

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

CARTA CIRCULAR 54 DE 2004
(Julio 26)

Señores

MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS, REPRESENTANTES LEGALES Y REVISORES FISCALES DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Referencia: Negocios Fiduciarios inmobiliarios.

Apreciados señores:

La Superintendencia Bancaria de Colombia (SBC) ha observado que algunas sociedades fiduciarias no divulgan 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, dando lugar a que los adquirentes de unidades inmobiliarias incurran en equívocos sobre el alcance de la actividad que tales entidades despliegan en los respectivos proyectos y el grado de responsabilidad que adquieren de cara a su gestión.

No sobra recordar lo ocurrido en años pasados respecto de la información que se divulgaba en cuanto al alcance de las obligaciones de las sociedades fiduciarias en los fideicomisos inmobiliarios lo que condujo a que el público, equivocadamente, considerara que estas entidades respaldaban toda la operación que involucraban los proyectos de construcción.

Por lo expuesto, la SBC considera de la mayor importancia recordar a los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, la responsabilidad que les asiste a estas entidades vigiladas en los negocios fiduciarios inmobiliarios, por cuanto 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.

Adicionalmente, teniendo en cuenta las características y la complejidad que implica el desarrollo y ejecución de este tipo de proyectos, resulta de especial importancia que las sociedades fiduciarias, de una parte, realicen el análisis del riesgo que involucra cada proyecto y cuenten con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y, de otra, efectúen una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

En este orden de ideas, la SBC en procura de los objetivos señalados en los literales e) y h), numeral 1° del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) considera necesario precisar el alcance de las disposiciones generales y especiales que regulan la actividad de las sociedades fiduciarias en los negocios de carácter inmobiliario, con el fin de que se adopten las medidas del caso para que en todo momento los clientes y usuarios de estas entidades vigiladas conozcan el alcance de su participación en este tipo de operaciones:

1. Obligaciones al interior de las Fiduciarias

1.1 Control interno: medición, evaluación y limitación de riesgos

En desarrollo de su actividad, y de acuerdo con establecido en el numeral 7, Capítulo Noveno, Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996 (CBJ), las sociedades fiduciarias deben implementar sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos a que se ven expuestas. Tales sistemas les deben permitir identificar y medir los riesgos que asumen en el ejercicio de su gestión, lo que supone, en todos los casos analizar su responsabilidad y el riesgo implícito que conlleva participar en un negocio fiduciario.

Tratándose de negocios de fiducia inmobiliaria, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, debe aplicar sus procedimientos de control interno para 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 participe 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.

1.2. Conocimiento del cliente

En cumplimiento de lo establecido en el Capítulo Decimoprimer, Título Primero de la CBJ en concordancia con el artículo 102 EOSF, corresponde a las sociedades fiduciarias que participan en proyectos inmobiliarios, verificar y asegurarse de que el formulario de vinculación de los clientes a que hace referencia el Anexo 1 del citado capítulo, esté adecuadamente diligenciado. Esta facultad no puede delegarse en terceros tales como vendedores, promotores o constructores de los inmuebles.

Así mismo, deben realizar directamente las diligencias necesarias para confirmar y actualizar los datos suministrados en el formulario de vinculación de clientes y que por su naturaleza puedan variar, sin olvidar que el conocimiento del cliente supone la realización de una entrevista presencial al potencial cliente, previamente a su vinculación. De ello debe dejarse constancia documental en la que se indique el lugar, fecha y hora de la misma y sus resultados.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Carta Circular 54 de 2004 Página 2

También les corresponde contar con procedimientos claros que permitan el análisis de la información, su archivo ordenado y conservación adecuada, de modo que tal información sea de fácil acceso tanto para los funcionarios que tienen a su cargo el deber de prevenir y controlar que la referida entidad pueda ser usada para el lavado de activos, como para las autoridades que la soliciten.

Lo anterior como quiera que las sociedades fiduciarias deben tener en cuenta que en su calidad de entidades sometidas al control y vigilancia de la SBC y profesionales de la actividad, tienen el deber de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el lavado de activos.

2. Obligaciones de la fiduciaria para con el público

2.1. Deber de diligencia

De acuerdo con el artículo 98, numeral 4.1. EOSF, las entidades vigiladas por la SBC tienen a su cargo un especial deber de diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes de modo que éstos reciban una adecuada atención en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con las mismas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Tratándose de su participación en negocios fiduciarios inmobiliarios, dicho deber supone, entre otros, la obligación de asegurarse que los clientes no incurran en error en cuanto al alcance de la responsabilidad que tiene la sociedad fiduciaria en el desarrollo de tales proyectos, así como respecto de los riesgos implícitos en los mismos.

2.2. Deber de información

2.2.1. Deber general.

El artículo 97 EOSF establece el deber general de información que tienen todas las entidades vigiladas por la SBC, en desarrollo del cual las sociedades fiduciarias deben proporcionar oportunamente a sus clientes y usuarios la información que requieran y que les aporte todos los elementos de juicio necesarios para escoger la mejor alternativa que ofrezca el mercado, de acuerdo con sus propias necesidades.

Este precepto debe cumplirse también en aquellos contratos de preventa 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.

Resulta entonces de fundamental importancia que en los acuerdos se revelen adecuadamente las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria, el alcance de la responsabilidad de la misma en el proyecto inmobiliario y la destinación de sus recursos, de tal suerte que el futuro adquirente de la unidad en el proyecto inmobiliario objeto de la preventa, obtenga total claridad acerca de:

- Que en todo caso, las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado.
- El alcance de la participación de la fiduciaria en el negocio.
- 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 un fondo común ordinario, de un fondo especial o a través de cualquier otro mecanismo.

Dentro del anterior orden de ideas, la SBC encuentra conveniente entregar al cliente un escrito informativo en el cual se expliquen claramente, cuando menos, cada uno de los tópicos enunciados.

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 Quinto de la CBJ., 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 recomienda entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de adhesión de fiducia respectivo.

2.2.2. Publicidad

Al tenor de lo señalado en el artículo 325 numeral 1º literal c) EOSF, uno de los objetivos que tiene a su cargo la SBC es velar por la adecuada prestación del servicio financiero, es decir, procurar porque la operación de las entidades vigiladas se realice en condiciones suficientes de seguridad, transparencia y eficiencia

Para ello, el artículo 326, numeral 3º literal c) del EOSF, otorga a la SBC la facultad de velar porque las instituciones vigiladas suministren a los usuarios del servicio la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Carta Circular 54 de 2004 Página 3

En desarrollo de lo anterior el artículo 99 del EOSF, en concordancia con lo establecido en el Título Primero, Capítulo Sexto, Numeral 2. de la CBJ, indica las reglas en materia de mensajes publicitarios y les obliga a divulgar información adecuada y relevante al público.

Estas normas también regulan la publicidad y promoción de los negocios de la sociedad fiduciaria que se realicen a través de constructores o promotores de proyectos inmobiliarios, actividades en las cuales debe determinarse claramente la gestión a desarrollar por parte de la sociedad fiduciaria, absteniéndose en todo caso de incluir previsiones tales como "con el respaldo de la fiduciaria X" o similares, sin que se especifique en que consiste dicho apoyo o respaldo.

En cuanto hace a este tema, se recuerda que en desarrollo de lo establecido en el Capítulo Sexto del Título Primero de la CBJ, enunciado en precedencia, en los programas publicitarios adelantados por las sociedades fiduciarias se deben observar las siguientes reglas:

2.2.2.1. Aspectos generales: Las campañas publicitarias orientadas a promover productos o servicios fiduciarios deben precisar el tipo de contrato mediante el cual ha de instrumentarse el respectivo negocio -fiducia mercantil o encargo fiduciario-, evitando el empleo de expresiones que induzcan al público a la convicción de que la entidad alcanzará el éxito en la gestión encomendada.

En tal sentido, en los programas publicitarios debe señalarse de manera fácilmente visible que las obligaciones asumidas por las entidades fiduciarias con ocasión de la celebración de contratos de fiducia tienen la naturaleza de obligaciones de medio y no de resultado.

Por último se debe informar al público en letras y caracteres suficientemente visibles, la circunstancia de hallarse la sociedad fiduciaria vigilada por la SBC.

2.2.2.2. Aspectos especiales: El numeral 2.6 literal c. del Capítulo Sexto del Título I de la CBJ, 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 EOSF.

Bajo este entendido, las sociedades fiduciarias deben recordar que en la difusión de sus programas publicitarios les corresponde:

- Cuando sea a través de programas o campañas publicitarias, así como en la papelería que se utilice para tales efectos, se debe 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.

- 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.

3. Rendición de cuentas

Para los efectos previstos en los artículos 1234, numeral 8o. y 1236, numeral 4o., del Código de Comercio, y con el propósito de mantener informados a los fideicomitentes y beneficiarios de los negocios fiduciarios que se celebren en desarrollo de proyectos inmobiliarios, este Despacho ha considerado pertinente recordar el cumplimiento de las siguientes instrucciones:

- La rendición de cuentas es indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues se trata de una obligación radicada exclusivamente en cabeza de la entidad, teniendo en cuenta que el fideicomitente y los beneficiarios han depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión.

- La rendición de cuentas debe hacerse por lo menos cada seis (6) meses, salvo que las partes contratantes, de común acuerdo o a instancias del fideicomitente, convengan hacerlo en períodos de tiempo inferiores. Lo anterior sin perjuicio de la periodicidad y de las normas aplicables a las rendiciones de cuentas para los adherentes a los fondos comunes ordinarios o fondos comunes especiales cuando quiera que los recursos estén allí invertidos.

- Los aspectos contables y financieros de la rendición de cuentas deben guardar armonía con la información que presenta el fiduciario a la SBC respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del negocio fiduciario y los correctivos que se adoptarán para continuar el curso normal del negocio fiduciario.

Atentamente,

SEGISMUNDO MENDEZ MENDEZ

Superintendente Bancario (E)
6000 – 0200