

CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA:

GARANTÍAS PATRIMONIALES DEL BENEFICIARIO DE ÁREA¹

**Aylin Giselle Romero Valeta²*

RESUMEN

El contrato de fiducia de administración inmobiliaria, se ha posicionado como una modalidad contractual atractiva en el sector de infraestructura y construcción de unidades inmobiliarias, disipando los principales problemas surgidos con ocasión de las ventas de proyectos inmobiliarios sobre plano. Ante el ejercicio profesional y las utilidades derivadas de la actividad comercial de las partes intervinientes en el acto constitutivo del negocio jurídico, orientado a la gestión inmobiliaria, el presente artículo abordará el contrato de fiducia de administración y pago en la legislación colombiana; los derechos patrimoniales del beneficiario de área, y la responsabilidad del fideicomitente y la sociedad fiduciaria, concluyendo que, a pesar de la ausencia de disposiciones de carácter obligacional a favor de terceros beneficiarios de área, que no se hallaren sujetos al clausulado del contrato celebrado, el ordenamiento jurídico colombiano garantiza los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda que llegaren a comprometer sus intereses y expectativas.

Palabras claves: Autonomía negocial, Derechos patrimoniales, Negocio jurídico, Responsabilidad civil.

SUMARIO

Introducción. **I. CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA Y PAGO. II. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES**

¹ El presente artículo de investigación tiene como finalidad optar por el título de especialista en Derecho Privado de la Universidad de Antioquia.

² Aylin Giselle Romero Valeta, abogada egresada de la Universidad de Cartagena. Correo electrónico: aromeroaleta@gmail.com

INTERVINIENTES EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA Y PAGO. **III.** GARANTÍAS A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL BENEFICIARIO DE ÁREA. **IV.** CONCLUSIÓN. **V.** REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El contrato de fiducia mercantil, en su modalidad de administración y pago, consolida un negocio jurídico al efectuar la entrega de activos; bienes o derechos económicos, para la constitución de un Patrimonio Autónomo con la finalidad de su administración; recaudo; inversión y destinación a la realización de pagos en atención a las directrices impartidas por el fideicomitente y en cumplimiento del objeto contratado por parte de la sociedad fiduciaria.

La implementación de esta modalidad contractual, respecto de la participación de la sociedad fiduciaria, bajo el carácter de profesional y en calidad de administradora de recursos, recuperó la confianza en el sector de infraestructura y construcción, generando una dinamización de ventas de proyectos inmobiliarios sobre plano, considerándose como una opción de compra asequible, en virtud de la valorización que adquiere el bien inmueble durante el periodo de pre-ventas.

La intervención de las sociedades fiduciarias, permite que los bienes transferidos por los fideicomitentes, sean destinados al desarrollo de unidades inmobiliarias, cuya participación implica un acompañamiento absoluto, exigiendo una actuación diligente en la ejecución de actos encaminados a la materialización y desarrollo de las gestiones encargadas en el acto constitutivo. “La utilización de la fiducia mercantil responde a un sin número de necesidades de orden práctico de los empresarios comerciales, con un propósito

o finalidad fundamental: obtener seguridad y confianza en sus operaciones” (Arrubla, 2013, p. 136).

Sin embargo, tratándose de un contrato de fiducia de administración y pago, orientado a la gestión inmobiliaria, y en cuyo negocio jurídico “[...] se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre, desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del mismo contrato” (Literal d del Subnumeral 2.9, Numeral 2, Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica -Circular Externa 007 de 1996-); la responsabilidad de las partes intervinientes frente a terceros beneficiarios de área, quedará sujeta a las disposiciones contractuales que se pacten bajo su entera autonomía negocial.

En suma, con la finalidad de determinar las garantías patrimoniales del beneficiario de área en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, la metodología de investigación usada en el presente artículo es de corte netamente jurídico, de tipo analítico-exploratorio. En consecuencia, el abordaje tendrá un enfoque cualitativo, optando por fuentes secundarias de información.

Por tanto, con el fin de materializar la hipótesis antes planteada se conceptualizará, como medida inicial, el contrato de fiducia inmobiliaria en el ordenamiento jurídico colombiano, y los derechos patrimoniales del beneficiario de área, en razón de la vinculación a un fideicomiso para la transferencia de dominio de unidades inmobiliarias.

Cómo segundo aspecto, se abordará la responsabilidad de las partes en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, de conformidad con la condición de profesionales y comerciantes del sector de infraestructura, atendiendo a las disposiciones normativas, civiles y comerciales, y a posturas doctrinales en Colombia.

Finalmente, se analizarán las garantías a favor de los derechos patrimoniales del beneficiario de área en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, en el ordenamiento jurídico colombiano.

En síntesis, a través del presente artículo se pretende concluir que, ante la imposibilidad de alcanzar el punto de equilibrio en la etapa de ventas de un proyecto inmobiliario o ante el eventual incumplimiento en la entrega de bienes inmuebles, las partes deberán asumir la responsabilidad derivada del desconocimiento de las estipulaciones vertidas en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria; respecto de lo cual, se genera la necesidad de exigir un mayor grado de responsabilidad a los profesionales intervinientes, con el fin de garantizar los derechos patrimoniales del beneficiario de área.

I. CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA Y PAGO.

Con la finalidad de abordar el desarrollo de la hipótesis propuesta en el presente artículo investigativo, se procederá con la conceptualización del contrato de fiducia inmobiliaria y pago a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, y se efectuará la caracterización del Beneficiario de Área, en razón de su vinculación a un fideicomiso para la obtención del derecho real de dominio de unidades inmobiliarias.

El contrato de fiducia mercantil, es definido en el artículo 1226 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971. Art. 1226) el cual contempla en su tenor literal:

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 más 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. (Decreto 410, 1971)

La Superintendencia Financiera, numeral primero del subnumeral 1.1. de la circular 029, manifestó:

Los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que está cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que trata la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Sin perjuicio del concepto consagrado en el máximo estatuto mercantil, el negocio fiduciario, en su modalidad contractual de administración inmobiliaria y pago, es concebido como aquel, en razón del cual, el fideicomitente encarga a una sociedad fiduciaria, la entrega de activos; bienes o derechos económicos, en aras de constituir un Patrimonio Autónomo (con transferencia de dominio), o un Encargo Fiduciario (sin transferencia de dominio), que propenda su administración; recaudo; inversión y destinación a la realización de pagos, atendiendo a las directrices impartidas y depositadas en su acto constitutivo.

El negocio fiduciario, supone la transferencia de bienes por parte de un constituyente para efectos de que, con ellos, se cumpla una finalidad. Los bienes transferidos a una sociedad fiduciaria constituyen un Patrimonio Autónomo, estimado como la masa de bienes que son desprendidos, real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento del objeto descrito en el acto constitutivo celebrado (Decreto 410, 1971. Art. 1226-1244).

Los bienes que consolidan el Patrimonio Autónomo, son, en efecto, excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente, puesto que no integran

los activos que conforman el patrimonio individual de los sujetos intervinientes en el contrato de fiducia inmobiliaria. Éstos solo tienden a garantizar las obligaciones contraídas por el Patrimonio Autónomo en el logro de la finalidad del negocio jurídico celebrado. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2013).

El contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago, se robustece de relevancia económica para las partes intervinientes en el acto constitutivo celebrado; con principal atención de aquellos sujetos ajenos de la relación contractual, que tienen a desplegar mayor confianza y expectativa en el resultado de la gestión inmobiliaria, comprometiendo su patrimonio personal para la adquisición de unidades de vivienda.

En ausencia de una definición normativa, y en razón a un reducido desarrollo conceptual por parte de la doctrina colombiana, resulta acertado afirmar que, la denominación de “Beneficiario de Área” es atribuida a un tercero vinculado a un fideicomiso inmobiliario con la finalidad de, una vez cumplido un plan de pagos y finalizado el proyecto inmobiliario, la sociedad fiduciaria transfiera la propiedad de unidades inmobiliarias, a título del beneficio de área.

El beneficiario de área, es considerado un tercero, ajeno a las partes que intervienen en la celebración de un contrato de fiducia inmobiliaria, que adquiere los beneficios derivados de la ejecución del objeto del mismo.

De conformidad con el elemento de bilateralidad que caracteriza el contrato de fiducia inmobiliaria, al beneficiario de área no le es atribuible la calidad de parte del contrato. Exclusivamente el fideicomitente y la sociedad fiduciaria concurren en la determinación y estipulación de los términos que componen el clausulado del contrato. El beneficiario de área, interviene únicamente como favorecido de los mandatos conferidos a la compañía

fiduciaria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 1100131030392000-00310-01. 2009).

En consecuencia, el tercero “Beneficiario de Área”, se vislumbra como aquel vinculado a un proyecto inmobiliario, que compromete su patrimonio al efectuar aportes en dineros que permitan consolidar el pago del valor de una unidad inmobiliaria que aspira obtener (expectativa de tradición).

La Corte Suprema de Justicia, ha conceptualizado la figura del beneficiario de área como:

El beneficiario es un tercero que no ostenta la condición de parte dentro del contrato de fiducia y cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado. En estos casos se estructura la hipótesis de la estipulación para otro (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 1100131030392000-00310-01. 2009).

Los denominados derechos patrimoniales, son aquellos que ejercen los sujetos sobre las cosas, materiales o inmateriales, o que desarrollan con otras personas, en beneficio o compromiso de su patrimonio. Éstos derechos, se caracterizan por su índole económica y por la implicación a su titular de disponer, positiva o negativamente, de su explotación; permitiendo el control de actos dispositivos respecto de los intereses o expectativas de carácter financiero. Lo anterior, exige que, para la disposición de un derecho patrimonial, se deberá contar con la concurrencia de voluntades de aquellos titulares del derecho, para efectos de determinar las condiciones onerosas o gratuitas que tenga a bien definir, en ejercicio de su autonomía privada. “Los derechos patrimoniales son privilegios de naturaleza económica, con carácter exclusivo” (Ballesteros Materón, E. L., & Prada Castellanos, M. M., 2013)

Sin perjuicio de lo anterior, los derechos patrimoniales son reconocidos como aquellos sobre los cuales, el beneficiario de área, cuenta con plena capacidad de disposición. Sin embargo, atendiendo a la inexistencia de garantías; transferencia y/o reconocimiento formal como comprador-titular de dominio en la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario (y hasta la firma del contrato de promesa de compraventa), el mismo no podrá disponer de las condiciones que revisten el ejercicio del objeto del contrato de fiducia inmobiliarias, con miras a su explotación económica.

II. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES INTERVINIENTES EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA Y PAGO.

El contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, constituye un negocio jurídico bilateral en el cual se identifican dos extremos contractuales. El fideicomitente constituyente, se observa como aquel sujeto titular de dominio de los bienes inmuebles transferidos a la sociedad fiduciaria y destinados al desarrollo de un proyecto inmobiliario cuyos terceros adjudicatarios se denominarán “Beneficiarios de Área”. La sociedad fiduciaria, ejecuta las acciones destinadas al cumplimiento del encargo encomendado; y, cuya obligación, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-Ley 663, 1993), es de medio y no de resultado.

La aplicación más extendida del fideicomiso se encuentra en el campo comercial. En los grandes proyectos de construcción, actualmente se recurre a una sociedad fiduciaria, que obligatoriamente por ley es la única persona que puede tener la titularidad de la fiducia, para que adquiera en propiedad el terreno y las construcciones (apartamentos, locales, oficinas), con el fin de administrar y ejecutar el proyecto de acuerdo con las instrucciones señaladas por el comitente o fideicomitente y transferirles el dominio de las unidades a fideicomisarios beneficiarios” (Velásquez Jaramillo , 2010, p. 260)

En materia contractual, la responsabilidad civil atribuida a uno de los contratantes, implica el incumplimiento de obligaciones asumidas en el texto del contrato celebrado y, la ocurrencia de un daño que haya padecido la parte contractual opuesta.

Atendiendo a las disposiciones contenidas en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, las sociedades fiduciarias se sujetan a las obligaciones asumidas con ocasión y en desarrollo del objeto contratado. No obstante, en relación con la responsabilidad civil contractual, la Corte Constitucional ha considerado que:

En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que “las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas. (Corte Constitucional, Sala Plena. C 1008, 2010).

El artículo 1243 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), otorgó a las sociedades fiduciarias el deber de responder, en cumplimiento de su gestión, hasta de culpa leve; y, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el numeral tercero del artículo 29, contempló como prohibición general, que “Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.” (Decreto Ley 663, 1993)

El artículo 67 del Código Civil, ha concebido la culpa leve; descuido leve o descuido ligero, como;

la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (Ley 84, 1873).

Sin perjuicio de lo anterior, la culpa levísima atribuida a distintas actuaciones u operaciones que se presentan en las relaciones jurídicas obligacionales, se logra diferenciar de la culpa leve en la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone en lo absoluto a la suma diligencia o cuidado.

En el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, se evidencia la ausencia de responsabilidad directa predicada en contra de la sociedad fiduciaria durante la ejecución del contrato celebrado, en virtud a la calidad que ostenta de vocera del patrimonio autónomo. La sociedad fiduciaria “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” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 11001-3103-039-2000-00310-01, 2009).

Sin embargo, la sociedad fiduciaria podrá comprometer su responsabilidad directa:

[...] 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 exlimitación 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 exlimitación, 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia No. SC-200-2005, 2005) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 11001- 3103-039-2000-00310-0, 2009)

El deber de cooperación y buena fe de las partes intervinientes en un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago (durante la formación; la celebración y la ejecución del contrato), resulta de gran relevancia en la concreción de la culpa, en el evento de constituirse un cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto constitutivo.

El incumplimiento generador de responsabilidad, concurre frente a la inobservancia de las obligaciones descritas en el cuerpo del negocio celebrado; de estipulaciones legales aplicable a la materia, y aquellas derivadas de los principios que rigen las relaciones jurídicas obligacionales. Sin embargo, la facultad configurativa del clausulado del contrato y el principio de autonomía negocial, podrá afectar el ejercicio del principio buena fe impuesta a la sociedad fiduciaria, en desarrollo de sus actuaciones frente a terceros.

El contrato de fiducia de administración y pago, persigue la gerencia de recursos destinados al desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario, en razón de la transferencia de bienes inmuebles afectos al cumplimiento de las instrucciones depositadas en el acto constitutivo; y, cuya finalidad se materializa en la adjudicación de unidades inmobiliarias a los beneficiarios de área resultantes. Sin embargo, la responsabilidad atribuible a la sociedad fiduciaria, en calidad de administrador de recursos recaudados durante la etapa de promoción y consecución de terceros interesados, podrá revertirse de mayor incertidumbre, en razón a la ausencia de una instrumentación obligacional que respalde los compromisos asumidos por las partes que celebran un contrato de fiducia de administración y pago, frente a sujetos que comprometen su patrimonio en aras de adquirir las unidades inmobiliarias promocionadas.

En virtud del rol atribuido a la sociedad fiduciaria, frente a la administración de un proyecto inmobiliario, se logra vislumbrar la responsabilidad fundada en el deber de

información que deberá cumplirse frente a los intervinientes en el contrato celebrado; y, respecto de terceros compradores.

Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato (Superintendencia Financiera, 2008).

De otra parte, las obligaciones asumidas por el fideicomitente, obrando en condición de promotor y/o constructor, resultan de las descritas en el contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago. Por su parte, en el artículo 1236 del Código de Comercio, se evidencia un amplio espectro frente a los derechos reconocidos como titular inicial de dominio y/o constituyente de un negocio fiduciario; bajo el reconocimiento del deber de adelantar gestiones tendientes a maximizar los recursos y ejecutar la obra.

En consecuencia, las partes intervinientes en un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago, deberán proceder a comunicar a los destinatarios de un proyecto inmobiliario, el funcionamiento del fideicomiso y los compromisos asumidos en desarrollo y ejecución de la obra contratada, en la cual terceros verán comprometido su patrimonio personal con la expectativa de adquisición de unidades de vivienda.

Entre los deberes fundamentales de lealtad a cargo de los profesionales se cuentan aquellos enderezados a informar de manera amplia y completa a sus clientes sobre las múltiples situaciones que pueden presentarse en el curso de la ejecución de la relación contractual y los cuales no se agotan en la etapa previa a la celebración del contrato sino que perduran mientras el vínculo contractual tenga duración, porque – se repite – encuentran su fundamento en el postulado de la buena fe.

Forman también parte del elenco de los mencionados deberes los que se relacionan con el suministro de consejos u opiniones enderezados a formar en los clientes un

grado de conocimiento del negocio, que les permita expresar un consentimiento suficientemente ilustrado acerca del mismo, en forma tal que la clienta pueda considerar los factores que militan en pro o en contra de la conclusión de un determinado negocio o asunto. (Cámara de Comercio de Bogotá. p. 150)

Empero, resulta acertado afirmar que, la responsabilidad civil que podrá originarse del incumplimiento de las partes que celebran un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago, se deriva de las obligaciones establecidas; depositadas y desarrolladas en el acto constitutivo del negocio jurídico; lo cual implica la necesidad de recurrir a cuerpos normativos que garanticen los derechos del beneficiario de área.

El beneficiario de área, es un tercero ajeno a la relación contractual, cuyo papel se deriva del interés en adquirir las unidades inmobiliarias del proyecto constituido en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago. “Es todo aquel interesado que no hace parte del contrato fiduciario, pero se vincula como futuro propietario o beneficiario de área.” (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2015).

En virtud a la pretensión patrimonial de adquirir una unidad de vivienda, la obligación exclusiva atribuida por el máximo estatuto mercantil al beneficiario de área, obedece al deber recibir los bienes en el momento en el que se cumplen las condiciones del contrato celebrado por el fideicomitente y la sociedad fiduciaria. En igual sentido, se logra observar que, el Artículo 1235 del Código de Comercio, facultó al beneficiario de área a ejercer acciones contra el fiduciario, en los reducidos eventos descritos en la norma.

De conformidad a la imposibilidad de atribución de la calidad de parte, la responsabilidad civil atribuida a los incumplimientos que llegare a sufrir el beneficiario de área durante la etapa de preventas se origina en el ámbito extracontractual,

III. GARANTÍAS A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL BENEFICIARIO DE ÁREA.

En Colombia, la observancia de proyectos inmobiliarios ofrecidos a potenciales consumidores, y bajo precios atractivos producto de la posibilidad de adquisición de viviendas [sobre plano], ha incrementado la constitución de patrimonios autónomos en el mercado de infraestructura. El beneficiario de área, como principal destinatario de la etapa de preventa de un proyecto inmobiliario, opta por comprometer su patrimonio sin la certeza de la viabilidad jurídica, financiera y la materialización de las condiciones propuestas para impulsar el pago del mismo.

Atendiendo a la ausencia de una instrumentación formalista que, en efecto, revista las operaciones preliminares en la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, el beneficiario de área, bajo la intención de compra de una vivienda, no cuenta con la seguridad del cumplimiento en la entrega de lo esperado, en razón a que la puesta en escena de un diseño estructural, busca determinar si el mismo podrá ser ejecutado o no alcanzará su punto de equilibrio. Sin embargo, el beneficiario de área ha depositado la confianza en el profesionalismo y la seriedad que se deriva de un contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, celebrado por un profesional en el mercado [fiduciaria] y de infraestructura [fideicomitente], entregando parte del precio del inmueble a la recaudadora.

Sin perjuicio de las obligaciones atribuidas a las partes intervinientes en un contrato de fiducia de administración inmobiliaria y pago, en único soporte documental suministrado al consumidor de viviendas en la etapa de preventas de un proyecto, corresponde a la metodología de pago [cuotas cómodas calculadas por la fiduciaria] y el número de la cuenta del fideicomiso para efectos de recepcionar los pagos acordados para la separación de la unidad inmobiliaria.

Los consumidores de viviendas deberán tener presente al momento de visualizar un proyecto inmobiliario, las condiciones de publicidad impuestas a las sociedades fiduciarias,

las cuales resulten ser ofrecidas bajo ésta modalidad contractual. El numeral 3.4.7.1. de la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera, dispuso en su tenor literal:

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, debe informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, -esto es, si se trata de 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 tal suerte que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros a los que se circunscribe la labor que adelanta la fiduciaria.

En las actividades de promoción debe informarse con suficiente claridad acerca de los derechos y obligaciones que le otorga al inversionista su vinculación al negocio fiduciario.

Las sociedades fiduciarias deben publicar en su página web i) los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de fiducia inmobiliaria aprobados por la SFC, con la indicación del número de radicación y la fecha de aprobación y ii) la cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida la SFC. Así mismo, deben informar a los inversionistas sobre tales publicaciones y deben suministrarle los datos e indicaciones necesarias para ubicarlos.

Igualmente deben llevar a cabo los actos encaminados y conducentes para que en los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se expongan 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. Así mismo, gestionará que se publique una copia, al menos en tamaño original, de la cartilla referida y que se entregue, por cualquier medio verificable, una copia de ésta junto con el contrato (Superintendencia Financiera, 2017).

No obstante, se logra evidenciar la insistencia de una desprotección económica que debería ser reconocida al beneficiario de área que compromete su patrimonio, con la expectativa de adquisición de un inmueble. Lo anterior, permite concluir la necesidad de tutelar los derechos de los terceros consumidores de vivienda, por parte del ordenamiento jurídico colombiano.

El marco normativo aplicable a los contratos de fiducia inmobiliaria y pago, como se ha propendido abordar en el presente documento, se conforma por el clausulado vertido en el mismo; la Circular Básica Jurídica; Código de Comercio; disposiciones en sector Bancario

y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Sin embargo, las controversias y lesiones que se han originado a raíz de la frustración de las expectativas de los beneficiarios de área, padecen de una falta de reglamentación que permita dirimir las problemáticas frente a la entrega de unidades de vivienda; diseño; infraestructura, y garantía en términos generales.

El estatuto del consumidor, ha empleado el reconocimiento de los derechos de los sujetos que, durante sus relaciones de consumo, resultan afectados por la calidad; idoneidad; seguridad y la garantía de los productos que adquieren como consumidores finales. A raíz de las situaciones que se derivan de la ausencia de herramientas jurídicas obligacionales durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, el beneficiario de área podrá dirigir sus esfuerzos a dar aplicación al catálogo de derechos del consumo que permita corregir su desprotección patrimonial.

El derecho del consumo, podrá concebirse como “la protección de los consumidores en el marco de los principios del ordenamiento jurídico” (Giraldo, Caycedo, & Madriñan, 2012, p. 2) permitiendo garantizar la igualdad de los contratantes y el desequilibrio derivado de las situaciones contractuales y extracontractuales, que se atribuyen a los sujetos que llegaren a intervenir en un proyecto inmobiliario, bien sea como artífices o destinatarios del mismo.

En la actividad de consumo, se observa el surgimiento de una relación gestada entre un consumidor final y una persona natural o jurídica que obra en calidad de profesional; productor; importador o distribuidor, que persigue la adquisición de bienes o servicios, para uso personal o familiar.

La relación de consumo:
se trata de un vínculo jurídico de fuente legal que liga al proveedor de bienes y servicios con el consumidor que los adquiere o utiliza como destinatario final, así como en todos aquellos que se ven afectados por sus consecuencias o, en general, por la actividad de los proveedores (Villalba. J, 2011).

El estatuto del consumidor, desarrolló un amplio espectro de responsabilidad atribuible a los productores o distribuidores por (i) la calidad; idoneidad y seguridad de los productos; (ii) por los daños ocasionados por productos defectuosos; y (iii) responsabilidad derivada de la información, en virtud al contenido del literal c del artículo 3 de la Ley 1328 de 2009:

Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas (Ley 1328, 2009).

De conformidad con las obligaciones reconocidas frente al actuar de las sociedades fiduciarias, se logra delimitar la regla general frente a que las obligaciones de medio, atendiendo a que el estatuto del consumidor contempló la facultad de exigir al profesional la diligencia y cuidado que debe tener en el ejercicio y desarrollo de su actividad, en los términos previstos en el literal a del artículo 3 de la Ley 1328:

- a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

Los intervinientes en un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pago, deberán obrar en cumplimiento de los parámetros que regulan el ejercicio profesional, durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1428 de 2011:

Artículo 7o. Garantía Legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

Parágrafo. La entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley (Ley 1438, 2011).

La Corte Suprema de Justicia, manifestó:

[...] justamente, por la confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario, el fiduciante acude a sus servicios, le transfiere uno o varios de sus bienes y le confía una finalidad fiduciaria, para su provecho o el de un tercero, confiriéndole poder dispositivo de los bienes integrantes del patrimonio autónomo; esa misma confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia, motiva a terceros para celebrar actos, negocios y contratos vinculados al negocio fiduciario y, en general, la confianza, preside toda la formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia No. 1100131030392000-00310, 2009)

Durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, el consumidor [beneficiario de área] pretende suplir la necesidad de adquirir una vivienda, cuyo producto [inmueble] fue ofertado por un proveedor [constructor - fideicomitente] y/o promotor inmobiliario [fiduciaria] en calidad de profesional en el área de infraestructura], reconociendo amplia aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el estatuto del consumidor.

Sin perjuicio de lo anterior, los intervinientes en el contrato de fiducia inmobiliaria, deberán reconocer la importancia de la proyección de aquellos consumidores que dirigen su patrimonio familiar a la compra de vivienda. El artículo 51 de la Constitución Política, impone al Estado el deber de implementar políticas y supervisar las operaciones que llegaren afectar el derecho fundamental a tener una vivienda digna.

Bajo el reconocimiento de la inexistencia de un vínculo contractual configurado entre el beneficiario de área y las partes intervinientes en un contrato de administración inmobiliaria

[durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario], podrá reconocerse la relación de consumo propiciada del ofrecimiento de unidades de vivienda.

Así las cosas, frente a la imposibilidad de que un proyecto inmobiliario alcance el punto de equilibrio, los beneficiarios de área que han comprometido su patrimonio, por motivo de la expectativa ofrecida por la sociedad fiduciaria derivada del encargo efectuado por el fideicomitente, podrán atribuir la responsabilidad de resarcir los daños originados de la captación del dinero, o la responsabilidad atribuida por la falta de diligencia y cuidado que debe tener el profesional durante ejercicio de su actividad y publicidad, esta última reconocida por el estatuto del consumidor.

CONCLUSIÓN

El contrato de fiducia de administración inmobiliaria, ha obtenido un fuerte posicionamiento en el mercado de infraestructura, en virtud al dinamismo operacional que implica la constitución de un patrimonio autónomo destinado a la construcción de unidades de vivienda.

La observancia de viviendas ofertadas sobre plano, ha implicado un mayor deseo de endeudamiento por parte de los consumidores, en razón a que los precios resultan ser ampliamente asequibles respecto del valor comercial de inmuebles cuya obra fue previamente finiquitada por parte de las constructoras. Lo anterior, estimulando un alza en la publicidad de proyectos inmobiliarios, sin la garantía en la ejecución de los mismos.

En los eventos en los cuales se llegare a presentar situaciones conflictivas durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, originadas de la afectación padecida por el beneficiario de área [consumidor inmobiliario], se deberá desplegar los esfuerzos dirigidos a la defensa de su derecho constitucional a la vivienda digna y de sus derechos económicos.

Aunado a lo anterior, se logra evidenciar la extensa complejidad [limitación] del ejercicio de acciones judiciales a favor los beneficiarios de área que padezcan un descontento durante la etapa de preventas de un proyecto inmobiliario, en razón a la ausencia de la posibilidad de configuración del deber de atender el cumplimiento de los compromisos asumidos con los consumidores inmobiliarios, derivado de la responsabilidad contractual atribuible a los intervinientes en un contrato de fiducia inmobiliaria. Lo anterior, de conformidad a la inexistencia de un vínculo negocial gestado a raíz de la intención de adquirir una vivienda familiar [ausencia de un contrato legalmente celebrado].

Como consecuencia de la desprotección de los intereses patrimoniales y expectativas adquisitivas del beneficiario de área, resulta indispensable la aplicabilidad y/o remisión a cuerpos normativos [herramientas legislativas] que estimulen el ejercicio de activación del aparato judicial o de la intervención de autoridades de inspección; vigilancia y control, que evalúen el actuar de éstos profesionales. Los beneficiarios de área, contarán con amplias facultades para recurrir a escenarios constitucionales; exigir el reconocimiento de la calidad de consumidores inmobiliarios, para efectos de la materialización de las normas propias del derecho de consumo; y/o, acudir a la posibilidad de dar aplicabilidad a figuras como la conexidad contractual.

Los intervinientes en la celebración de un contrato de fiducia inmobiliaria, deberán obrar con apremio a las normas que han desarrollado ésta modalidad contractual en el territorio colombiano; y, atender a cabalidad las disposiciones contenidas en el estatuto del consumidor, respecto del ejercicio de la publicidad de un proyecto inmobiliario y de la seguridad que se deriva de la inversión del patrimonio de los consumidores, en razón a la adquisición de un inmueble para vivienda familiar.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la etapa de preventa de un proyecto inmobiliario, la sociedad fiduciaria ejercerá la diligencia exigida en el deber de información, respondiendo por su inobservancia en el desarrollo de su actividad; y, de aquellos perjuicios causados al consumidor inmobiliario por la falta de claridad y comprensión de los datos depositados en la publicidad y/o documentación remitida a los potenciales compradores.

El Estado colombiano, deberá observar, con mayor detenimiento, el comportamiento de éstos profesionales en el mercado de infraestructura y exigir mayores [y mejores] resultados en el desarrollo de las obras de construcción; así como, de las experiencias de los consumidores inmobiliarios.

Resulta acertado afirmar que, de conformidad con la trascendencia y envergadura que reviste la finalidad y ejecución de un contrato de fiducia inmobiliaria en Colombia, el Estado deberá fortalecer la normatividad que se logra consolidar como una herramienta a favor del beneficiario de área, en razón al impacto negativo que podría generar a éste en su condición de consumidor inmobiliario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrubla Paucar, J. (2013). *Contratos Mercantiles*. Bogotá: LEGIS.

Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Salamanca.

Ballesteros Materón, E. L., & Prada Castellanos, M. M. El embargo de los derechos patrimoniales de autor a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

Bonivento Fernández, J. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales Tomo II*. librería Ediciones del profesional LTDA. Bogotá.

Cáceres, J. (2014). *La Responsabilidad De Las Entidades Fiduciarias Por El Incumplimiento En Los Negocios Jurídicos Subyacentes Al Objeto Contractual: Crítica A La “Delegación” De Obligaciones*. Tesis. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 del 01 de julio de 2009. MP. Dr. William Mamen Vargas.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Exp. 11001 31 03 026 2007 00227 01 del 26 de agosto de 2014. MP. Dra. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Exp. 11001-31-03-041-2007-00128-01 del 08 de noviembre de 2016. MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Exp. 11001-31-03-006-2016-00089-01 del 29 de junio de 2018 MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Civil. (1 de Julio de 2009). Sentencia No.1100131030392000-00310-01. *Sentencia*. Bogoya: Recuperado de: <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/sentencia-suprema-justicia-sala-civil-68948967>.

Congreso de la Republica . (19 de Enero de 2011). Ley 1438. *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*.

Bogota, DO No. 47.957: Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html#:~:text=E sta%20ley%20tiene%20como%20objeto,sociedad%20para%20el%20mejoramiento%20de.

Congreso de la Republica. (15 de Julio de 2009). Ley 1328. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.* Bogota,

DO No. 47.411: Recuperado de:
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html.](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html)

Congreso de la Republica. (31 de mayo de 1873). Ley 84. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.* Bogotá, DO No. 2.867. Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de Diciembre de 2010). C 1008. *Sentencia.* Bogota, Bogota, M.P. Dr. Luis Eneeresto Vargas Silva: Expediente No D 8146.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Civil. (1 de Julio de 2009). *Sentencia* No.1100131030392000-00310-01. *Sentencia.* Bogoya: Recuperado de: <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/sentencia-suprema-justicia-sala-civil-68948967>

Diario Oficial No. 40.820. (1993). Decreto 663. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Diario Oficial.

Giraldo, A., Caycedo, C., & Madriñan, R. (2012). *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor.* Bogotá: Editorial Legis.

La Fiducia Inmobiliaria en Colombia. Recuperado de [http://www.asofiduciarias.org.co/archivos/La Fiducia Inmobiliaria en Colombia - AF Definitiva 2013\)](http://www.asofiduciarias.org.co/archivos/La%20Fiducia%20Inmobiliaria%20en%20Colombia%20-%20AF%20Definitiva%202013)

López Fernández, C. (2000). *Obligaciones de medios y de resultado*. Obtenido de Revista de la Facultad de Derecho: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/271>

Medina, L., & Vásquez, J. (2014). Responsabilidad de las fiducias frente a los consumidores. *Tesis*. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

Motta, L. (2015). La fiducia inmobiliaria en Colombia: Un estudio comparado con el contrato sinalagmático. *Licencia Creative Commons*.

Presidencia de la Republica. (1971). *Código de comercio* (Vol. 35ª edición). Bogotá: Legis.

Presidente de la Republica. (27 de Marzo de 1971). Decreto 410. *Codigo de Comercio*. Bogota, DO No. 33.339: Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

Presidente de la Republica. (2 de Abril de 1993). Decreto-Ley 663. *Estatuto organico del Sistema Financiero*. Bogota, DO No. 40.820: Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html.

Presidente de la Republica. (27 de Marzo de 1971). Decreto 410. *Codigo de Comercio*. Bogota, DO No. 33.339: Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

Presidente de la Republica. (2 de Abril de 1993). Decreto-Ley 663. *Estatuto organico del Sistema Financiero*. Bogota, DO No. 40.820: Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html.

Superintendencia Financiera de Colombia. (18 de Marzo de 2013). Concepto 2013010362.

Concepto juridico. Bogota: Recuperado de: <https://actualicese.com/concepto-2013010362-001-de-18-03-2013/>.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Circular 029. *Circular basica juridica*,

Título V, Capítulo 1, Numeral 1o., Subnumeral 1.1. Bogota: Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443>.

Superintendencia Financiera. (2013). Concepto 2013010362-001

Superintendencia Financiera. (2008). Circular externa 046. *Circular basica juridica*. Bogota:

Recuperada de: https://www.axacolpatria.co/arpc/docs/circular_superfinanciera_0046_2008.htm.

Superintendencia Financiera. (31 de Marzo de 2017). Circular externa 7. *Circular basica*

juridica. Bogota: Recuperado de: https://xperta.legis.co/visor/temp_legcol_9a703018-784e-4b8d-b344-e7e7283b4095.

Superintendencia Financiera de Colombia. (18 de Marzo de 2013). Concepto 2013010362.

Concepto juridico. Bogota: Recuperado de: <https://actualicese.com/concepto-2013010362-001-de-18-03-2013/>.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Circular 029. *Circular basica juridica*,

Título V, Capítulo 1, Numeral 1o., Subnumeral 1.1. Bogota: Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443>.

Vélez, M. (2014). Fiducia inmobiliaria, responsabilidad el fiduciario en el incumplimiento de la ejecución de obra. *monografía*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.