

LA FIDUCIA INMOBILIARIA

Por: Diego Alexander Berbessi Fernández*

Resumen. La fiducia inmobiliaria es una de las modalidades de negocio fiduciario dependiendo de su finalidad, con el cual comparte la estructura general de todo negocio fiduciario. Cuenta con un particular régimen jurídico aplicable dada su importancia en las relaciones comerciales y de consumo inmobiliaria, así pues, se muestra como un contrato que puede ser celebrado con diferentes finalidades, dependiendo de la tipología que se trate y así mismo, variarán las obligaciones de las partes.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y tipologías de fiducia inmobiliaria. III. Ubicación del contrato de fiducia inmobiliaria y su funcionalidad. IV. Régimen jurídico aplicable al contrato de Fiducia inmobiliaria. V. Las partes dentro del contrato de fiducia inmobiliaria y sus obligaciones. VI. El patrimonio autónomo en el contrato de fiducia inmobiliaria: Anotación referente a la responsabilidad de la sociedad fiduciaria. VII. De las cláusulas abusivas en los contratos de Fiducia Inmobiliaria VIII. Conclusión. IX. Referencias

Palabras clave. Fiducia inmobiliaria, régimen jurídico aplicable, partes, obligaciones, patrimonio autónomo, mercado inmobiliario.

I. Introducción

El contrato de fiducia inmobiliaria se erige como una modalidad de negocio fiduciario innovador y generador de confianza que ha adquirido especial relevancia en nuestros tiempos dado al acelerado ritmo en el que crece el mercado inmobiliario colombiano. Se muestra entonces relevante el estudio y análisis general de su

* Estudiante de 5to año de derecho de la Universidad Externado de Colombia.

concepto, sus tipologías, el régimen jurídico aplicable, para así hacer un necesario estudio de sus características, partes y sus respectivas obligaciones de acuerdo con la tipología en comento; además de tocar algunos puntos que causan controversia acerca de este contrato, como lo son la posición dentro del contrato de comprador adherente, la naturaleza del patrimonio autónomo formado y las cláusulas abusivas que se pueden dar. Todo lo anterior, con el objetivo de dar mayor entendimiento a ese tipo de contrato que goza de mayúscula importancia, pues es una tipología contractual que la encontramos en nuestro diario vivir.

II. Concepto y tipologías de fiducia inmobiliaria.

En el ordenamiento jurídico colombiano, las primeras fiducias inmobiliarias aparecieron a finales del siglo XIX; no obstante, su auge y desarrollo no fue significativo en ese momento. Su regulación comenzó en la codificación mercantil y posteriormente se reguló en materia de derecho financiero, principalmente por la actividad de las fiduciarias como administradoras de recursos¹.

El contrato de fiducia inmobiliaria no se encuentra definido dentro del Código de Comercio, sin embargo, en una Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera², se define el contrato de fiducia inmobiliaria en los siguientes términos: “Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato”.

En este mismo sentido, Salazar Camacho³ dispone que la fiducia inmobiliaria “es aquel negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a una entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario de

¹ FERNÁNDEZ MEZA, SANTIAGO. *Protección al Consumidor inmobiliario. Adquirientes e inversionistas: El caso de la fiducia inmobiliaria*. Pontificia Universidad Javeriana, 2021, p. 55.

² Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia 029 de 2014, numeral 8.2 Capítulo 1, Título II, Parte II.

³ SALAZAR CAMACHO, Pilar en publicación de la Asociación Fiduciaria de Colombia, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 1994. *Nociones fundamentales de fiducia*, Bogotá D.C. Edit. ABC Ltda. P. 91

acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo, y transfiera las unidades construidas a quienes sean beneficiarios del respectivo contrato”

En palabras de Jose Bonivento⁴, en la fiducia inmobiliaria se transfiere un inmueble a la compañía fiduciaria para que esta adelante o administre un proyecto constitutivo sobre el bien en beneficio del fiduciante o de terceros, ésta bien puede abarcar la totalidad del proyecto o sólo el manejo de los recursos económicos del mismo.

A su vez, la misma Circular Básica Jurídica ya citada establece y define tres modalidades de contrato de fiducia inmobiliaria, a saber:

- i. Fiducia inmobiliaria de administración y pagos: En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.
- ii. Fiducia inmobiliaria de tesorería: Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.
- iii. Fiducia inmobiliaria de preventas: Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario. Esta modalidad de negocio fiduciario se erige como una modalidad no traslaticia del derecho de dominio (encargo fiduciario).

III. La fiducia inmobiliaria como negocio fiduciario y su finalidad.

⁴ BONIVENTO, JOSE. *Los principales contratos civiles y comerciales*, 8ª ed., Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del profesional Ltda, 2009, p. 285 - 380.

Para efectos de ubicar la tipología contractual *sub examine*, hay que indicar que la Fiducia inmobiliaria es una modalidad de fiducia mercantil según la finalidad que persigue el constituyente, a esta clasificación se suman la fiducia de administración, la fiducia de garantía y la fiducia de inversión⁵.

Aunque la fiducia inmobiliaria antes era incluida dentro de los contratos de fiducia de administración por compartir rasgos con esta, hoy en día se tiene como un contrato diferente y autónomo, pues a diferencia de la primera, el contrato de fiducia inmobiliaria solo se ejecuta sobre bienes inmuebles y comporta actividades adicionales a la mera administración⁶.

Hablar de negocios fiduciarios es hablar de negocios que se sustentan en la confianza, y la fiducia inmobiliaria no es la excepción. La confianza, elemento fundamental para comprender ese tipo de negocios, está sustentada en dos pilares⁷, es decir, no se puede analizar esta categoría contractual dejando de lado la diligencia y la buena fe:

1. La diligencia en estos negocios no es un querer hacer, sino que es un hacer, conducta o comportamiento. La diligencia cumple con dos papeles fundamentalmente: Por una parte, la diligencia forma parte de la prestación y por otra, promueve el cumplimiento.
2. La buena fe, la cual debe ser entendida como una regla de comportamiento o de conducta que es exigible en las relaciones negociales, es decir, como una buena fe objetiva.

Así las cosas, el contrato de fiducia inmobiliaria, fiel su carácter de negocio fiduciario, cuenta como característica neurálgica el elemento de la confianza, sin la cual sería imposible entender la funcionalidad de esa tipología contractual. Entonces, el contrato de fiducia inmobiliaria no tiene una función distinta a la de:

⁵ La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la Parte II, Título II, Capítulo I, Numeral 8, clasifica los negocios fiduciarios por tipos: fiducia de inversión, fiducia inmobiliaria, fiducia de administración, fiducia de garantía y fiducia con recursos del sistema de seguridad social y otros relacionados.

⁶ MATEUS BOHORQUEZ, LEZLY. *El contrato fiduciario inmobiliario: Un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa*. Optando al título de abogada. Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 20.

⁷ Apuntes de clase de Contratos. Luis Gonzalo Baena. 2022.

“[O]torgar confianza a los promotores/constructores y a los terceros interesados en la adquisición de las unidades inmuebles resultantes de la construcción, en la formalidad y en la reputación negocial de las sociedades fiduciarias, de quienes se espera de modo razonable que se responsabilicen de la normal y adecuada ejecución de la gestión que se les ha encomendado, independientemente de si la ejecutan a través de sus dependientes”⁸.

Entonces, el contrato de fiducia inmobiliaria brinda una estructura formal para distribuir y hacer exigibles a las diferentes partes que participan dentro del contrato sus obligaciones y así hacer que constructores, promotores y compradores de vivienda acudan a este contrato como un instrumento jurídico que brinda seguridad y confianza, determinadas por una parte en la reputación comercial de la sociedad fiduciaria como profesional del mercado financiero y, por otra parte, en el hecho de tratarse de una entidad vigilada por el Estado, por medio de la Superintendencia Financiera como más adelante recordaremos. Lo anterior, permite, tal como lo apunta la doctrina:

“Que tanto constructores/promotores y compradores confíen en que la sociedad fiduciaria administrará diligente y profesionalmente los recursos aportados, de tal suerte que el constructor sienta confianza en que contará con los recursos para la construcción del proyecto. Los compradores por su parte, sentirán la seguridad de que los recursos solo se destinarán para el desarrollo del proyecto y que la sociedad fiduciaria, como profesional especializado, evaluó que estaban dadas las condiciones técnicas, jurídicas y financieras para que el proyecto inmobiliario se desarrolle exitosamente, lo que les permitirá a su culminación adquirir la propiedad de la unidad inmobiliaria prometida por el constructor o promotor”⁹.

IV. Régimen jurídico aplicable

⁸ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 206.

⁹ BOTERO DERAZO. RICARDO. *Tutela jurídica de los compradores de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia inmobiliaria frente al incumplimiento contractual del fiduciario*. Optando al título de Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea. Bogotá, C Universidad Externado de Colombia. 2021. Pp. 13.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato de fiducia inmobiliaria, tenemos que este es el propio del contrato de fiducia mercantil dispuesto en los artículos 1226 del Código de Comercio y subsiguientes o el consagrado para los encargos fiduciarios, es decir, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; lo anterior, dependiendo si la respectiva operación se estructure a partir de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios.

Sin embargo, tal como expone la doctrina¹⁰, como resultado de la complejidad de las relaciones jurídicas y comerciales propias de nuestros tiempos, actualmente se puede afirmar que el régimen jurídico aplicable al contrato de fiducia inmobiliaria no se limita a la normatividad antes mencionada, sino que en este tipo de relaciones jurídicas también son aplicables, en aras de propender por la protección de los intereses de los compradores de vivienda, los regímenes de protección al consumidor y de protección al consumidor financiero, previstos en la Ley 1480 de 2011 en especial en materia de publicidad, de garantía, de información, de calidad, idoneidad y seguridad y en la Ley 1328 de 2009 (Título primero), respectivamente.

V. Las partes del contrato de fiducia inmobiliaria y sus obligaciones

En este punto es pertinente referirse a quienes ostentan la calidad de parte en el contrato de fiducia inmobiliaria, que al tratarse de una modalidad de negocio fiduciario y al seguir la misma regulación del mismo, habrá que hacer referencia en primer lugar a quienes son partes en el contrato de fiducia.

Sobre el particular, es de resaltar que la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, reconoce como partes en dicho contrato a: (i) el fideicomitente, quien es la persona que transfiere uno o más bienes al fiduciario para que los administre y maneje para cumplir ciertas finalidades en beneficio de un tercero o de él mismo¹¹ y (ii) el fiduciario, que es la persona jurídica a quien el fideicomitente en virtud de un negocio fiduciario o contrato de fiducia mercantil, transfiere uno o más de sus bienes

¹⁰ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. cit. p 26.

¹¹ JIMÉNEZ SANCHEZ, MARCO ANTONIO. *Estudios sobre el fideicomiso*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2007, p. 45.

especificados con el propósito de llevar a cabo la finalidad para la cual fueron afectados¹². Este último, según el artículo 1226 del Código de Comercio sólo pueden ser “los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Financiera”.

A pesar de lo anterior, se debe dejar planteado que existe una discusión en torno a la figura del beneficiario, debido a que un sector mayoritario tanto en la doctrina y jurisprudencia¹³, no lo consideran parte del contrato de fiducia sino como un tercero frente al mismo porque, este sector argumenta en respaldo de su postura que el beneficiario no es parte porque no emitió la declaración de voluntad al momento de celebrar el contrato.

Ya delimitado quienes son partes dentro del contrato de fiducia, hay que trasladar las anteriores categorías al contrato de fiducia inmobiliaria para trazar entonces sus respectivas obligaciones dentro del contrato, para lo cual habrá que distinguir entre las tres modalidades de este contrato ya enunciadas: El contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, de tesorería y de preventa.

- El Fideicomitente

En el contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos y el de tesorería, tal y como lo expone Baena Cárdenas, tienen la calidad de fideicomitentes: los fideicomitentes iniciales y el o los fideicomitentes adherentes, inversionistas o beneficiarios de área¹⁴.

Los fideicomitentes iniciales, son quienes celebran, en un principio, el respectivo contrato de fiducia mercantil de tesorería o de administración y pagos, luego de haberse superado la etapa de determinación de la viabilidad jurídica, económica y financiera de desarrollar un proyecto de construcción valiéndose del esquema de la fiducia. El fideicomitente inicial realiza los aportes iniciales, tales como el bien inmueble (solo en el caso del contrato de administración y pagos) sobre el cual se construirá el proyecto y los recursos propios aportados para tal efecto.

¹² *Ibid.*

¹³ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia del primero de Julio de 2009. M. P. William Namén Vargas.

¹⁴ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO, cit., p. 188.

Respecto del fideicomitente adherente, se entienden aquellas personas que se vinculan al esquema fiduciario constituido por los fideicomitentes iniciales, con el objeto de aportar recursos líquidos (a lo cual se obligan) para adquirir, como contraprestación o beneficio, una o varias unidades inmobiliarias resultantes del desarrollo del Proyecto.

Sobre este punto es importante destacar que no siempre los compradores de vivienda suscriben directamente el contrato con la sociedad fiduciaria, lo anterior, atendiendo a que no todos los esquemas de fiducia inmobiliaria tienen la misma estructura jurídica con relación a los compradores de vivienda, pues hay ocasiones en que se suscribe el contrato directo con la sociedad fiduciaria (generalmente mediante un contrato de adhesión) y otros en los que no, sino que los compradores suscriben los denominados “contratos de vinculación o cartas de instrucciones”, los cuales, por regla general, son contratos de adhesión.

En tratándose del particular sobresalen dos tesis:

- i. La primera de ellas sostiene que, mediante la suscripción de dichos contratos, los compradores no adquieren la calidad de fideicomitentes, o sea la condición de partes del contrato de fiducia, sino únicamente la calidad de beneficiarios del mismo, es decir la de terceros frente al contrato de fiducia, de acuerdo con la posición mayoritariamente aceptada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Sobre el particular, la Superintendencia Financiera estableció en un concepto que los fideicomitentes adherentes no son fideicomitentes como tal, sino que ostentan la calidad de beneficiarios:

“(…) por lo que es posible prever que al negocio fiduciario se vinculen unos terceros interesados en adquirir las respectivas unidades que serán construidas (adquirentes), quienes no se consideran fideicomitentes pero tienen la condición de

beneficiarios del mismo y, bajo esta calidad, la fiduciaria asume una serie de obligaciones frente a los mismos¹⁵.

En apoyo de esta posición, Baena Cárdenas señala:

“los efectos jurídicos de esa adhesión no son los de convertir a esos terceros en ‘parte principal’ dentro del respectivo contrato de fiducia mercantil, sino los de convertirlos en ‘beneficiarios’, pues esta es la consecuencia natural del esquema negocial adoptado para el desarrollo del proyecto inmobiliario”¹⁶.

ii. La segunda de las posiciones¹⁷, la cual se comparte, sostiene que el comprador de vivienda que se adhiere al contrato de fiducia inmobiliaria por medio de los contratos de vinculación o cartas de instrucciones, se denomina expresamente “fideicomitente adherente”, denominación que no solo obedece a un aspecto meramente formal, sino que tienen tal calidad en virtud del aporte efectuado a favor del esquema de fiducia inmobiliaria y por ende, la calidad de parte en el sentido material del contrato.

Entonces, en cuanto al fideicomitente adherente es parte del contrato de fiducia, pues tal y como lo sostiene Fernando Hinestroza, el concepto de parte no se limita a quien manifiesta su consentimiento en el momento de la formación del contrato, sino que esta calidad también puede predicarse de quien posteriormente adhiere al mismo¹⁸.

Lo anterior es relevante, pues nos lleva a concluir que, como los beneficiarios-compradores de vivienda dentro del contrato de fiducia inmobiliaria tienen la calidad de partes en sentido material, estos podrían instaurar acciones de responsabilidad civil contractual en contra de las sociedades fiduciarias, cuando el incumplimiento de las obligaciones a cargo de esta última dé a la frustración de la principal

¹⁵ Superintendencia Financiera. Concepto 2010023725-002 del 21 de mayo de 2010. Fiducia inmobiliaria, denominación dada a los participantes. p. 3

¹⁶ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO, cit., p. 206.

¹⁷ BOTERO DERAZO, RICARDO, cit. p. 17-18.

¹⁸ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico Volumen II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, cit., p. 490-491

prestación prevista a favor de los beneficiarios-compradores, que es la adquisición del derecho de dominio sobre la unidad de vivienda¹⁹.

Ahora bien, de lo anterior no es dable concluir que el fideicomitente adherente adquiriera los mismos derechos y obligaciones del adherente inicial o constructor. Tan es así, que:

“[E]l fideicomitente constructor será quien deberá responder ante los consumidores por eventuales fallas o daños en los bienes inmuebles, así como se encuentra establecido en el artículo 8 de la Ley 1796 de 2016, la cual de manera expresa prevee que el constructor deberá amparar los perjuicios patrimoniales ocasionados al consumidor o comprador de vivienda, sin perjuicio de las demás normas de protección al consumidor contenidas en la Ley 1480 de 2012”²⁰.

Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad que puede desprenderse de la sociedad fiduciaria en su calidad de titular de los bienes que conforman el patrimonio autónomo y, por lo tanto, dueño de la obra²¹.

En ese sentido, el comprador de vivienda bajo estos esquemas fiduciarios, no solo es beneficiario del contrato de fiducia, sino que es fideicomitente del mismo, sin que ello implique que adquiriera la totalidad de los derechos y obligaciones del fideicomitente constructor, sino las definidas en las normas que regulan la materia, en el contrato de fiducia y en los contratos de vinculación.

Así las cosas, la responsabilidad en el contrato de fiducia inmobiliaria en favor de la protección de los derechos de los adquirientes, será para el fideicomitente o para la sociedad fiduciaria dependiendo del reclamo en que se trate:

- a) Con respecto a las quejas o reclamos que son propias del saneamiento de la construcción y los cumplimientos de entrega, si bien son recibidas por la fiduciaria, en este aspecto su gestión se limita a trasladarlas al fideicomitente

¹⁹ BOTERO DERAZO, RICARDO, cit. p. 39-40.

²⁰ FERNÁNDEZ MEZA, SANTIAGO, *Protección al Consumidor inmobiliario. Adquirientes e inversionistas: El caso de la fiducia inmobiliaria*, cit. p. 62-63.

²¹ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO, cit., p. 194.

constructor, pues todo lo que tiene que ver con el saneamiento de la obra es responsabilidad del fideicomitente²².

- b) Con respecto a los reclamos por inconsistencias en los valores reportados como aportes de los compradores, existe responsabilidad de la sociedad fiduciaria al ser la administradora de los recursos en la etapa de preventas, porque en la etapa de ejecución la información de los estaos de aportes recae sobre el constructor, quien es el responsable del control de la cartera²³.

Por su parte, vale la pena indicar que se puede identificar otra categoría conocida como fideicomitente aportante, generalmente identificada en el argot fiduciario, como el aportante del lote de terreno, cuando este no sea propiedad del constructor del proyecto²⁴.

Así las cosas, se puede decir que, en la práctica, en el contrato concurren varios fideicomitentes pertenecientes a categorías distintas: Un fideicomitente puede ser el que aporta el bien inmueble, otro fideicomitente aporta dinero o activos en especie o bien puede tratarse de un fideicomitente constructor, quien es el responsable por el desarrollo del proyecto²⁵. Pero bien, todos concurren con la misma finalidad, que es que se cumpla efectivamente con la finalidad del contrato de fiducia inmobiliaria en cuestión.

En el contrato de fiducia de preventas, el fideicomitente es denominado promotor o constituyente, lo anterior, recordándose que esta modalidad de negocio fiduciaria se erige como una modalidad no traslaticia del derecho de dominio (encargo fiduciario). Así las cosas, el promotor o constituyente es quien suscribe el contrato de encargo fiduciario de preventas con la sociedad fiduciaria y se obliga a:

²² RODRIGUEZ IZQUIERDO, LUZ STELLA. 2011. *Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿Responsabilidad compartida?* Optando al título de Especialización en derecho empresarial y de los negocios. Universidad de la Sabana. p. 15.

²³ *Ibid.*, p. 16.

²⁴ BOTERO DERAZO. RICARDO, cit. p. 16.

²⁵ SUAREZ RIVERA, JUAN SEBASTIÁN. *Del Análisis económico de la Fiducia Inmobiliaria*. Universidad Católica de Colombia, 2016, p. 26.

- a) Promocionar un proyecto inmobiliario de vivienda y a vincular, bajo un contrato de adhesión, a un número de compradores definido en el contrato fiduciario y,
- b) Acreditar a la sociedad fiduciaria una serie de condiciones técnicas, jurídicas y financieras igualmente definidas en dicho contrato, de cuyo cumplimiento depende que aquella entregue al promotor los recursos aportados por los compradores.

- El Fiduciario:

En primer lugar, es oportuno traer a colación la precisión de la naturaleza jurídica de las obligaciones de la fiduciaria, aspecto que servirá para delimitar la responsabilidad de las mismas:

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 29, consagra una prohibición general que consiste en que los encargos fiduciarios y contratos de fiducia que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos que expresamente lo prevea la ley. Sin embargo, la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia en su artículo 2.2.4 recoge la prohibición general prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pero la circunscribe a los negocios fiduciarios de inversión.

El profesor Ernesto Rengifo García escribe sobre el particular:

“De modo pues que se palpa de entrada la erosión del sistema. De una parte, establece como principio general aplicable a todas las modalidades de fiducia que las obligaciones que asume el fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio y no de resultado, y de otra parte, ese principio lo refiere ya de manera específica a la fiducia de inversión y en particular al hecho de que las sociedades fiduciarias no podrán garantizar réditos fijos para los recursos que invierten los constituyentes ni asegurar valorizaciones de los activos que integran los fondos comunes ordinarios o especiales”²⁶.

²⁶ RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Tercera Edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 158.

Así las cosas, actualmente se sigue predicando de manera generalizada en la práctica comercial, que las obligaciones de las sociedades fiduciarias son de medios y no de resultado, sin tener en cuenta el tipo de negocio fiduciario, ni mucho menos la naturaleza de la obligación. Posición que se considera errónea.

Se comparte entonces la posición traída por Rodríguez Azuero²⁷, según la cual debe entenderse que la categoría de obligaciones de medios solo debe hacerse extensiva a los negocios fiduciarios de inversión y, por otra parte, que en los demás negocios fiduciarios debe atenderse a la naturaleza de cada obligación en particular, pues en algunos supuestos la esencia de la prestación misma impide concebirlas como obligaciones de medios.

En consecuencia de lo anterior, para el caso de la fiducia inmobiliaria, no es posible decir de manera generalizada que las obligaciones contraídas por las sociedades fiduciarias son de medios, toda vez que se pueden señalar algunas obligaciones concretas que en manera alguna se podrían calificar como obligaciones de medios²⁸, tales como la realización de los pagos con cargo a los recursos administrados para el desarrollo del proyecto inmobiliario objeto del contrato de fiducia; o la transferencia de la unidad inmobiliaria, a favor del beneficiario-comprador instruido por el fideicomitente constructor. Por lo anterior, al tratarse de obligaciones de resultado, el no conseguir el efectivo cumplimiento de la determinada obligación, aparejaría su incumplimiento.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se tiene que el Fiduciario, en los contratos de fiducia de administración y pagos y de tesorería, en palabras de Baena Cárdenas²⁹, será la persona jurídica calificada a quien el fideicomitente le transfiere el lote en el que se levantará la construcción, junto con los respectivos estudios, diseños, licencias, presupuestos, etc., cuando haya lugar a ello, se dará igualmente la transferencia de los recursos destinados a financiar la construcción para que los administre y, una vez concluido el proyecto, enajene los inmuebles resultantes de

²⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Negocios fiduciarios su significación en América Latina. Editorial Legis, 2017, p. 27.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO, cit. p. 200

la construcción a favor de los terceros interesados en su adquisición, sea a título de beneficio fiduciario o a título de compraventa según el caso.

Tratándose de los contratos de preventas, la fiduciaria tiene la función de verificar y dar certificación del cumplimiento de las referidas condiciones jurídicas, técnicas y financieras por parte del promotor, y en caso de cumplirse, transferir los recursos recaudados de los compradores a ese último y, en el evento en que no se acrediten dichas condiciones, restituir los recursos con los rendimientos financieros, a favor de los compradores.

Para culminar, deviene imperativo indicar que las sociedades fiduciarias dentro de los contratos de fiducia inmobiliaria, además del cumplimiento de las obligaciones expresamente consagradas en el acto constitutivo del negocio fiduciario, están obligadas, entre otros, al cumplimiento de los deberes indelegables previstos en el artículo 1234 del Código de Comercio, al cumplimiento de las obligaciones especiales previstas en el Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia y una serie de deberes de especializada connotación en esta especie de negocio fiduciario, las cuales están encaminadas a verificar que las condiciones técnicas, jurídicas y financieras están debidamente acreditadas³⁰.

En este punto, se puede concluir que estos deberes específicos a cargo de las sociedades fiduciarias, están dirigidos al cumplimiento de la causa-función del contrato de fiducia, a revestir de mayor certeza el cumplimiento del rol de la sociedad fiduciaria³¹ dentro del contrato de fiducia inmobiliaria, y en últimas a satisfacer los intereses de las partes involucradas en el contrato.

Por último, no sobra recordar que, en Colombia, las fiducias inmobiliarias solo se pueden realizar a través de sociedades fiduciarias que se encuentran bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera. En los negocios fiduciarios inmobiliarios, se transfiere un bien inmueble a la sociedad para que esta asuma y administre y ejecute un proyecto inmobiliario. Empero, frente a este tipo de operaciones, la

³⁰ BOTERO DERAZO, RICARDO, cit. p. 28.

³¹ PALACIOS OROZCO, HELENA. *Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2015, p. 336.

Superintendencia Financiera suele limitar su vigilancia a la debida administración de bienes y recursos por parte de la fiduciaria³².

- El Beneficiario:

En lo que se refiere a los contratos de fiducia de administración y pagos y de tesorería, cuenta con la calidad de beneficiario³³:

- i. El fideicomitente constructor, respecto de las utilidades que quedaren en el fideicomiso una vez pagadas todas las obligaciones propias de la construcción del proyecto y transferidas las unidades inmobiliarias a favor de los compradores.
- ii. Los compradores respecto de la transferencia de la unidad inmobiliaria prometida en venta o a título de beneficio de área por parte del fideicomitente constructor.

Por su parte, son beneficiarios del contrato de preventas, el promotor del proyecto, respecto de los recursos aportados por los futuros adquirentes de las unidades inmobiliarias, siempre y cuando acredite el cumplimiento de las condiciones de punto de equilibrio; o los futuros adquirentes respecto de estos recursos más sus rendimientos financieros, en el caso de que el promotor no logre acreditar el cumplimiento de dichas condiciones en los términos contractualmente definidos³⁴.

VI. El patrimonio autónomo en el contrato de fiducia inmobiliaria: anotación referente a la responsabilidad de la sociedad fiduciaria.

El legislador mercantil estableció en el artículo 1233 del Código de Comercio, la separación del activo fideicomitado con el activo propio de la sociedad fiduciaria, indicando, a su vez, que el conjunto de bienes fideicomitados conforma un patrimonio autónomo, que también se separa de los activos tanto del fideicomitente como del

³² FERNÁNDEZ MEZA, SANTIAGO, cit. p. 14.

³³ BOTERO DERAZO. RICARDO, cit. p. 19.

³⁴ *Ibid.*

beneficiario³⁵. La consecuencia natural de esta separación patrimonial es que ni los acreedores de la sociedad fiduciaria, del fideicomitente y del mismo beneficiario pueden perseguir los bienes fideicomitidos, salva la excepción dispuesta en el artículo 1238 del estatuto mercantil. Entonces, el patrimonio autónomo como sujeto contractual y procesal puede ser sujeto de derechos y obligaciones, siendo la sociedad fiduciaria su vocera³⁶.

Así pues, se forma un patrimonio autónomo tras la celebración del contrato de fiducia inmobiliaria, en el que el fiduciante, justamente por la confianza en el profesionalismo del fiduciario, le transfiere uno o varios bienes y le confía una finalidad fiduciaria, otorgándole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo, el cual estará destinado exclusivamente al desarrollo de la mencionada finalidad.

En principio, no se puede confundir al fiduciario con el patrimonio autónomo, pues cada cual ostenta su propia personificación y singularidad, por consiguiente, el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo. Así lo ha indicado la Corte Suprema³⁷, quien ha dicho que “todos los riesgos o beneficios que afecten los bienes serán soportados por ese patrimonio autónomo y no por el patrimonio general del fiduciario.”

En este punto entonces es oportuno citar la Sentencia del 1 de Julio de 2009 (M. P. William Námen Vargas), que resuelve un caso en el que Weston Ltda demanda a Fiduciaria Santander S.A. y Cipres Trade Center S.A para dar por resuelto el contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes. Los hechos del caso establecen que Cipres Trade Center S.A, con el fin desarrollar un proyecto inmobiliario, celebró un contrato de fiducia inmobiliaria con Fiducia Santander S.A,

³⁵ GONZÁLEZ, C. y BOHÓRQUEZ, A. “El patrimonio autónomo y la fiducia: entre las discusiones teóricas y la práctica judicial para la construcción de una dogmática fina en Colombia”. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16(2). Universidad Libre, sede Cartagena, 2021, p. 72.

³⁶ MONROY VARGAS, E. R., & BARÓN, C. (2018). La Fiducia mercantil inmobiliaria en el sector de la construcción en Colombia. *Revista Ingeniería De Obras Civiles*, 8(1), 29-33.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. José Antonio Mora vs Banco Ganadero, 1995. M.P: Nicolás Bechara Simancas.

de tal suerte que por la confianza y respaldo que ofrecía la Fiduciaria, el demandante firmó un documento para la compra de unidades inmobiliarias en el proyecto. Sin embargo, Cipres Trade Center no terminó el proyecto y modificó la construcción reduciéndola a dos pisos, y el tercer piso, donde estarían los bienes prometidos en venta, nunca se construyó, haciendo imposible su objeto. Las demandadas, al conocer la imposibilidad de cumplir, se apropiaron del dinero causando perjuicios. El quid del asunto recae en que el *ad quem* condena a la fiduciaria, y no al patrimonio autónomo, hecho el cual se censura en casación.

La Corte entonces, luego de reconocer efectivamente que en principio el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial en la ejecución del negocio fiduciario por las gestiones realizadas en el desarrollo del encargo, la cual recae en forma exclusiva en el patrimonio autónomo indica que esa sola circunstancia no autoriza excluir la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio directamente por situaciones en que se le syndique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo.

Lo anterior entonces resulta apenas natural, ya que, en palabras de la Corte, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

VII. De las cláusulas abusivas en los contratos de Fiducia Inmobiliaria

Para finalizar el análisis del contrato, se tiene que hacer referencia a lo relativo a las cláusulas abusivas en el contrato de fiducia inmobiliaria, punto que no ha sido objeto de gran análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia³⁸; cuestión que bien hace falta, pues es una práctica muy recurrente incluirlas en el contenido contractual por parte de la Fiduciaria.

A las cláusulas a las que se hace referencia son aquellas que limitan o excluyen la responsabilidad de la Fiduciaria, sea por impedirle a terceros interesados en adquirir unidades inmobiliarias incoar acciones de responsabilidad contra ella si los inmuebles no cumplen con la calidad esperada o por ejemplo, aquellas que igualmente impiden interponer acciones contra la misma parte si el proyecto no llega a culminarse por falta de financiamiento³⁹.

Pues bien, antes que nada, se tiene que decir el carácter abusivo de una cláusula en concreto no se produce de manera automática o predefinida, sino que ello dependerá de una ponderación del juez según las reglas de la sana crítica y según las características propias de cada caso en particular⁴⁰. Así las cosas, dentro del marco del contrato que nos ocupa, tal y como apunta el profesor Luis Baena⁴¹:

- i. La eficacia jurídica de esas cláusulas dependerá de si la sociedad fiduciaria no haya procedido con dolo o culpa grave, o no se haya extralimitado en el ejercicio de su posición dominante, de predefinir de manera unilateral las condiciones de las operaciones de fiducia inmobiliaria que se realiza. Y, además, que esas cláusulas se deben interpretar de manera restrictiva, es decir, sin que se puedan extender más allá del consumidor financiero en concreto con el cual se estipula, pues es necesario que este las haya aceptado expresa o tácitamente.
- ii. La eficacia jurídica de tales estipulaciones también debe estudiarse teniendo en cuenta que el contrato que liga al fideicomitente y a los

³⁸ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*, cit. p. 127

³⁹ *Ibid.* p. 127

⁴⁰ Laudo Arbitral del 23 de febrero de 2007. Punto Celular vs Comcel.

⁴¹ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*, cit. p. 128.

terceros con la sociedad fiduciaria apareja una obligación de seguridad a cargo de la fiduciaria, consistente en garantizar tanto al fideicomitente como a los terceros interesados que la prestación objeto de la fiducia inmobiliaria se desarrollará de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.

De acuerdo con ello, resulta diáfano que no por el hecho de que se incluya en el contenido contractual una cláusula limitando o excluyendo la responsabilidad de la fiduciaria, se convierte en abusiva pues para llegar a tal conclusión habrá que tener en cuenta la estructura de los negocios fiduciarios en general⁴².

Sin embargo, no debe perderse de vista que la Fiduciaria es una institución financiera, y como tal goza de una posición dominante que le permite imponer el contenido del contrato, su configuración y la administración de su ejecución⁴³, práctica generalizada en los contratos por adhesión, “en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual mientras que el deudor limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero”⁴⁴, siendo entonces cláusulas respecto de las cuales no queda espacio alguno para su negociación.

Así las cosas, se comparte la posición de Baena⁴⁵ en el sentido de si ser consideradas como cláusulas abusivas, pues con su imposición las sociedades fiduciarias están faltando a su deber de buena fe, que en palabras de la Corte Suprema de Justicia “obliga a quien impone el contenido negocial a no abusar de su posición dominante o a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloquen en situación de privilegio frente al adherente”⁴⁶. Y ello es tan así, que, en virtud de tales estipulaciones contractuales, se agrava sin contrapartida alguna las condiciones de los terceros interesados de solicitar a la Fiducia Inmobiliaria lo que

⁴² *Ibid.* p. 131

⁴³ *Ibid.* p. 132

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1140 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández.

⁴⁵ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*, cit. p. 133.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. M. P. Jaime Arrubla.

por ley le corresponde hacer, que es la consecución de la finalidad a la que se encuentran afectados los bienes fideicomitidos⁴⁷.

VIII. Conclusión

En conclusión, el estudio del contrato de fiducia inmobiliaria desde el punto de vista de su estructura y las partes que en él participan es muy importante, pues no se puede perder de vista que esta tipología contractual está muy generalizada en nuestro mercado, haciendo que las personas que en él participan necesiten de protección en la relación contractual. Lo anterior no es de poca monta, pues la mayoría de las personas entran a hacer parte del mismo como compradores adherentes, haciendo que la discusión sobre su naturaleza de parte del contrato se torne importante para efectos de interponer acciones en caso de responsabilidad de la sociedad fiduciaria. Aunado a lo anterior, es importante también diferenciar entre las distintas modalidades de fiducia inmobiliaria existentes, pues de ello dependerá la determinación de qué obligaciones se pueden hacer exigibles dentro el contrato. La protección contractual señalada también pasa por hacer un estudio acerca de la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo que forma este contrato, el cual, a pesar de que se diferencia del patrimonio de la sociedad fiduciaria, no se puede entender que la misma, la cual está encargada de su administración, no responde por un incumplimiento tal y como se dejó anotado. Lo precedente, además del necesario estudio y determinación de cuándo se está ante una cláusula abusiva.

Con lo expuesto no se quiere otra cosa sino denotar la gran importancia que tiene el contrato de fiducia inmobiliaria, mostrándose como una innovadora forma de adquisición de inmuebles y una manera mediante la cual se pueden minimizar los riesgos de comprar sobre planos. Esto, toda vez que como lo indica el profesor Baena⁴⁸, al tratarse de un negocio de confianza, implica que los recursos destinados al desarrollo del proyecto sean administrados de manera clara y transparente y que las partes, pueden contar con la tranquilidad que un profesional experto, tal como lo

⁴⁷ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*, cit. p. 134.

⁴⁸ *Ibid.* p. 14.

es una sociedad fiduciaria, analice los aspectos técnicos jurídicos inherentes al desarrollo del proyecto y ha llegado a la conclusión de que el proyecto es viable.

IX. Referencias

Doctrina:

BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2017.

BONIVENTO, JOSE. *Los principales contratos civiles y comerciales*, 8ª ed., Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del profesional Ltda, 2009.

BOTERO DERAZO. RICARDO. *Tutela jurídica de los compradores de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia inmobiliaria frente al incumplimiento contractual del fiduciario*. Optando al título de Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea. Bogotá, C Universidad Externado de Colombia. 2021. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/4158/GOABA-spa-2021->

[Tutela jurídica de los compradores de proyectos de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia?sequence=1&isAllowed=y](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/4158/GOABA-spa-2021-Tutela%20juridica%20de%20los%20compradores%20de%20proyectos%20de%20vivienda%20desarrollados%20bajo%20el%20esquema%20de%20fiducia?sequence=1&isAllowed=y)

FERNÁNDEZ MEZA, SANTIAGO. *Protección al Consumidor inmobiliario. Adquirientes e inversionistas: El caso de la fiducia inmobiliaria*. Pontificia Universidad Javeriana, 2021, disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/59191/Proteccion%20al%20Consumidor%20Inmobiliario.%20Adquirientes%20e%20Inversionistas-%20El%20caso%20de%20la%20Fiducia%20Inmobiliaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

GONZÁLEZ, C. y BOHÓRQUEZ, A. “El patrimonio autónomo y la fiducia: entre las discusiones teóricas y la práctica judicial para la construcción de una dogmática fina en Colombia”. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16(2).

- Universidad Libre, sede Cartagena, 2021, disponible en: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n2.77491>
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico Volumen II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, MARCO ANTONIO. *Estudios sobre el fideicomiso*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2007.
- MATEUS BOHORQUEZ, LEZLY. *El contrato fiduciario inmobiliario: Un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa*. Optando al título de abogada. Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2243/1/EL%20CONTRATO%20%20FIDUCIARIO%20INMOBILIARIO.pdf>
- MONROY VARGAS, E. R., & BARÓN, C. (2018). La Fiducia mercantil inmobiliaria en el sector de la construcción en Colombia. *Revista Ingeniería De Obras Civiles*, 8(1), 29-33. Recuperado a partir de <https://revistas.ufro.cl/ojs/index.php/rioc/article/view/2002>
- PALACIOS OROZCO, HELENA. *Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2015.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Tercera Edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Negocios fiduciarios su significación en América Latina*. Editorial Legis, 2017.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Negocios fiduciarios su significación en América Latina*. Editorial Legis, 2017, disponible en: https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3332/Luz_Stella_Rodríguez_Izquierdo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SALAZAR CAMACHO, PILAR en publicación de ASOCIACIÓN FIDUCIARIA DE COLOMBIA, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 1994. *Nociones fundamentales de fiducia*, Bogotá D.C. Edit. ABC Ltda.

SUAREZ RIVERA, JUAN SEBASTIÁN. *Del Análisis económico de la Fiducia Inmobiliaria*. Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/10390/4/DEL%20AN%c3%81LISIS%20ECON%c3%93MICO%20DE%20LA%20FIDUCIARIA%20INMOBILIARIA.pdf>

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia C-1140 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. José Antonio Mora vs Banco Ganadero, 1995. M.P: Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia del 1ero de Julio de 2009. M. P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. M. P. Jaime Arrubla
Laudo Arbitral del 23 de Febrero de 2007. Punto Celular vs Comcel.

Legislación y Conceptos.

Código de Comercio

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia 029 de 2014.

Superintendencia Financiera. 2010. Concepto 2010023725-002 del 21 de mayo de 2010. Fiducia inmobiliaria, denominación dada a los participantes. Link: <https://www.superfinanciera.gov.co/.../Conceptos2010/2010023725.doc>