIÓ: RAS

DOCUMENTO TÉCNICO: SB – DS – 003

TIPO Y NUMERO DEL INFORME: 0 Estados Financieros Intermedios

DEPENDENCIA USUARIA: Dirección de Fiduciarias – Dirección de Portafolios de Inversión

INSTRUCTIVO

La información sobre comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por la administración de los negocios fiduciarios debe ser reportada de acuerdo con las instrucciones que se imparten a continuación:

GENERALIDADES:

Las cifras deben ser reportadas en pesos

En la subcuenta 999 de las unidades de captura 1, 2, 3, 4, 5, 6, y 8 se registra la sumatoria de las comisiones percibidas.

Las columnas 1, 2, 3 y 4 no aplican para las unidades de captura 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8

Consideraciones a tener en cuenta para la transmisión

1- Cualquier transmisión realizada por fuera del plazo establecido, deberá ser previamente autorizada por la Dirección de Fiduciarias de esta Superintendencia.

2- La Superintendencia Financiera, comunicará a la entidad cualquier suspensión temporal del proceso de transmisión y, acordará las acciones tendientes a corregir las inconsistencias.

CUERPO DEL FORMATO

UNIDAD DE CAPTURA 01 – CARTERAS COLECTIVAS

En esta unidad de captura se registran las comisiones percibidas por la administración de los negocios fiduciarios de inversión administrados por la sociedad fiduciaria, en el caso de carteras colectivas si son abiertas, abiertas con pacto de permanencia, cerradas o escalonadas.

Subcuenta 005: Deben registrarse las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas de Tipo General.

Subcuenta 010: Deben registrarse las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas del Mercado Monetario.

Subcuenta 015: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas Inmobiliarias.

Subcuenta 020: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas de Margen.

Subcuenta 025: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas de Especulación.

Subcuenta 030: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Carteras Colectivas Bursátiles.

Subcuenta 035: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Fondos de Capital Privado.

UNIDAD DE CAPTURA 02 – FIDUCIA DE INVERSION

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los negocios fiduciarios de inversión administrados por la sociedad fiduciaria.

Subcuenta 005: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de Fideicomisos de Inversión con Destinación Específica incluyendo las comisiones correspondientes a fondos de Inversión extranjera

Subcuenta 010: Se deben registrar las comisiones percibidas por la administración de inversiones de Fondos Mutuos de Inversión.

UNIDAD DE CAPTURA 03 – FIDUCIA INMOBILIARIA

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los negocios fiduciarios inmobiliarios administrados por la sociedad fiduciaria

Subcuenta 005 a la 015: Se registran las comisiones percibidas por la administración de negocios fiduciarios inmobiliarios de Administración y pagos, Tesorería y Preventas, respectivamente.

UNIDAD DE CAPTURA 04 – FIDUCIA DE ADMINISTRACION

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los negocios fiduciarios de administración manejados por la sociedad fiduciaria.

Subcuenta 005 a la 020: Se registran las comisiones percibidas por la administración de negocios fiduciarios de administración correspondiente a Administración y pagos, Administración de procesos de titularización, Administración de cartera y Administración de procesos concursales, respectivamente.

UNIDAD DE CAPTURA 05 – FIDUCIA DE GARANTIA

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los fideicomisos de garantía manejados por la sociedad fiduciaria.

Subcuenta 005 y 010: Se registran las comisiones percibidas por la administración de negocios fiduciarios de garantía correspondiente a Fiducia en garantía y Fiducia en garantía y fuente de pagos, respectivamente.

UNIDAD DE CAPTURA 06 – RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS RELACIONADOS

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los fondos voluntarios de pensiones, pasivos pensionales y otros recursos del sistema de seguridad social.

Subcuenta 005 a la 015: Se registran las comisiones percibidas por la administración de los fondos voluntarios de pensiones y pasivos pensionales correspondientes a Fondos de pensiones de jubilación e invalidez, Pasivos pensionales y Recursos de la seguridad social, respectivamente.

UNIDAD DE CAPTURA 07 – TOTAL DE COMISIONES

En la columna 5, subcuenta 999 de esta unidad de captura, se registra la sumatoria de las subcuentas 999 de las unidades de captura 1 a la 6 y, este valor debe cruzar con la cuenta PUC 411500 menos la cuenta PUC 411595.

UNIDAD DE CAPTURA 08 – CONSORCIOS

En esta unidad de captura se registra el total de las comisiones percibidas por la administración de los consorcios administrados por la sociedad fiduciaria discriminando el valor correspondiente a la cuenta Comisiones Consorcios y el valor correspondiente a la cuenta Otros Ingresos Consorcios.

La subcuenta 999 de esta unidad de captura debe ser igual a la cuenta PUC 419545 "otros ingresos consorcios".