



**La transformación de las obligaciones de la fiduciaria en la fiducia inmobiliaria
de administración y pagos a la luz de los derechos del consumidor.**

Esteban Cardona Quintero

Artículo de investigación presentado para optar al título de Especialista en Derecho
Privado

Asesor

Gabriel Londoño Restrepo, Especialista (Esp) en Derecho Privado

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Privado
Medellín, Antioquia, Colombia
2022

Cita	(Cardona Quintero, 2022)
Referencia	Cardona Quintero, E. (2022). <i>La Transformación de las obligaciones de la fiduciaria en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos a la luz de los derechos del consumidor</i> . [Trabajo de grado especialización].
Estilo APA 7 (2020)	Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Especialización en Derecho Privado, Cohorte X.



Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira

Jefe departamento: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

LA TRANSFORMACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA EN LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Esteban Cardona Quintero¹

Resumen.

El presente artículo tiene como propósito analizar las obligaciones de la Fiduciaria en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos. Este trabajo implica la revisión de los postulados de la doctrina, la jurisprudencia de las Altas Cortes, los fallos de la Superintendencia de Industria Comercio y las leyes dictadas en el marco de la regulación de las sociedades fiduciarias, respecto a la transformación de las obligaciones de la Fiduciaria dentro de la órbita de los Derechos del Consumidor Inmobiliario. Finalmente, se concluye que El Estatuto del Consumidor y la jurisprudencia en materia del Consumidor Inmobiliario imponen una serie de cargas a las sociedades fiduciarias en las fiducias inmobiliarias de administración y pagos para proteger los derechos de los consumidores, tales como información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad, seguridad y protección contractual.

Palabras Clave: Autonomía privada, Beneficiario del contrato de fiducia, Derechos del consumidor, Fiduciaria, Fiducia inmobiliaria.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS DE LA FIDUCIA MERCANTIL. 3. LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS. 4. TRANSFORMACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO. 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado del Negocio Inmobiliario del Grupo Éxito. Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Privado, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: esteban_cq@hotmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de fiducia mercantil se ha convertido en el vehículo de contratación preferido para el mercado inmobiliario colombiano. La anterior situación surge como una respuesta a la desconfianza generalizada de los compradores de vivienda durante la década de 1990 a raíz de la crisis del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante). La necesidad de recobrar esa confianza del mercado llevó a que el negocio inmobiliario centrara su atención en el contrato de fiducia mercantil, una figura de índole comercial y financiero con una regulación flexible que permitiría adecuar su funcionamiento a las necesidades de dicho negocio.

La participación de entidades fiduciarias en el mercado inmobiliario permite entender el fenómeno de crecimiento exponencial de dicho mercado. Se podría decir que “la decisión del consumidor a la hora de adquirir una unidad inmobiliaria va a estar soportada en el deber de seguridad y protección que otorga la entidad fiduciaria y que deriva de su experiencia, probidad, solidez, vigilancia y alta regulación” (Arango, 2020, pág. 134). Sin embargo, se evidencia que la hermenéutica jurídica aplicada en su mayoría para entender las obligaciones de las entidades financieras deja por fuera cualquier pilar de confianza que tenga el consumidor de cara a sus derechos, bajo la premisa de que las entidades fiduciarias en su rol de administradoras de patrimonios autónomos nacidos el contrato de fiducia mercantil, no pueden adquirir obligaciones de resultado.

La disyuntiva que subsiste entre los derechos del consumidor inmobiliario y la existencia de una regulación inflexible de los contratos de fiducia mercantil bajo el manto del Código de Comercio y el Estatuto Orgánico Financiero, obedece en un gran porcentaje a la marcada diferencia de contextos sociales en los cuales surgieron ambas figuras. El surgimiento del negocio fiduciario se puede enmarcar en un contexto fuertemente marcado por el sector bancario para el año 1923. Mientras que, la primera regulación en materia del derecho de consumo se encuentra en el decreto 3466 de 1982, siendo un decreto tardío para la defensa del consumidor, pues es claro que la adquisición de bienes y servicios es de aquellas actividades propias de una sociedad, pero que quizás para los años anteriores su protección no era del interés político.

La evolución de ambas instituciones y su convergencia en el mercado inmobiliario abre la discusión sobre la necesidad de armonizar el marco normativo y de interpretación de las obligaciones de las entidades fiduciarias, bajo la premisa de la protección de los derechos del consumidor inmobiliario consagrados en la ley 1480 de 2011. La necesidad de crear una línea interpretativa armónica viene dada por los derechos que pueden verse afectados en el desarrollo de un contrato de fiducia mercantil, pues un camino interpretativo excluyente de los postulados de la ley 1480 de 2011 “afecta el núcleo esencial de derechos constitucionales reconocidos en la Carta Política como el derecho a la vivienda, a la dignidad humana, a la igualdad y el deber de solidaridad” (Arango, 2020, pág. 134).

En medio de este paradigma interpretativo, surge un vehículo fiduciario que permitiría construir una línea hermenéutica armónica donde se podría abrir paso a la posibilidad de aplicar ciertas normas de protección del consumidor a las actividades de las entidades fiduciarias, sin desconocer el marco normativo especial que regula el ejercicio de las actividades financieras. Dicho vehículo corresponde a la fiducia inmobiliaria de administración y pagos enmarcado en el mercado inmobiliario, siendo su distintivo en este caso, el contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos o también llamadas fiducias completas. En la Circular Externa 29 de 2014, la Superintendencia Financiera define este tipo de fiducias como:

[...] el negocio fiduciario 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 [...] (Título II).

Por esta razón, el presente artículo tiene como objetivo describir y analizar la transformación de las obligaciones de las entidades fiduciarias en el contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos a la luz de los derechos del consumidor inmobiliario, bajo una perspectiva normativa, jurisprudencia y doctrinal. Para lo anterior, en un primer momento se analizan los antecedentes históricos y las nociones básicas del contrato de fiducia mercantil. Posteriormente, se abordará el análisis de las obligaciones de la Fiduciaria en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos. Finalmente, se pretenderá demostrar que los

derechos del consumidor consagrados en la ley 1480 de 2011, suponen la necesidad de un cambio de paradigma interpretativo respecto a las obligaciones de las entidades fiduciarias en el desarrollo de sus actividades dentro de un contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos.

2. ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS DE LA FIDUCIA MERCANTIL

En este capítulo se abordarán los antecedentes históricos del surgimiento de la fiducia mercantil en Colombia antes de la expedición del Código de Comercio de 1971 y se plantearán unas nociones básicas sobre la estructura jurídica de esta figura desde un análisis normativo con desarrollo jurídico y doctrinal. El objeto de estudio de las nociones básicas recaerá sobre las partes del contrato, objeto y el surgimiento del patrimonio autónomo.

El primer referente histórico relevante sobre el surgimiento de la fiducia mercantil en Colombia, puede ubicarse en la reforma financiera de 1923. La ley 45 de 1923 en cabeza de la Misión Kemmerer, “es el punto de partida para las consideraciones sobre la fiducia mercantil en el país. La concepción de que los bancos podían contar con una sección fiduciaria, siempre y cuando obtuvieran la debida autorización de la Superintendencia Bancaria” (González, 2019, pág.48). Al respecto, se podrían resaltar los esfuerzos por adaptar una figura propia del derecho angloamericano como lo es el *Trust* con la finalidad de dinamizar la economía y alejarse un poco de la figura tradicional de la propiedad fiduciaria civil que no respondía a dicho dinamismo.

La adaptación del *Trust* en el marco jurídico colombiano se traduce en “la autorización de secciones fiduciarias de los bancos para la realización de un marco de negocios denominado como encargo fiduciario” (González, 2019, pág.71). En términos generales, en dicho encargo fiduciario las entidades bancarias realizaban una gestión a favor del fideicomitente y que podría recaer sobre cualquiera de las actividades que podían ejecutar dichas entidades por mandato de la ley, tales, pero sin limitarse al registro de acciones y bonos, actuar como curadores y albaceas.

No obstante lo anterior, este primer acercamiento histórico sigue lejos de lo que hoy conocemos como fiducia mercantil. La figura del encargo fiduciario no concebía en su esencia la transferencia del dominio de los bienes que se entregan a las entidades financieras en ese ejercicio de administración o gestión. Sobre este punto, Carlos Andrés González León concluye que:

La legislación de 1923, no hace referencia a la transferencia del dominio de los activos que se entregan en administración al fiduciario, y no contiene ninguna observación sobre la posibilidad de formación de algo parecido a los patrimonios autónomos de los que se trata en la legislación mercantil colombiana actual, por lo que la única particularidad, que resulta común en el manejo de recursos financieros de terceros, se encuentra en la prevención del artículo 109 de la ley, al exigir que los activos que se entregan en fideicomiso se deben mantener separados del activo propio del fiduciario. (2019, pág. 71).

El segundo antecedente histórico que se encuentra en el camino de la construcción de la fiducia mercantil consagrada en el Código de Comercio de 1971 se encuentra en el proyecto de Código de comercio de 1958. Este proyecto normativo se aleja al encargo fiduciario consagrado en la ley 45 de 1923 introduciendo un elemento fundamental en el negocio fiduciario consiste en la enajenación de los bienes a favor del fiduciario al momento de la constitución de un fideicomiso para cualquier fin lícito como, por ejemplo, su administración o enajenación.

El artículo 1118 del proyecto de Código de Comercio de 1958, lo regulaba así:

El fideicomiso es un negocio jurídico por el cual una persona transmite a otra el dominio de sus bienes o de parte de ellos, con el encargo de enajenarlos, percibir sus frutos, o para cualquiera otra finalidad determinada, en provecho de un tercero o del mismo transmitente (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 240).

Una de las discusiones fundamentales que en su momento se planteó sobre la definición del fideicomiso, es el alcance del traspaso del patrimonio. Si se analiza de manera literal el artículo 1118, se podría abrir la posibilidad de una transferencia total del patrimonio a favor del fideicomiso, algo que es propio de una figura del derecho civil, como lo es la sucesión. Ahora bien, esta discusión no pasó más allá de un plano teórico, pues es claro que, en Colombia, el patrimonio es un atributo de la personalidad. Por tanto, no es posible realizar un traspaso integral de los bienes que conforman el patrimonio de una persona, porque no puede existir

jurídicamente una persona sin patrimonio. En el mismo sentido, y como un elemento adicional al alcance sobre el traspaso del patrimonio en este tipo de negocios, el Doctor Jaime Arrubla Paucar señala que “La transferencia de los bienes del fiduciante a la fiduciaria no comprende la plenitud del dominio, sino, solamente, la titularidad necesaria para que la entidad fiduciaria pueda cumplir con la finalidad de la fiducia” (Arrubla, 2013, pág. 234).

Ahora bien, entendiendo el límite sobre la facultad de disposición del patrimonio a favor del fideicomiso, es necesario verificar las características del patrimonio que surge al momento de darse la transferencia, ya que quizás en ese cuerpo normativo se podrían encontrar los cimientos de lo que hasta la fecha se encuentra regulado como patrimonio autónomo en el Código de Comercio de 1971. Lo anterior encuentra sentido, si se revisa el artículo 1131 del proyecto de Código de Comercio de 1958, el cual señala que “Los fondos provenientes de fideicomisos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario” (Comisión Revisora del Código de Comercio, 1958, Vol. 1, p. 243). Dicho artículo claramente estipula la distinción entre el patrimonio proveniente del fideicomiso y el patrimonio conformado por los demás activos del fiduciario. En el mismo sentido, el artículo 1136, reafirma la creación de un patrimonio autónomo, pero esta vez, desde la perspectiva del patrimonio del fideicomitente (la persona que trasfiere para la creación del fideicomiso), pues se señala que por regla general los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir los bienes dados en aporte para la creación del fideicomiso.

Después de hacer una revisión histórica de los dos referentes más relevantes sobre el surgimiento de la fiducia mercantil en Colombia, se podría concluir que el proyecto de Código de Comercio de 1958 fue quizás la referencia más clara para el surgimiento de esta figura en el Código de Comercio de 1971. La inclusión de regulaciones sobre el patrimonio autónomo sin que se mencionara expresamente esta figura, permitió que la comisión redactora de 1971 tuviera un panorama claro sobre uno de los elementos fundamentales en esta tipología contractual, y a partir del mismo, ajustar la redacción sobre las implicaciones del surgimiento, protección, administración y liquidación de dicho patrimonio.

Teniendo claros los antecedentes históricos de la fiducia mercantil en Colombia, es necesario abordar la segunda parte del presente capítulo, mediante la presentación de unas nociones básicas de esta figura a partir de su inclusión como contrato típico a partir de 1971. Dicho año se expide el Código de Comercio, el cuerpo normativo que define la fiducia mercantil en los siguientes términos:

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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (Código de Comercio, 1971, art 1226).

A partir de la definición normativa de la fiducia mercantil, se pueden desglosar unos elementos de su esencia y algunas características básicas propias de este negocio. Al respecto, se hace claridad, que, en este primer capítulo, respecto a los elementos, solo se hará referencia a las partes del contrato, el objeto de la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo. Las obligaciones y derechos de los intervinientes en el negocio fiduciario serán objeto de análisis en los capítulos siguientes al momento de abordar la fiducia inmobiliaria de administración y pagos.

Sobre las partes del contrato, es necesario señalar que estrictamente se deben considerar como parte al fideicomitente o fideicomitentes y el fiduciario. Lo anterior se desprende de un análisis lógico del artículo 1229 del Código de Comercio. En dicho artículo, el legislador de manera expresa regula que “para la constitución del fideicomiso no es necesario la existencia del fideicomisario” (Código de Comercio, 1971). La función del fideicomisario o beneficiario en la operación fiduciaria es de tercero, lo anterior sin perjuicio de que la calidad de beneficiario pueda recaer sobre el mismo fideicomitente, acción que es permitida en los términos del artículo 1226, contenida en la expresión “en provecho de éste” (Código de Comercio, 1971).

Sobre el fiduciante, se puede señalar que no se exige alguna condición especial, caso diferente para el fiduciario como se demostrará más adelante. Según Diana Paola Gaitán, el fiduciante puede ser:

Una persona natural o jurídica, que transfiera uno o más bienes al fiduciario, para que se los administre o venda según la finalidad encomendada en el contrato o en el acto testamentario, y en la modalidad que más crea conveniente para sus intereses el de un tercero llamado beneficiario (2004, pág. 10).

Respecto al fiduciario, del inciso final del artículo 1226 del Código de Comercio, se infiere que, en Colombia, “solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios” (Código de Comercio, 1971). Sin embargo, con la expedición de la ley 45 de 1990, se excluyó a los establecimientos de crédito para ostentar la calidad de fiduciarios, y a partir de dicho año, solo pueden ser fiduciarios aquellas sociedades anónimas autorizadas por el Estado y sujetas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2017, pág. 4).

Finalmente, sobre el beneficiario o fideicomisario, como ya se había señalado anteriormente, se debe considerar como un tercero respecto al contrato de fiducia mercantil, pero como un elemento fundamental de esta figura contractual. El fin último de la fiducia mercantil es la generación de un beneficio como resultado del encargo encomendado al fiduciario, y la posibilidad de transferir dichos beneficios al fideicomisario. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, define el beneficiario como:

[...]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, 2009, sentencia 11001-3103-0392000-00310-01).

Con respecto al objeto del contrato de fiducia mercantil, se parte de que el fideicomiso “como todo contrato supone de un objeto lícito” (Arrubla, 2013, pág. 161). En términos generales, se puede entender que el objeto de este contrato “consiste en la transmisión fiduciaria de un determinado bien o bienes, para su ejercicio por la fiduciaria, en beneficio de otro u otros sujetos (los beneficiarios)” (Molina, 2009, pág. 51).

Sobre este punto, se puede inferir entonces que, en principio, el objeto de la fiducia mercantil puede:

Versar sobre toda clase de bienes y derechos, excluyendo de estos, aquellos personalísimos como la vida, la integridad corporal, la identidad, la intimidad, el honor y la fama, es decir, aquellos derechos originarios, universales, subjetivos, privados, absolutos y extrapatrimoniales que no son susceptibles de enajenación alguna (Rodríguez, 2017, pág. 201)

Ahora bien, es importante precisar que en Colombia se encuentra una limitación para la fiducia mercantil, sobre lo que se podría entender como el objeto del contrato. Al respecto, se considera destacar lo regulado en el Código de Comercio y la Circular Básica 021 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Por un lado, el Código de Comercio, en el artículo 1230, señala que está prohibido “celebrar negocios fiduciarios secretos y, los negocios fiduciarios en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente (Código de Comercio, 1971). Por otro lado, La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la expedición de la Circular Básica 029 del 3 de octubre de 2014, regula en la parte II, título II, capítulo I, numeral 2.2.3 que “El negocio fiduciario no puede servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.

En el camino del estudio de las nociones básicas de la fiducia mercantil, al haber abordado de manera general las partes y el objeto de la fiducia mercantil, emerge el patrimonio autónomo como uno de los elementos esenciales de esta tipología contractual. La transferencia de bienes del fideicomitente al fiduciario, necesariamente implica la creación de un patrimonio independiente a los bienes del fideicomitente y del fiduciario. Esta primera noción sirve para aclarar que dicho patrimonio autónomo “se encuentra sustraído de la prenda general de los acreedores de la fiduciaria y en principio, de los del fideicomitente, y únicamente está llamado a responder por las obligaciones contraídas en el desarrollo de la finalidad perseguida” (Gaviria, 1987, pág. 388). En este punto, se dejará una definición sobre el patrimonio autónomo a partir de lo estudiado por la Corte Constitucional. Al respecto la sentencia C-438 de 2017, lo define como “un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal y diferente a

la persona que le dio origen (fiduciante, fideicomitente o constituyente), quien lo administra (fiduciario) y quien habrá de recibirlo (fideicomisario o beneficiario)”.

Teniendo en cuenta que el Código de Comercio no realiza un desarrollo amplio de la figura del patrimonio autónomo, es necesario apoyarse en la doctrina para ampliar un poco las características de esta figura. Al respecto, Carlos Andrés González León señala las siguientes:

El patrimonio autónomo nace como consecuencia de haber celebrado un contrato de fiducia con un sujeto calificado en la administración fiduciaria. En Colombia, sociedades fiduciarias debidamente constituidas y autorizadas para funcionar, contrato en el cual deberán aparecer, claramente determinados, los lineamientos de la administración (elemento teleológico).

(ii) El patrimonio autónomo está comprendido por aquellos bienes transferidos a título de fiducia, para lo cual se deben observar las reglas establecidas para la tradición de los mismos, de acuerdo con su clase.

(iii) El patrimonio autónomo no cuenta con una persona natural o jurídica o natural como propietario. El constituyente ha enajenado los bienes que conforman el patrimonio autónomo y, por lo tanto, ya no hacen parte de su esfera jurídica patrimonial. La sociedad fiduciaria, como persona jurídica, no es titular de los derechos de propiedad sobre los mismos porque debe mantenerlos separados de su patrimonio como persona jurídica.

(iv) Los beneficiarios del contrato de fiducia no tienen ningún derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitados, debido a que solo pueden ser fideicomisarios el mismo constituyente, que es, justamente, quien los ha enajenado inicialmente, o un tercero que designe el constituyente, por lo que el tercero no se encuentra vinculado al negocio más que por ésta calidad, de tal forma que los acreedores de los beneficiarios solo tendrán la posibilidad de perseguir aquellos bienes o rentas que por razón misma de lo previsto en el contrato de fiducia, se encuentren llamados a percibir. (v) Solo es posible mantener la existencia del patrimonio autónomo en la medida en que los fines encomendados puedan realizarse o no se agoten. En el evento contrario, imposibilidad de ejecución de los fines para los que fue constituida la fiducia o agotamiento de los mismos, el patrimonio autónomo deberá ser liquidado. (González, 2018, pág. 97).

Con respecto a las características más relevantes de la fiducia mercantil, es pertinente resaltar las recopiladas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de agosto de 2014. La Corte resalta las siguientes:

(i) la ejecución de los compromisos adquiridos con el contrato por parte de una entidad profesional; (ii) la transferencia de bienes a la fiduciaria que dan lugar al surgimiento de

un patrimonio autónomo y (iii) un objetivo delimitado por la finalidad pretendida por el constituyente (Corte Suprema de Justicia, 2014, sentencia SC5438-2014).

Hasta aquí el acercamiento general de las nociones básicas de la Fiducia Mercantil. En conclusión, la fiducia mercantil en Colombia surge con la expedición del Código de Comercio de 1971, con un antecedente histórico en el proyecto de ley de 1958, en donde se incluyeron algunos elementos que aún perduran en la regulación normativa de dicha figura. La regulación a partir de su inclusión como contrato típico permite resaltar una serie de elementos propios de esta tipología contractual, como lo es el surgimiento de un patrimonio autónomo y las cualidades exigidas para una de las partes del contrato (el fiduciario). A partir de estas nociones básicas se crea un panorama preliminar para abordar de manera más profunda la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, como unas de las modalidades de fiducia mercantil y que es objeto de análisis del presente trabajo.

3. LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS

Una vez superado el estudio del origen de la fiducia mercantil en Colombia y las nociones básicas sobre esta tipología contractual, es posible centrar el análisis del presente artículo a la figura de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos como una de las tipologías especiales que se desprenden del marco general del negocio fiduciario. Para lo anterior, será necesario revisar la posición adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre los elementos de este tipo fiduciario y la perspectiva de la doctrina sobre su uso en las relaciones contractuales del ámbito inmobiliario.

Sobre el negocio fiduciario, es importante señalar que, en Colombia, las finalidades para las cuales se crean los fideicomisos se encuentran en un espectro muy amplio “ya que existe una amplia gama de actividades económico-jurídicas que pueden ser realizadas a través de la fiducia mercantil” (Corte Suprema de Justicia, 2006, Sent. 0293). De igual manera, es necesario precisar que este tipo de contratos “ha sido calificado como un negocio de carácter instrumental” (Corte Suprema de Justicia, 2006, Sent. 0293). Se podría señalar entonces que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad y según las necesidades que busquen suplir las partes, en el

ordenamiento jurídico de nuestro país, es posible usar este vehículo contractual para cualquier finalidad lícita y ajustar su funcionamiento según esas necesidades especiales que requieran las partes. En palabras del autor Nicolas Arango Vélez, “los tipos de negocios fiduciarios reconocidos en Colombia abarcan de manera casi que ilimitada, todos los actos y negocios jurídicos lícitos, salvo aquellas excepciones legales que reservan taxativamente determinadas actividades a estatutos especiales” (Arango, 2019, pág.145).

En el marco del dinamismo propio del negocio fiduciario, asoma la figura de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos o Fiducia Inmobiliaria Completa. Sobre el particular, es relevante resaltar que en este tipo fiduciario se encuentra “una mayor interrelación entre el consumidor inmobiliario y la entidad fiduciaria; un mayor grado de participación de esta en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual” (Arango, 2019, pág.145). De lo anterior, se infiere que una de las características fundamentales de este negocio, es la función determinante de la Fiduciaria en todas las etapas del contrato, y cuyas actividades pueden encontrarse desde la administración y vigilancia hasta la entrega de la unidad inmobiliaria resultante del negocio fiduciario.

Otra de las características fundamentales de la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos, es que la misma no se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico; por lo tanto, se debe partir del marco general dado por lo establecido en el Código de Comercio para la Fiducia Mercantil y las diferentes circulares básicas emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Un primer acercamiento a la noción de esta fiducia se encuentra en la Circular Externa 007 de 1996, emitida por la Superintendencia Bancaria, que refiere:

[...] Aquel negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato [...] (Superintendencia Bancaria, 1996, Circular Externa 007).

Posterior a este primer acercamiento y previo a la construcción de la definición vigente a la fecha sobre la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, la Superintendencia Financiera de Colombia, realiza un análisis sobre las diferentes variantes que pueden predicarse

sobre la participación de la fiduciaria en el desarrollo de un proyecto inmobiliario. Al respecto, en el Concepto 2004043706-2, se expuso lo siguiente:

[...] De conformidad con lo expuesto, las sociedades fiduciarias, la mayoría de las veces, con ocasión del contrato de fiducia mercantil, desarrollan la actividad de fiducia inmobiliaria comprometiendo únicamente a administrar los recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales compradores, asumiendo simplemente el manejo de la tesorería del proyecto. [...] En otros casos, puede comprometerse con el fideicomitente a ser ella misma quien se encarga de administrar y desarrollar el proyecto inmobiliario, para lo cual contrata personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del contrato de fiducia” [...] (Superintendencia Financiera, 2004, Concepto 2004043706-2).

En el mismo sentido, la doctrina de manera uniforme refuerza lo expresado por la Superintendencia Financiera respecto a la posibilidad de encontrar una clasificación de la fiducia inmobiliaria conforme el grado de participación de la fiduciaria en el contrato. Sobre el particular, el profesor Baena Cárdenas señala que:

[...]se reconocen en el mercado distintas modalidades que se diferencian entre sí por el grado de participación que la sociedad fiduciaria tiene, el cual puede comprender únicamente la administración de recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales adquirentes, asumiendo solo el manejo de la tesorería del proyecto, o puede comprender la administración y desarrollo integral del proyecto, para lo cual contrata a personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes corresponda de acuerdo con el respectivo contrato fiduciario [...] (Baena, 2013, pág. 30).

En el espectro de participación de la fiduciaria en este tipo de fiducias, asoma la figura de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos como aquella tipología que cobija la mayor cantidad de actividades, obligaciones y deberes que puede tener la fiduciaria en las fiducias inmobiliarias. Sobre el particular, se debe avanzar hasta el año 2014 para encontrar una definición sobre esta figura. En la Circular Externa 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera, la describe como:

[...] el negocio fiduciario 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 [...] (Superintendencia Financiera, 2014, Circular Externa 29).

De la anterior definición, se puede reafirmar lo dicho en líneas anteriores, que la fiducia inmobiliaria de administración y pagos es aquella donde más grado de participación tiene la fiducia, pues se requiere de su actuar desde la etapa de la transferencia del inmueble, hasta la transferencia de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario, y centrando el mayor esfuerzo en la etapa de administración del proyecto inmobiliario. En palabras de Arango Vélez, en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos “es nota característica, además, el desarrollo integral del proyecto o integralidad de participación, aspecto perfectamente viable al ser el negocio fiduciario en esencia flexible y no contradecir ninguna disposición imperativa” (2019, pág. 149).

Adicional a la integralidad de participación señalada por Arango Vélez como una de las notas características de la fiducia de administración y pagos, es preciso referenciar otro de los elementos esenciales de cualquier tipo de negocio fiduciario y en particular de las fiducias inmobiliarias de administración y pagos, para entender la connotación subyacente al grado de participación de la fiduciaria y la inminente sobrecarga de responsabilidad a diferencia de lo predicados de las otras fiducias inmobiliarias. Dicho elemento es la confianza que depositan los diferentes actores del mercado inmobiliario, y propiamente aquellos que directa o indirectamente participan en la creación, ejecución y liquidación del negocio fiduciario, sobre la sociedad fiduciaria para la realización de lo encomendado conforme a las instrucciones señaladas en el contrato de fiducia mercantil. Este sentimiento, se genera por las cualidades que debe reunir una sociedad en Colombia para realizar actividades fiduciarias. Al respecto, se señala que dichas sociedades deben ser “sociedades de servicios financieros, autorizadas y sujetas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia” (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2017, pág. 5). Sobre lo anterior, el profesor Luis Gonzalo Baena Cárdenas define la función del contrato de fiducia inmobiliaria en los siguientes términos:

De manera que la verdadera función económica, constitutiva de la razón de ser de la fiducia inmobiliaria, no es otra distinta que la de otorgar confianza a los promotores/construtores/desarrolladores 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 (2017, pág. 74).

La delimitación de las cualidades necesarias para fungir como entidad fiduciaria es la ecuación que podría explicar ese sentimiento de confianza generalizado, que se predica en este tipo de negocios. De lo anterior, se deduce que el grado de profesionalismo y transparencia será mayor si la sociedad que administra los recursos de un proyecto inmobiliario es una sociedad vigilada y supervisada por un organismo de control como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia. De lo expuesto, se extrae el carácter profesional inherente a las fiduciarias, como un elemento necesario para garantizar que la confianza depositada por los demás actores del negocio fiduciario será retribuida con un ejercicio de “protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas” (Rodríguez, 2017, pág. 474).

En el desarrollo del presente capítulo, queda claro que la fiducia inmobiliaria de administración y pagos es un vehículo contractual de carácter instrumental, que por esencia es flexible, entendiendo que en Colombia este tipo de contrato es atípico. Por tanto, su regulación se encuentra supeditada a la autonomía de la voluntad. Es en este escenario donde surgen los diferentes cuestionamientos respecto a la necesidad de flexibilizar el marco rígido normativo que rodea a las entidades fiduciarias y ajustar su funcionamiento a este tipo de vehículos inmobiliarios para asegurar que en el cumplimiento de sus obligaciones se busque la protección de los derechos de los consumidores inmobiliarios en su papel de beneficiarios, entendidos estos derechos, como aquellos consagrados no solo en la Ley 1328 de 2009 sino también en la Ley 1480 de 2011.

En este punto, es necesario precisar qué se entenderá por beneficiario en este tipo de fiducias para los fines académicos del presente artículo. Las características que se expondrán a continuación serán determinantes para entender el marco de transformación de las obligaciones.

Sobre la figura del beneficiario, no se encuentra una postura pacífica sobre su calidad como tercero en el contrato de fiducia mercantil. A lo anterior, se suma que el Código de Comercio no trae una definición sobre el beneficiario; por tanto, se debe acudir en primera

medida a la doctrina para encontrar una noción sobre esta figura. Orozco Palacios, define al beneficiario como “la persona que debe recibir los bienes transferidos junto con sus frutos y rendimientos al finalizar el contrato” (Orozco, 2015, pág. 154).

En materia arbitral, el beneficiario se ha considerado como parte del contrato cuando se trate de fiducias inmobiliaria, concepto que se distancia de lo que tradicionalmente se ha dicho sobre el beneficiario. Según el autor Ricardo Botero Derazo, se encuentran dos precedentes en materia arbitral que respaldan esta postura. En un primer momento, señala que, en laudo arbitral del 3 de agosto de 2000 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se consideró que:

El beneficiario del contrato de fiducia inmobiliaria adquirió la calidad de parte del mismo, en la medida en que suscribió los contratos de adhesión predispuestos por la sociedad fiduciaria, en los cuales constaba inequívocamente la intención de darle a aquél la calidad de parte del contrato de fiducia en cuestión, lo que implica que con su adhesión se configuró una unidad de negocio, surtiendo como efecto la vinculación del beneficiario como parte principal del contrato (Derazo, 2021, pág. 15).

El segundo momento, que señala el referenciado autor, se encuentra en el laudo arbitral del 18 de noviembre de 2006 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, en el cual se sostiene que:

En los contratos de fiducia se establecen derechos a favor del beneficiario, y que estos solo pueden predicarse respecto de quienes tienen la calidad de partes de un contrato, permitiéndole ejercer acción de responsabilidad contractual en contra del fiduciario, demandar la nulidad de los actos realizados por el fiduciario, o exigir el cumplimiento de sus obligaciones (Derazo, 2021, pág. 15).

A diferencia de lo manifestado en los anteriores laudos arbitrales, en la doctrina colombiana se mantiene en su mayoría la posición tradicional, de que el beneficiario se debe considerar como “un tercero que deriva su derecho de una estipulación a su favor hecha por el fideicomitente en el acuerdo fiduciario” (Rodríguez, 2017, pág. 250). No obstante lo anterior, al momento de aterrizar el análisis del beneficiario en las fiducias inmobiliarias, surge una variante importante, pues en este caso, se pueden encontrar supuestos en donde la calidad de fideicomitentes, la tiene “los fideicomitentes iniciales y el o los fideicomitentes adherentes, inversionistas o beneficiarios de área” (Baena, 2017, pág. 188). Para el caso que nos atañe, ese

beneficiario de área, según Luis Gonzalo Cárdenas, se debe considera como “los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción, quienes se vinculan o adhieren al contrato de fiducia mercantil mediante contratos de vinculación” (Cárdenas, 2017, pág. 188).

Una postura diferente, es la señalada por Ricardo Botero Derazo, que insiste en la idea de que el beneficiario en la fiducia inmobiliaria no debe considerarse como un simple tercero, cuando existen de por medio contratos de adhesión, de vinculación o cartas de instrucciones.

En palabras de dicho autor:

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”, “fideicomitente inversionista” o “fideicomitente aportante”, denominaciones que no solo obedecen a un aspecto meramente formal, sino que tienen tal calidad en virtud del aporte efectuado a favor del esquema de fiducia inmobiliaria (Derazo, 2021, pág. 18).

Se puede concluir que en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, la fiduciaria asume un papel fundamental, pues se predica una participación de ésta en las diferentes etapas del proyecto inmobiliario. Bajo la perspectiva del análisis doctrinal, “la concurrencia de la fiduciaria en la celebración del negocio jurídico de vinculación y en la tradición o entrega jurídica son trascendentales al impactar pilares básicos de la Ley 1480 de 2011” (Arango, 2019, pág. 151), como lo son la calidad, idoneidad y seguridad. Con respecto al papel del beneficiario, este puede representar una condición diferenciadora de otros tipos de fiducias mercantiles. En esta tipología se encuentra que el beneficiario en la mayoría de la hipótesis ostenta la calidad de consumidor y que a su vez puede tener la connotación de fideicomitente adherente. La calidad de consumidor del beneficiario supone la necesidad de acudir al proceso de integración normativa. En la relación jurídica que pueda surgir entre la fiduciaria y el consumidor inmobiliario, no bastará con acudir a lo pactado bajo el principio de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, será necesario acudir al Código de Comercio para tener un marco general sobre el contrato de fiducia mercantil y a los diferentes cuerpos normativos del sector financiero que regulen la actividad fiduciaria. En segundo lugar, será necesario acudir a normas de carácter

imperativas, tales como la Ley 1480 de 2011. Lo anterior con miras a entender de manera clara, las obligaciones que se pueden predicar de la fiduciaria en el marco de la protección de los consumidores inmobiliarios.

4. TRANSFORMACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO.

Teniendo claros los conceptos generales sobre la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, y la importancia del papel de la fiduciaria en este tipo de negocios mercantiles; es necesario revisar la concepción respecto al alcance de las obligaciones de la fiduciaria y evaluar si es pertinente y necesaria la transformación de dicho esquema a la luz de los derechos del consumidor inmobiliario. Para lo anterior, se plantearán una serie de reflexiones que abarcan una postura de carácter doctrinal que propugna por un cambio de paradigma de cara a reforzar la protección del beneficio inmobiliario en la fiducia mercantil de administración y pagos.

En primer lugar, es necesario enmarcar las obligaciones generales y especiales aplicables actualmente a la fiducia inmobiliaria de administración y pagos conforme a lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia. En dicho sentido, son deberes generales de las sociedades fiduciarias:

Deber de información; deber de asesoría; deber de protección de los bienes fideicomitidos; deber de lealtad y buena fe; Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad; Deber de previsión; Deber de evitar establecer cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno; Deber de hacer claridad sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente; Deber de evitar la inclusión de cláusulas que faculten a la sociedad fiduciaria para modificar unilateralmente el contenido del contrato; Deber de evitar estipular cláusulas que le permitan a la sociedad fiduciaria eximirse de responsabilidades frente al cumplimiento de los anteriores deberes (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, Circular Externa 029).

De igual manera, la norma anteriormente citada, consagra como obligaciones específicas de las sociedades fiduciarias en la fiducia inmobiliaria, previo a la celebración del contrato de fiducia mercantil, las de evaluar, valorar y verificar:

5.2.1.1. Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.

5.2.1.2. Que la tradición de los inmuebles no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.

5.2.1.3 Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.

5.2.1.4. Que se encuentren dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.

5.2.1.5. Que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra.

5.2.1.6. Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

5.2.1.7. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

5.2.1.8. Que se cuente, durante todas las etapas del proyecto inmobiliario según aplique, con pólizas de seguro que amparen, por los menos, los riesgos de daños a la obra y los riesgos en la construcción, los daños a la maquinaria de la obra, los daños a terceros y los riesgos de responsabilidad civil (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, Circular Externa 029).

En consecuencia, es claro el panorama sobre las obligaciones que se pueden predicar sobre este tipo de negocios fiduciarios, a la luz de la normatividad de la Superintendencia Financiera y que según Ricardo Botero “están encaminadas a verificar que las condiciones técnicas, jurídicas y financieras están debidamente acreditadas, lo cual redundará favorablemente en el éxito integral del proyecto inmobiliario” (Botero, 2021, pág. 28). Superado lo anterior, es posible abordar el segundo punto temático del presente capítulo, respecto a la necesidad de integrar el Estatuto del Consumidor para el análisis y delimitación sobre el alcance de las obligaciones anteriormente señaladas.

Para explicar el fenómeno de integración del Estatuto del Consumidor al contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, se hará uso de la figura de la conexidad contractual, la cual es definida por la Corte Suprema de Justicia cómo:

contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. (...). El acento aparece puesto en el ‘negocio’ y no en el ‘contrato’. (...). Y de allí la conexidad, vinculación, relación o colegiación. (...). Con las mismas ‘partes’ o con ‘partes’ que sólo coinciden a media (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo, 2017, Sent. SC184762017).

Por tanto, la conexidad contractual es un claro ejemplo de la evolución jurídica de las relaciones que se pueden enmarcar en el mercado inmobiliario, donde se ha dejado atrás la relación típica entre un constructor y el adquiriente final para pasar a una serie de relaciones complejas, en donde confluyen varios actores, contratos y que conllevan diferentes tipologías de obligaciones que se pueden enmarcar en una sola finalidad delimitada por el contrato de fiducia inmobiliaria, y que para el caso de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, se puede entender según Baena Cárdenas como:

[...] el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda y la adquisición de las unidades inmuebles resultantes del mismo por parte de terceras personas quienes se espera aportarán los recursos necesarios para la construcción; adquisición que, a su vez, tienen como presupuesto necesario tanto el contrato de fiducia mercantil – o de encargo fiduciario, según el caso- como el contrato de construcción (Baena, 2017, pág. 58).

Dentro de esa serie de relaciones complejas que se pueden materializar en la ejecución de un contrato de fiducia inmobiliaria, resalta aquella que se puede predicar entre la fiduciaria y el consumidor, y en donde se puede encontrar la obligación de aplicación de las prerrogativas consagradas a favor del consumidor en el Estatuto del Consumidor. En este punto, es preciso desvirtuar aquel supuesto defendido por un sector de la doctrina, en donde se niega totalmente la aplicación del Estatuto del Consumidor, al considerar que existe una norma especial que regula los derechos del consumidor, como lo es el Estatuto de Consumidor Financiero. Al respecto, resulta acertado mencionar la reflexión realizada por Arango Vélez, quien cierra dicha discusión en las siguientes palabras:

Se debe resaltar que, en este tipo de esquemas, aun cuando el consumidor se vincula con una fiduciaria bajo cualquier tipo de modalidad, lo que busca no es adquirir un producto financiero o convertirse en inversionista, sino obtener un bien material, una unidad inmobiliaria para suplir en la mayoría de los casos su necesidad de vivienda. No persigue adquirir un producto financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que lo obtiene a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto. Como se ha dicho en la jurisdicción argentina: [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato (2020, pág. 181).

Superada la anterior discusión, es imperativo recobrar el camino del análisis sobre la integración del Estatuto del Consumidor. Retomando los postulados analizados en capítulos anteriores, se trae a colación la premisa de la participación activa de la sociedad fiduciaria en las fiducias inmobiliaria de administración y pagos, lo cual supone que sea necesario un mayor juicio de responsabilidad de las sociedades fiduciarias de cara a la exigencia por el respecto y protección de los derechos de “información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad reguladas en la Ley 1480 de 2011” (Arango, 2020, pág. 192). Dicha responsabilidad, que recae sobre la sociedad fiduciaria, se debe predicar no solo sobre sus actuaciones, sino también, de su responsabilidad de vigilancia sobre los demás actores que participan en la ejecución del proyecto inmobiliario propugnando en todo momento por la protección de los derechos anteriormente mencionados. En conclusión, la sociedad fiduciaria debe responder “ante el consumidor por el cumplimiento de las garantías legales y

constitucionales consagradas en la Ley 1480 de 2011” (Arango, 2020, pág. 183).

La complejidad propia del contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, explicada mediante la conexidad contractual, requiere la integración del Estatuto del Consumidor como un elemento normativo necesario para reforzar la protección del consumidor, pues se considera que el consumidor inmobiliario debe contar con una protección doble otorgada por la ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011. De acuerdo con Arango Vélez, esta duplicidad de regímenes protectores es posible porque:

[...] mientras aquella al regular el objeto y ámbito de protección en el artículo primero permite su complemento con otras normas, está en el artículo segundo de forma coherente da plena aplicación a los regímenes particulares pero suplementados o complementados de la forma más favorable al consumidor (Arango, 2020, pág. 183).

Bajo la mirada crítica de la doctrina, se concluye entonces que, la discusión sobre la exclusión de la aplicación de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) al existir una regulación especial para el consumidor inmobiliario (Ley 1328 de 2009) debe dejarse un lado, y avanzar sobre la construcción de un marco de integración para sentar las bases sobre la evolución de las obligaciones de la sociedad fiduciaria a la luz de la Ley 1480 de 2011.

Para continuar con el análisis sobre la integración de la Ley 1480 de 2011 al contrato de fiducia inmobiliaria, se hace referencia a la aplicación de cláusulas contenidas en el contrato de fiducia mercantil y que pueden resultar abusivas para el consumidor. Al respecto, la doctrina ha sido pacífica en señalar que en cuanto el consumidor como beneficiario no es parte del contrato de fiducia mercantil, al mismo no le son aplicables aquellas cláusulas pactadas entre los fideicomitentes que vayan en contravía de sus derechos de información y publicidad, garantía, seguridad y protección contractual.

Con respecto a las obligaciones de la sociedad fiduciaria, es preciso enfatizar en el principio de la debida diligencia que se debe predicar de la sociedad fiduciaria en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho principio resulta aún más relevante, si se tiene en cuenta que una de las características fundamentales de los negocios fiduciarios es la confianza; por un lado, la que depositan los fideicomitentes en la sociedad fiduciaria para realizar lo encargado, y por otra, la que depositan los beneficiarios “motivados por esta confianza, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad, eficiencia y vigilancia del estado, para celebrar contratos de adquisición inmobiliaria estando el proyecto aun en una etapa previa” (Corte Suprema de Justicia, 2006, exp. 05001-3103-012-19991000-01).

Es clara la importancia que se predica sobre el principio de debida diligencia, que el mismo se encuentra reflejado en la normatividad aplicable a las fiducias inmobiliarias de administración y pagos. Lo anterior, no solo por la confianza anteriormente expuesta, sino también, por el carácter profesional inherente a las sociedades fiduciarias, lo cual supone una capacidad suficiente para enmarcar el cumplimiento de sus obligaciones en

la máxima debida diligencia posible. Sobre el particular, Arango Vélez realiza un recuento sobre el reflejo de dicho principio:

El artículo 1234 numeral 1º del Código de Comercio fija como deber indelegable de la fiduciaria el de realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Por su parte, la Ley 1328 de 2009, además de consagrar como principio rector esta pauta de conducta profesional, plasma como derechos del consumidor en desarrollo del mencionado principio, el de recibir productos y servicios con estándares de calidad y seguridad (art. 5º lit a); y, como deberes de estas, el de entregar el producto o prestar el servicio en forma debida, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos (art. 7º lit b). A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 –, dicta como regla general de conducta el deber de obrar en el marco de la ley, dentro del principio de buena fe y de servicio al interés público (art. 72º). En desarrollo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Circular Básica Jurídica Parte ii, Título ii, Capítulo Primero, itera en el deber de diligencia, profesionalismo y especialidad como la obligación de poseer ex ante los conocimientos técnicos y experiencia suficientes y emplearlos de cara a una mejor ejecución y previsión (Núm. 2.2.1.2.5). Por último, el Estatuto General de Protección al Consumidor, prevé que sus objetivos se enderezan a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como a amparar el respeto de su dignidad y sus intereses económicos (art. 1º) (Arango, 2020, pág. 187).

Sobre la debida diligencia enmarcada en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), se precisa la presencia de derechos fundamentales del consumidor. Por lo tanto, el grado de exigencia es aún mayor, teniendo claro, que la fiduciaria debe encuadrar sus acciones en el marco del Estado Social de Derecho. Al respecto el profesor Baena Cárdenas señala que:

[...] ese linaje constitucional y supra legal que reconoce y desarrolla los derechos fundamentales de los consumidores financieros conduce necesariamente a una nueva manera de interpretar el régimen que informa la responsabilidad de las instituciones financieras, haciendo que el nivel de diligencia se torne más exigente. Y es que, siguiendo las necesidades básicas del consumidor señaladas en el artículo 78 cp, las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 se han encargado de concretar la responsabilidad civil de las instituciones financieras en general, enfatizando en aquellos aspectos relacionados con la confirmación de que el consumidor financiero tiene derecho a ser informado y educado y con el deber de garantizar las condiciones de calidad en la prestación de los servicios financieros propios del objeto social de tales entidades [...] (Baena, 2013, pág. 269).

Para completar la integración normativa que se ha planteado en el presente capítulo, se reflexiona sobre el precepto que señala que las sociedades fiduciarias solo pueden ser titulares de obligaciones de medio y en ningún momento de resultado. Al

respecto, el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, numeral tercero, señala que “los encargos y contratos fiduciarios, no podrán tener por objeto la asunción de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”. La misma ley abre la puerta para la posibilidad de modificar dicha prohibición. Por ejemplo, al momento de analizar la fiducia inmobiliaria de administración y pagos se encuentra una marcada diferencia sobre el papel de la fiduciaria, saliendo a luz su protagonismo y función trascendental en las diferentes etapas del proyecto inmobiliario. Por tanto, aquella afirmación sobre las obligaciones de medio no resulta precisa. Se debe analizar cada caso particular y revisar el tipo de fiducia, las partes intervinientes, el objeto de la fiducia, el grado de participación de la sociedad fiduciaria y la obligación de proteger derechos del consumidor.

Mismo rango de análisis se ha manifestado en la justicia arbitral, al momento de revisar la responsabilidad de las sociedades fiduciarias. En dicho escenario de debate, se establecen algunos parámetros orientadores que permiten llegar a la misma conclusión respecto a la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones de resultado en los contratos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos en cabeza de la sociedad fiduciaria. El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá se pronunció sobre el particular así:

[...] su responsabilidad debe ser evaluada a la luz de las obligaciones que de su condición de profesional se derivan incluyendo los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, deberes que son propios de las personas que se anuncian al público como poseedoras de un “expertise” que permite confiar en su gestión exitosa Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. (Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2009, laudo 150).

5. CONCLUSIÓN

En el desarrollo de este artículo, se abordaron los antecedentes históricos sobre el surgimiento del contrato la fiducia mercantil en Colombia antes de la expedición del Código de Comercio de 1971. De igual manera se precisaron las nociones básicas de dicho contrato,

haciendo énfasis en las partes, objeto y surgimiento del patrimonio autónomo. También se precisaron los elementos del contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, donde se evidenció un vehículo contractual de carácter instrumental y flexible, en donde la sociedad fiduciaria tiene una mayor interrelación con el consumidor inmobiliario; y su participación es necesario en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual.

Finalmente, se expuso la necesidad de transformar el panorama obligacional de las sociedad fiduciarias en los contratos de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, bajo la perspectiva de la integración normativa de Estatuto del Consumidor, pues la participación activa de la sociedad fiduciaria, supone un mayor juicio de exigencia respecto a la protección de los derechos de información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad regulados en dicho Estatuto.

De la mano de lo anterior, quedan una serie de reflexiones abiertas respecto a la evolución del contrato de fiducia mercantil bajo la figura de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, tales como, la posibilidad de replantear la postura máxima de que las sociedad fiduciarias solo pueden soportar obligaciones de medio y la aceptación generalizada de la posibilidad de integrar las normas sustanciales del Estatuto del Consumidor a dicho contrato con la finalidad de complementar o reforzar la protección del consumidor inmobiliario.

Lo anterior, puede suponer una tarea difícil para el sector de la doctrina que pretende una progresión proteccionista en este tipo de fiducias, teniendo en cuenta la defensa férrea que realiza el mercado fiduciario sobre la aplicación exclusiva de la normatividad financiera y la postura negativa de la integración de otros cuerpos normativos que supongan unas cargas obligacionales mayores para las fiduciarias y un mayor rango de protección para los beneficiarios en los proyectos inmobiliarios de vivienda urbana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arango, Vélez. N. (2020). La Ley 1480 de 2011 y su impacto en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las fiducias de administración y pagos, también llamadas fiducias completas en desarrollos inmobiliarios –Hacia un cambio de paradigma. *Revista e-mercatoria*. 18, 2 (mar. 2020), 133–207.
Doi:<https://doi.org/10.18601/16923960.v18n2.06>

Arrubla Paucar. J.A. (2013). Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca.

Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2017). Cartilla negocios fiduciarios en Colombia: conceptos básicos. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/wpcontent/uploads/2017/12/Aspectos-Basicos-del-Negocio-Fiduciario-AF-DIC-2015.pdf>

Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2017). La fiducia inmobiliaria en Colombia. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2017/12/LaFiducia-Inmobiliaria-en-Colombia-AF-DIC-2015.pdf>

Baena Cárdenas, L.G. (2017) *Fiducia Inmobiliaria*. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Baena, Cárdenas, L.G. (2017) *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*. Primera edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Baena, Cárdenas, L.G. (2013) *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Primera edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Botero Derazo, R. (2021). *Tutela jurídica de los compradores de proyectos de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia inmobiliaria frente al incumplimiento contractual del fiduciario*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Cámara de Comercio de Bogotá (16 de septiembre de 2009). Laudo Arbitral. Víctor Raúl Romero Silva y Guillermo Romero Silva vs Fiduciaria Central S.A, Gustavo Lopez García y Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda-

Cámara de Comercio de Bogotá (3 de agosto de 2000). Laudo Arbitral. Arturo Camelo y otros vs. Santander Investment trust Colombia S.A.

Cámara de Comercio de Santiago de Cali (28 de noviembre de 2016). Laudo arbitral Rodríguez Jiménez y compañía S. en C. vs. Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958). Proyecto de Código de Comercio de 1958 (Vol. I-II).

Corte Constitucional de Colombia (13 de julio de 2017). Sentencia C-438-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (26 de agosto de 2014). Expediente 11001 31 03 026 2007 00227 01. M.P. Margarita Cabello Blanco

Corte Suprema de Justicia de Colombia (1 de julio de 2009). Expediente 11001-3103-039-200000310-01. M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (31 de mayo de 2006). Sentencia 0293. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (14 de febrero de 2006). Expediente 05001-3103-012-1999-1000-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Gaitán Cuesta, D.P. (2004). El contrato de fiducia mercantil (Tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

Gaviria Gutiérrez, E. (1987). *Lecciones de derecho comercial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

González León, C. A. (2018). Concepciones de la dogmática jurídica del patrimonio autónomo fiduciario en Colombia (Tesis de grado). Universidad Libre de Colombia.

González León, C. A. (2019). *Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia: un análisis desde la dogmática jurídica*. Bogotá. Universidad Libre de Colombia.

Molina Sandoval, C. A. (2009). El Fideicomiso en la dinámica mercantil. Montevideo - Buenos Aires: *Ed. B de F*.

Palacios Orozco, Helena (2015). Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia. Primera Edición. Bogotá. *Legis Editores S.A.*

Presidencia de la República de Colombia (5 de abril de 1993). Decreto 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Diario Oficial N° 40.820

Presidencia de la República de Colombia (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Diario oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera Edición. Bogotá. Legis Editores S.A.

Sánchez Hernández, L.C. (2021). Tutela jurídica de los compradores de proyectos de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia inmobiliaria frente al incumplimiento

contractual del fiduciario (Trabajo de grado- Maestría). Universidad Externado de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia (3 de octubre de 2014) Circular Externa 029.

Superintendencia Financiera. (3 de septiembre de 2004) Concepto 2004043706-2.

Superintendencia Bancaria de Colombia (2 de marzo de 1996) Circular Externa 007.