

Bogotá D.C., 11 de octubre de 2024

Honorables Representantes

Coordinador

BAYARDO GILBERTO BETANCOURT PÉREZ

Ponentes

ELKIN RODOLFO OSPINA OSPINA

KAREN ASTRITH MANRIQUE OLARTE

SARAY ELENA ROBAYO BECHARA

JORGE HERNÁN BASTIDAS ROSERO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Ciudad

Asunto: Comentarios sobre la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 084/2024 Cámara "Por medio del cual se regula la fiducia inmobiliaria y se establecen mecanismos de protección para los compradores de inmuebles sobre planos o en preventa".

Honorables Representantes,

La Asociación de Fiduciarias ha tenido la oportunidad de revisar detenidamente el proyecto de Ley del asunto y, con el ánimo de participar en la discusión, a continuación, se presentan **argumentos de inconveniencia respecto de este proyecto de Ley.**

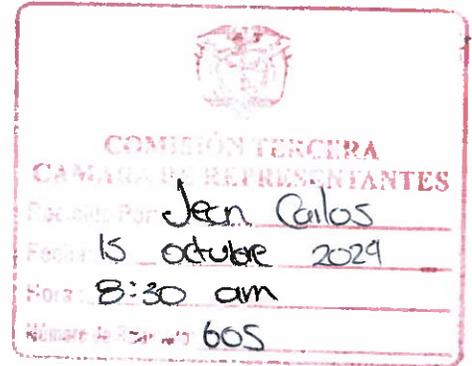
Desde la exposición de motivos se plantea que, con frecuencia y principalmente en las ciudades pequeñas, los proyectos no se concluyen debido al incumplimiento por parte de algunos constructores o debido a circunstancias imprevistas que afectan su viabilidad. Por esta razón, según se indica en el documento, la fiducia inmobiliaria es fundamental para, entre otras cosas, "asegurar la correcta ejecución del proyecto" y "garantizar la entrega de los inmuebles", afirmaciones que desconocen la realidad jurídica de la fiducia inmobiliaria, la cual, precisamente por basarse principalmente en el cumplimiento de obligaciones de medio y no de resultado, no puede asegurar o garantizar lo mencionado.

En esta línea, a lo largo del articulado del proyecto se considera a las sociedades fiduciarias como un centro de imputación de responsabilidad ilimitada por el solo hecho de ser un actor profesional vigilado, se incluyen definiciones, conceptos, reglas y disposiciones extraídas principalmente de la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia y de la doctrina, para construir el que sería el desarrollo legal de la fiducia inmobiliaria. Sin embargo, por las razones que se explican a lo largo de esta comunicación, consideramos que este proyecto no logra el objetivo

Calle 72 No. 10 – 51 Oficina 1003. Bogotá, Colombia

(601) 7940572

www.asofiduciarias.org.co



que se plantea en la exposición de motivos de proteger a los consumidores que buscan adquirir inmuebles y, por el contrario, genera efectos adversos en la estructuración de los negocios fiduciarios.

1. El proyecto desconoce los actores y responsabilidades de los diferentes agentes que participan en los proyectos inmobiliarios con esquemas fiduciarios

El negocio de fiducia inmobiliaria se consolida a través de contratos de confianza, de naturaleza financiera, en los que se encarga a una sociedad fiduciaria para la administración de recursos o bienes, y/o realice las gestiones encomendadas por un fideicomitente quien tiene la intención de construir un proyecto inmobiliario. Al ser una figura propia del derecho privado, en la cual, el principio de la autonomía de la voluntad rige las relaciones entre los particulares, las partes (fideicomitente y fiduciaria) establecen en el contrato los derechos y obligaciones que responden a sus intereses y necesidades, siempre que no contravengan el marco jurídico aplicable, definen la estructura de costos, y en el caso de la sociedad fiduciaria, celebra los contratos de conformidad con su apetito de riesgo.

Lo anterior, no implica que las fiduciarias y el negocio fiduciario existan como una estructura que únicamente existe para garantizar resultados. El contrato de fiducia no puede desnaturalizarse al punto de extender niveles de responsabilidad por hechos de terceros que también son comerciantes profesionales y que han sido licenciados por el estado para la actividad de construcción, pues, el hecho de constituir un fideicomiso no implica que la fiduciaria se convierta en garante del desarrollo técnico del proyecto inmobiliario.

Ahora bien, en los términos del Código de Comercio, en todos los contratos fiduciarios participa una sociedad fiduciaria, un fideicomitente y un beneficiario, pudiendo ser el fideicomitente y el beneficiario la misma persona. La virtud de los contratos fiduciarios es que sirven de vehículo para articular a las partes interesadas, según los diferentes roles que tengan dentro de cada negocio. Es fundamental aclarar que la función de las sociedades fiduciarias, al tener estas un objeto social limitado, exclusivo y excluyente, en términos de la normativa colombiana, no puede equipararse o confundirse con las obligaciones inherentes a los constructores en los proyectos inmobiliarios.

De hecho, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero restringe el ámbito de actuación de las fiduciarias, limitando su participación a la administración de fondos, y en ningún caso, a la construcción o supervisión de las obras y, la Circular Básica Jurídica (CBJ) de la SFC es clara al establecer que la fiduciaria debe asegurarse de que el constructor o promotor del proyecto cumpla con estándares mínimos de solvencia técnica, administrativa y financiera. No obstante, dicha responsabilidad es de verificación, no de ejecución.

Por lo anterior, es importante tener en cuenta que, cuando un constructor decide que su proyecto tendrá un esquema fiduciario para la administración de los recursos, los roles y responsabilidades de los actores que intervienen están claramente definidos y delimitados en la Ley y en el contrato, según la profesionalidad y experiencia de cada uno respecto de determinadas materias.

La fiduciaria como profesional de servicios financieros, es responsable de la administración y defensa de los bienes entregados por el fideicomitente para cumplir la finalidad definida por este, no de garantizar la construcción. Puntualmente, en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, la fiduciaria administra los recursos y bienes destinados al proyecto, incluyendo el dinero de los interesados en adquirir las unidades inmobiliarias.

El término durante el cual la fiduciaria administra los recursos dependerá de los términos contractuales acordados entre el fideicomitente y la fiduciaria. En algunos proyectos el servicio solo se contrata mientras se cumpla el punto de equilibrio definido por el fideicomitente, mientras que, en otros, la fiduciaria presta el servicio financiero durante toda la etapa de construcción del proyecto. En el primer caso se trata de una fiducia de preventas y, en el segundo, de una fiducia inmobiliaria completa. No existe una norma que imponga al constructor la obligación de escoger uno de ellos bajo determinadas circunstancias en aras de proteger a los posteriores consumidores.

En consecuencia, las sociedades fiduciarias tienen el deber legal de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia¹, siempre en el marco de las actividades financieras propias de su licencia.

Es relevante mencionar que, para la prestación del servicio financiero, las sociedades fiduciarias deben cumplir con las normas del Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Parte 2 - Título II de Circular Básica Jurídica – en adelante la CBJ- y la Circular 30 de 2017 que corresponde a la Circular Básica Contable. Adicionalmente, tienen la responsabilidad de cumplir con las normas de protección al consumidor financiero en los términos de la Ley 1328 de 2009 y la Circular Externa 018 de 2016 (antes 039 de 2011) de la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otras.

Por su parte, si así lo define el fideicomitente, puede haber un desarrollador inmobiliario, cuyo rol es ser el responsable técnico, administrativo y financiero de la obra, y sus obligaciones van mucho más allá de ser un constructor. Este rol es esencial en el negocio al ser la persona que lidera el proyecto en su totalidad frente a compradores, entidades prestamistas, proveedores, autoridades, etc. De igual modo, dirige y controla todas las gestiones legales tendientes a cumplir con las disposiciones que llegaren a afectar el proyecto, cumpliendo con lo establecido en el Decreto 2090 de 1989.

En estos esquemas es de vital importancia la participación del constructor (que puede coincidir con el mismo desarrollador) como responsable de adelantar la construcción material de la obra y, al ser experto en asuntos técnicos, debe cumplir las responsabilidades definidas en el Código Civil para adelantar las labores de construcción.

En línea con lo anterior, este actor debe dar cumplimiento a las normas sobre las licencias de construcción, debe atender el Decreto 1077 de 2015 que compila el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, para la enajenación de los inmuebles destinados a vivienda

¹ Código de Comercio. Artículo 1234. OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; (...)"

debe atender lo contenido en la Ley 66 de 1968, modificada por el Decreto 2610 de 1979 y el Decreto 78 de 1987, y, para garantizar la estabilidad de la obra y proteger al comprador de vivienda debe cumplir con la Ley 1796 de 2016 y el Decreto 282 de 2019. Ahora bien, respecto de la protección al adquirente de los inmuebles, en el marco de la protección al consumidor de bienes y servicios, debe respetar los términos de la Ley 1480 de 2011, conocida como estatuto del consumidor y, en consecuencia, responder por la calidad e idoneidad de los inmuebles construidos, otorgando la garantía legal a los clientes.

Como consecuencia de lo anterior, dependiendo de las necesidades del fideicomitente, pues los negocios fiduciarios tienen la virtud de celebrarse a la medida de las necesidades de las partes, se pueden incluir varios actores con funciones específicas quienes, desde su experiencia, profesionalidad y licencias habilitantes, contribuyen a que el proyecto de construcción efectivamente se efectúe.

En estos términos, teniendo presente que la actuación del promotor inmobiliario se circunscribe a la responsabilidad técnica, administrativa y financiera de la obra, mientras que la actuación del constructor se dirige a la producción de los bienes y a otorgar garantía de calidad, idoneidad y buen funcionamiento de los mismos y, la actuación de la fiduciaria se dirige a la administración de los recursos con los cuales se espera construir el inmueble, se evidencia una dificultad técnica en el proyecto de ley que se comenta. No es viable afirmar, en los términos de la exposición de motivos, que la participación de la fiduciaria se justifica para: i) asegurar la correcta ejecución del proyecto de vivienda sobre planos, y ii) garantizar la entrega de los inmuebles en las condiciones acordadas, pues esto es propio de la actividad técnica, administrativa y financiera de la obra y no corresponden con la actividades autorizadas por la ley para que sean ejercidas por una sociedad fiduciaria.

Pretender que las sociedades fiduciarias respondan o aseguren el resultado, es obligarlas a controlar y supervisar el comportamiento de otros profesionales en temas para los cuales ella no ha sido licenciada, ni las normas financieras que fundamentan su existencia o desarrollo de su objeto social le exigen. Palabras más o menos, sería como imponer a los bancos el deber de “asegurar” o “garantizar” el mismo resultado por ser ellos los financiadores de los proyectos con recursos del público.

En esta misma línea, tampoco es preciso que el artículo 17 del proyecto de ley establezca que se consideran abusivas las cláusulas que: a) limiten o excluyan responsabilidad fiduciaria si los inmuebles no cumplen con la calidad esperada y b) impiden interponer acciones contra la fiduciaria si el proyecto no se culmina por falta de financiamiento, en tanto que dichas gestiones son propias del responsable de la construcción y estructurador del proyecto inmobiliario y no de la sociedad fiduciaria.

De esta forma, las disposiciones del proyecto de Ley que pretenden que la sociedad fiduciaria “garantice” gestiones propias de la actividad de construcción, o en las que se pueda llegar a sugerir una “responsabilidad solidaria” entre las gestiones de construcción y las funciones propiamente financieras, en las que se extralimiten las responsabilidades de las sociedades fiduciarias como prestadoras de servicios financieros desconoce el funcionamiento del negocio.

Es importante tener en cuenta que los intentos por extender la responsabilidad fiduciaria, más allá de sus funciones financieras, desnaturaliza un mecanismo con el que cuenta hoy el tracto económico para sacar adelante complejos proyectos que, en ausencia de las sociedades fiduciarias, no se podrían llevar a cabo, por la misma confianza y seguridad que genera su presencia y actuar.

2. El proyecto de Ley generaría impactos negativos para las fiduciarias y para los compradores de vivienda sobre planos

Revisada la ponencia para primer debate, el sector fiduciario encuentra que el proyecto de ley, tal y como está concebido, es inconveniente para la industria fiduciaria, para los constructores y para los adquirentes de viviendas sobre planos. En estos términos, contrario a lograr el objetivo de proteger a los compradores de viviendas sobre planos, se observan las siguientes consecuencias negativas generadas por el articulado de la ponencia.

- a) El objeto del proyecto tiene como propósito regular la fiducia inmobiliaria e *“imponer su obligatoriedad en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, el sistema de preventa o venta de inmuebles sobre planos”*. Al respecto debe mencionarse que, si a través de este proyecto de Ley se decide que el servicio fiduciario para venta de inmuebles sobre planos sea obligatorio, se requerirán de acciones específicas y concretas por parte del Estado encaminadas a garantizar que quienes necesiten el servicio puedan acceder a él. Es decir, de un lado, el Estado tendría que garantizar que se ofrezca el vehículo fiduciario y su cobertura, establecer un régimen tarifario y definir estándares de prestación del servicio uniformes, evaluar la necesidad de establecer subsidios, pues el costo de construir inmuebles puede aumentar al establecer de manera obligatoria la participación de la sociedad fiduciaria, entre otras. Del otro lado, para los consumidores (compradores de vivienda) podría ir en contra del propósito de lograr que una mayor parte de la población, especialmente la un nivel medio y medio bajo de ingresos, acceda a una vivienda propia. Esto, sumado a que, eventualmente, se podría encarecer la adquisición de inmuebles por la utilización obligatoria de este servicio.

No debe perderse de vista que, dadas las bondades del negocio de fiducia inmobiliaria, las partes, en uso del derecho de autonomía de la voluntad, acuden voluntariamente al negocio fiduciario y acuerdan los términos, condiciones y precios del servicio. Según las cifras de CAMACOL, el 64.5% de los proyectos activos utiliza un vehículo fiduciario². En esta medida, al ser un contrato flexible, es posible pactar ampliamente las necesidades que se esperan satisfacer con el acuerdo y, así mismo, incluir tantas partes y requisitos como sean necesarios. Si este negocio se vuelve obligatorio y, en consecuencia, sobre regulado por el Estado, se perdería uno de los mayores atractivos del negocio que es la flexibilidad, sin lograr la protección pretendida en el proyecto de Ley, como se argumentará más adelante.

- b) El articulado establece la obligatoriedad de la fiducia inmobiliaria como requisito para el otorgamiento de la licencia de construcción. Sin embargo, desde una perspectiva técnica, esto puede afectar las condiciones actuales de estudio de los proyectos inmobiliarios ya que, los estudios generalmente se llevan a cabo en etapas tempranas en donde usualmente no se cuenta con las fiducias constituidas, por lo tanto, no contar con la Licencia de

² Fuente: Coordinada Urbana, Camacol.

Construcción para el momento de estudio, implica una incertidumbre en cuanto a conocer si el proyecto estudiado cuenta con viabilidad técnica para su desarrollo.

Desde el lado de las curadurías, contar con un contrato fiduciario no es relevante. Estas no supervisan a las sociedades fiduciarias, ni este es un documento que aporte valor para la expedición de un acto administrativo de carácter técnico, como es la licencia. Por lo tanto, se terminará generando confusión sobre el alcance de la competencia técnica de las curadurías y la validación pretendida, dilatando su expedición y generando costos injustificados al desarrollo de nuevos proyectos inmobiliarios, los cuales no siempre requieren de la fiducia inmobiliaria para su organización y ejecución.

- c) Para el artículo que define la fiducia inmobiliaria de preventas, el borrador del proyecto establece que el punto de equilibrio es el 70% de las ventas proyectadas. Sin embargo, **nada más inconveniente que fijar un número arbitrario sin considerar las características financieras del proyecto**, la eventual financiación con que cuente el constructor, el tipo de viviendas que se pretenda construir y hacer un análisis de riesgos con todas las variables financieras, técnicas y jurídicas. Tener un porcentaje definido en la ley, **pone en riesgo toda la estabilidad financiera del proyecto puesto que no se pueden estandarizar las capacidades financieras y operativas de todos los constructores, generando posibles afectaciones a los compradores de vivienda por tener un proyecto financieramente mal estructurado y que no cubra los costos derivados del desarrollo de la obra**, con la consecuente afectación del proyecto. En otras palabras, exigir para todos los casos un 70% como punto de equilibrio podría generar la consecuencia indeseada, en algunos casos, de presionar financieramente los proyectos y, por tanto, sus posibilidades de avanzar en la obra. En consecuencia, se podrían alargar los tiempos de entrega, en detrimento de los intereses de constructores y compradores.
- d) En relación con el artículo, según el cual, *“Cuando los acuerdos en los que se fundamenten las preventas tengan las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tales y deben ser sometidos previamente a autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia” (subrayado fuera de texto), se resalta que **no es claro a qué contratos se hace referencia.***

Si se está hablando de los **contratos de promesas de compraventa**, se reitera que estos contratos son suscritos por la constructora o el promotor con el interesado en la vivienda y no por la sociedad fiduciaria. Ahora bien, teniendo en cuenta que ni el constructor ni el promotor son sujetos de vigilancia por la Superintendencia Financiera de Colombia, **la Superintendencia Financiera no es competente para calificar estos documentos** y el artículo no debería pedir que se sometan a su aprobación.

Si se está hablando del **contrato de encargo fiduciario** para administrar los recursos de la etapa de preventas, estos modelos ya son sometidos a la aprobación de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero aparecen mencionados en un artículo posterior del proyecto de Ley denominado “Del contrato de adhesión a la fiducia inmobiliaria”, por lo cual, pareciera que erróneamente se está regulando como acuerdos en los que se fundamentan

preventas a los contratos de promesa de compraventa. En este sentido, el proyecto regula situaciones jurídicamente inviables en los términos de las normas vigentes.

Por estas razones, el proyecto de ley, leído en conjunto, contiene normas que hacen que, tal y como está concebido, genere un efecto contrario a proteger a los adquirentes de inmuebles sobre planos y ponga en riesgo la estructuración de proyectos en los que participen sociedades fiduciarias.

3. Riesgo de interpretar los demás negocios fiduciarios bajo los parámetros de esta ley, considerando que la licencia fiduciaria es mucho más amplia que la fiducia inmobiliaria

Como se mencionó, una de las grandes virtudes de los negocios fiduciarios es que estos gozan de una amplia flexibilidad, que permite definir y acordar los términos de los contratos a las necesidades de las partes involucradas. Por ello, al elevar a rango legal el desarrollo normativo de un negocio vigilado, pero bastante flexible, restringe la capacidad de gestión normativa hacia futuro en caso de que se deban hacer ajustes o modificaciones al marco regulatorio. Hay que tener en cuenta que, actualmente, las autoridades competentes, Ministerio de Hacienda y Unidad de Regulación Financiera, están construyendo un decreto en desarrollo de los deberes y obligaciones de los negocios fiduciarios, garantizando el cumplimiento de sus deberes frente al consumidor financiero³. Esto es nocivo en negocios que están en permanente innovación y evolución.

Téngase en cuenta que, en ejercicio de las facultades legislativa, se expidió el Código de Comercio donde se tipifica la fiducia mercantil como un *“negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*⁴. Por su parte, la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, utilizando este marco normativo, ha definido diferentes tipologías de fiducia mercantil, dentro de las cuales, se encuentra la fiducia inmobiliaria. Por ello, le corresponde al ejecutivo, en el marco de las competencias definidas en la ley, desarrollar la normatividad que logre precisamente el objetivo de la exposición de motivos., sin que sea evidente la necesidad de adicionar definiciones sobre los negocios fiduciarios en dos cuerpos normativos diferentes, generando inseguridad jurídica en la normativa del negocio fiduciario.

³ https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-258943%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased.

⁴ Código de Comercio. Art 1226. ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>. *La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Sumado a lo anterior, el sector fiduciario considera que **regular únicamente la tipología de fiducia inmobiliaria, genera que, vía analogía e interpretación de las reglas, principios y conceptos establecidos para una tipología tan específica como la fiducia inmobiliaria, se extiendan a otras tipologías donde participan consumidores profesionales en diferentes ramas y con diferentes capacidades de negociación.**

Si bien el enfoque del proyecto de ley está dado para la utilización del esquema de fiducia inmobiliaria en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, es muy importante reconocer que la licencia fiduciaria es tan amplia que, entre los múltiples negocios se pueden celebrar contratos de fiducia de administración, fiducia inmobiliaria, fiducia de garantía, fiducia de inversión y fiducia de administración de pasivos pensionales de entidades públicas y privadas.

Estos contratos tienen como característica similar que, como contratos propios del derecho privado, se caracterizan por privilegiar la autonomía de la voluntad en el establecimiento de las relaciones contractuales, permitiendo que las figuras sean utilizadas por fideicomitentes o constituyentes en negocios de la más diversa índole. Estos actores como expertos en sus funciones económicas tienen la responsabilidad de responder por los asuntos propios de su actividad y buscan la participación de las fiduciarias, como profesionales de los servicios financieros, para que realicen las gestiones que se les encomienden, entre ellas, para que administren recursos públicos o privados.

Por las razones expuestas, se reitera la inconveniencia de regular solo la tipología de fiducia inmobiliaria, puesto que se puede generar analogía e interpretación de esta regulación sobre otros negocios que impactan significativamente toda la economía colombiana. Así mismo, invitamos a reconocer el valor del instrumento fiduciario, sin convertirlo en un vehículo inflexible que no dé valor a las diferentes actividades económicas, es fundamental para contribuir a la reactivación económica y el desarrollo sostenible del país,

En los anteriores términos, el sector fiduciario presenta comentarios al proyecto de ley del asunto y resalta que, tramitar este proyecto de ley en los términos propuestos es inconveniente para todos los agentes y los interesados en adquirir viviendas sobres planos.

Cordialmente



GERMÁN ARCE ZAPATA
Presidente