



FIDUCIA INMOBILIARIA, RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES

Concepto 2017084525-001 del 24 de agosto de 2017

Síntesis: *De acuerdo con el subnumeral 5.2.3.7, Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia, la sociedad fiduciaria deberá verificar la obligación que tiene el constructor de presentar una certificación semestral en la que se indique que los recursos se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato. En cumplimiento del deber legal de debida diligencia, le corresponde a la sociedad fiduciaria verificar que los recursos que se entreguen al constructor en desarrollo del proyecto constructivo deben estar afectos al mismo, para lo cual deberá adelantar las acciones que estén a su alcance como gestor fiduciario.*

«(...) comunicación en la cual consulta sobre i) las responsabilidades y obligaciones de orden contractual que tiene una sociedad fiduciaria frente a los adquirentes de vivienda dentro de un proyecto inmobiliario que realizan los pagos en este tipo de sociedades; ii) las exigencias y/o requerimientos que debe realizar la sociedad fiduciaria a la empresa constructora para verificar que los dineros del encargo fiduciario sean destinados al proyecto de vivienda ofrecido a los usuarios; y iii) la normatividad y jurisprudencia aplicable a los casos planteados.

1. Competencia de la Superintendencia Financiera frente a temas de naturaleza contractual

1.1 “Las responsabilidades y obligaciones de orden contractual que tiene una sociedad fiduciaria frente a los adquirentes de vivienda dentro de un proyecto inmobiliario que realizan los pagos en este tipo de sociedades”

Sobre el particular, resulta oportuno precisar que si bien esta Superintendencia ejerce vigilancia, control e inspección de las Sociedades Fiduciarias, las funciones y facultades atribuidas en la ley, en sede administrativa, no contemplan dentro de su ámbito posibilidad alguna de fijar responsabilidades, en desarrollo de los contratos que celebran las entidades vigiladas con los consumidores financieros, pues cualquier controversia o diferencia que surja deberá ser dirimida ante la autoridades jurisdiccionales, a través de demanda presentada en debida forma ante las mismas.

De hecho, el Consejo de Estado al referirse a la competencia de esta Superintendencia en sede administrativa precisó que a éste órgano de control no le es dable intervenir o ejercer intromisión alguna en divergencias que giren en torno a discusiones de índole contractual. Al efecto, a continuación se transcribe, para mayor ilustración, algunos apartes de lo señalado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta del Consejo del Estado en sentencia del 27 de agosto de 1999:

“(...) El ámbito funcional u operativo de las Superintendencias que se contrae a la inspección, vigilancia y control de las entidades sujetas, se halla delimitado por los artículos 326 del decreto 663 de 1993 (o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) (Sust. Art. 2° num. 3 Decreto 2359 / 93) y 83 a 85 de la Ley 222 de 1995, y que por la vía de dichas atribuciones, no le es permitida la intromisión en el ámbito contractual, esto es, en los pactos o convenios privados entre personas o entidades vigiladas o no vigiladas regidos por el derecho común y respecto de los cuales prevalece el principio de la autonomía de la voluntad (...)”

Ahora bien, en relación con la celebración de negocios fiduciarios de contenido inmobiliario, los mismos pueden presentar diversas modalidades dentro de las cuales podemos mencionar las siguientes: i) de administración y pagos; ii) de tesorería, iii) de preventas y iv) aquellos en donde se comercializan participaciones fiduciarias; al respecto es pertinente mencionar que cada uno de los citados contratos tiene características particulares que deber ser reflejadas en el respectivo acto constitutivo. De manera que para efectos de establecer eventuales responsabilidades derivada en la ejecución del negocio fiduciario, el consumidor financiero deberá en primera instancia y antes de entablar las acciones judiciales correspondientes, examinar las cláusulas relativas a las obligaciones que obran en el contrato, en armonía con lo previsto en el artículo 1126 y siguientes del Código de Comercial y el Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica emitida por esta Superintendencia, la cual puede consultar a través de nuestra página www.superfinanciera.gov.co en el enlace de **NORMATIVA/Normativa General**.

1.2 “Las exigencias y/o requerimientos que debe realizar la sociedad fiduciaria a la empresa constructora para verificar que los dineros del encargo fiduciario sean destinados al proyecto de vivienda ofrecido a los usuarios”

Fiducia inmobiliaria de preventas

En tratándose de un negocio de fiducia inmobiliaria de preventas, conviene señalar que la función principal de la sociedad fiduciaria es la de efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de personas interesadas en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente hacen parte del precio prometido por la compra; así mismo debe administrar e invertir los dineros de acuerdo con las estipulaciones contractuales pertinentes mientras se cumplen las condiciones técnicas y financieras establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario, esto es el punto de equilibrio.

Así mismo, en esta modalidad de fiducia inmobiliaria, en el contrato debe quedar claramente establecido, entre otros temas, si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos y si participará en la definición del punto de equilibrio.

Una vez se cumpla con las condiciones establecidas en el contrato, la sociedad fiduciaria deberá hacer entrega de los recursos al constructor, o al negocio fiduciario dispuesto para desarrollar el proyecto constructivo, momento en el cual finaliza el objeto del contrato fiducia de preventas, de modo que desde

este contexto no es posible establecer deber alguno encaminado a verificar la destinación de los recursos en cabeza de la sociedad fiduciaria.

Fiducia inmobiliaria de administración y pagos

En este tipo de negocio se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario y efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones consagradas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. Así mismo, en desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto.

En cuanto a la pregunta formulada, de acuerdo con el subnumeral 5.2.3.7, Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia, la sociedad fiduciaria deberá verificar la obligación que tiene el constructor de presentar una certificación semestral en la que se indique que los recursos se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato. En cumplimiento del deber legal de debida diligencia, le corresponde a la sociedad fiduciaria verificar que los recursos que se entreguen al constructor en desarrollo del proyecto constructivo deben estar afectos al mismo, para lo cual deberá adelantar las acciones que estén a su alcance como gestor fiduciario.

No sobra señalar que el contrato de fiducia inmobiliaria deberá establecer las destinación que se le dará a los recursos una vez se cumplan las condiciones necesarias para el desembolso de los mismo, subnumeral 5.2.2.2. Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica.

1.3 La normatividad y jurisprudencia aplicable a los casos planteados

- 1) Los contratos suscritos por las partes
- 2) Artículo 1126 y siguientes del Código de Comercial
- 3) Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica emitida por esta Superintendencia
- 4) Esta Superintendencia le sugiere consultar las relatorías de los entes judiciales a efectos de obtener jurisprudencia relacionada sobre el tema.

(...).»

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.