



**RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA EN PROYECTOS
INMOBILIARIOS RESPECTO AL BENEFICIARIO DE ÁREA**

Angee Ramírez Guevara

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Urbanístico

Tutor

CARLOS DAVID LOPEZ NORIEGA, Magíster (MSc) en Estudios Socioespaciales

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Urbanístico
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Ramírez Guevara, 2023)
Referencia Estilo APA 7 (2020)	Ramírez Guevara, A. (2023). <i>RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA EN PROYECTOS INMOBILIARIOS RESPECTO AL BENEFICIARIO DE ÁREA</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Especialización en Derecho Urbanístico, Cohorte VI.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

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

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinadora de Posgrados: Cristian Guardia López.

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.

Resumen

El propósito de este artículo es evidenciar las problemáticas jurídicas surgidas en Colombia con los proyectos de carácter inmobiliario. En este sentido, el texto aborda el desafío de establecer responsabilidades económicas precisas en el sector inmobiliario; se resalta la importancia de definir las adecuadamente, de establecer regulaciones sólidas para proteger los intereses de los beneficiarios de área en proyectos inmobiliarios y se explora el posible costo social de no hacerlo.

Con relación a la fiducia inmobiliaria se sostiene que, la imprecisión de las definiciones y responsabilidades de las partes, así como la regulación insuficiente, puede dar lugar a proyectos inconclusos o sin iniciarse. Se destacan las razones por las cuales la necesidad de una gestión adecuada por parte de las fiduciarias es esencial para garantizar resultados óptimos en los proyectos de desarrollo inmobiliario que agreguen valor a las partes interesadas.

Palabras Clave: 1. Autonomía de la voluntad privada. 2. Beneficiario de área. 3. Fiducia inmobiliaria. 4. Proyectos inmobiliarios. 5. Transferencia de dominio.

Abstract

The purpose of this article is to highlight the legal problems arising in Colombia with real estate projects. In this sense, the text addresses the challenge of establishing precise economic responsibilities in the real estate sector; the importance of properly defining them is highlighted, to establish solid regulations to protect the interests of area beneficiaries in real estate projects and explore the potential social cost of not doing so. In relation to real estate trust, it is argued that inaccurate definitions and responsibilities of the parties, as well as insufficient regulation,

may lead to unfinished or uninitiated projects. The reasons why the need for proper management by trustees is essential to ensure optimal results in real estate development projects that add value to stakeholders.

Keywords: 1. Autonomy of private will. 2. Area beneficiary. 3. Real estate trust. 4. Real estate projects. 5. Transfer of domain.

Sumario

1. Introducción. 2. Negocios fiduciarios en Colombia. 3. Pretensiones en el sector inmobiliario. 4. Responsabilidad de carácter económico. 5. Conclusión. 6. Referencias bibliográficas.

Introducción

La fiducia inmobiliaria en Colombia está regulada por la normatividad comercial, la cual otorga a las sociedades fiduciarias la facultad de gestionar adecuadamente los recursos económicos con los que se financia la ejecución de proyectos inmobiliarios privados. Esta regulación se estableció con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica a todas las partes involucradas en el desarrollo de estos proyectos y en la entrega de las unidades inmobiliarias negociadas. En otras palabras, las sociedades fiduciarias son responsables de administrar los recursos destinados específicamente a la ejecución de estos proyectos, responsabilidad que tiene carácter tanto económico como jurídico respecto a los procesos de negociación y venta con proyectos inmobiliarios.

Es precisamente el alcance y las dimensiones de dicha responsabilidad el objeto de análisis de este artículo. Resulta de especial interés con aquellos casos en los cuales, debido a la

falta de regulación taxativa, los compradores se encuentran en cierta desventaja inconsciente frente a la parte que figura como administradora directa de los recursos obtenidos para la ejecución del proyecto. De igual forma, se pretende indagar acerca de la normatividad y/o regulación como garantía de responsabilidad económica ante la falta de ejecución de proyectos inmobiliarios por parte del constructor responsable.

La problemática surge por la necesidad de identificar qué garantías pueden ofrecer las sociedades fiduciarias para las partes involucradas, principalmente para los beneficiarios de área y/o compradores, quienes invierten sus recursos con un objetivo específico. Se realiza un análisis categórico basado en la regulación comercial acerca de las implicaciones jurídicas que trae consigo la ejecución y negociación de proyectos inmobiliarios puesto que, el solo hecho de transferir una propiedad, conlleva derechos y obligaciones que no se deben desconocer. Vale decir, la responsabilidad en un negocio de carácter fiduciario debe ir más allá de una gestión de medios ya que, las sociedades fiduciarias son administradoras directas y tienen contacto permanente con el agente constructor.

Inicialmente el esquema fiduciario fue planteado con la Ley 66 de 1968, por medio de la cual se pueden ejecutar actividades de urbanización, construcción y crédito para adquirir vivienda, con el fin de comercializar los negocios de manera directa. Es decir, los constructores y compradores podían realizar negociaciones por medio de promesas de venta sin intermediarios esperando que su capital invertido fuera rentable. Sin embargo, este modo de negociación y su regulación ha evolucionado debido a situaciones presentadas al interior del país que reflejan la inadecuada ejecución de estos proyectos y que, a su vez, han dejado en desventaja a la parte compradora, como se mencionó en la introducción. De hecho, actualmente el contrato de fiducia mercantil y su desarrollo hacia nuevas modalidades, dentro de las cuales se origina el contrato de

fiducia inmobiliaria y la participación de sociedades fiduciarias, se ha tenido que valer de conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia y por interpretaciones de expertos de acuerdo con casos en concreto para resolver problemas de carácter jurídico.

En este contexto, se han presentado casos de proyectos mal ejecutados y que, en su defecto conllevan a tomar decisiones drásticas como, por ejemplo, la demolición o toma de posesión del inmueble por parte de las autoridades municipales, como fue el caso del edificio Space en la ciudad de Medellín (Antioquia) o los procesos llevados a cabo en los últimos diez años aproximadamente, con proyectos como los de Montecarlo Plaza en Armenia (Quindío), Reserva San Juan en Moniquirá (Boyacá), Naturezza en Palmira (Valle del Cauca), entre otros, los cuales fueron expuestos por el programa radial W RADIO COLOMBIA, dirigido por Juan Pablo Calvas: “Sueños que se convierten en pesadilla”.¹

No obstante, son situaciones que continúan pasando y que, en su mayoría, tardan años en resolverse. Esto conlleva a eventuales procesos judiciales, representados en costos adicionales para las personas afectadas y emocionalmente se disminuye su calidad de vida toda vez que, en muchos de los casos, son proyectos que representan el bienestar de toda una familia, además de representar afectaciones al patrimonio por decidir invertir en los mismos. Con base en lo anterior, se vuelve imposible cumplir los sueños de familias enteras que, a pesar de demostrar culpabilidad por parte del agente constructor, no se darían soluciones de fondo ya que, éste podría insolventarse para no cumplir con sus obligaciones, sea por la incorrecta formulación del proyecto o por el incremento de su valor sin tenerlo previsto, entre otros. Las problemáticas anteriormente mencionadas, continúan presentándose, principalmente en ciudades pequeñas del

¹ Ver https://www.youtube.com/watch?v=F4wiH3R8zHY&ab_channel=WRadioColombia y <https://www.wradio.com.co/2023/03/03/constructora-incumplida-afecta-a-320-familias-en-ibague/>

país, donde los responsables de las obras venden sus productos inmobiliarios, sin realizar un adecuado análisis de costo/beneficio y sin realizar una oportuna gestión del riesgo. En consecuencia, se evidencia la necesidad del mercado inmobiliario para controlar este tipo de actividades.

1. Negocios Fiduciarios en Colombia

La fiducia inmobiliaria es un negocio jurídico que se utiliza en Colombia para diversos propósitos, tiene como finalidad la “administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato”. A su vez, puede presentar varias modalidades, como la de administración, haciendo referencia a los bienes inmuebles que se transfieren a una sociedad fiduciaria cuyo objetivo es el de administrar por medio de proyectos inmobiliarios, realizar las actuaciones de pago para su desarrollo y transferir el dominio de las unidades inmobiliarias negociadas mediante el proceso de escrituración de las unidades resultantes del proyecto. Así lo define la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14) Parte II Título II, Cap. I, núm. 8.2.

Los negocios fiduciarios son un instrumento flexible y versátil, utilizados para llevar a cabo la financiación de proyectos de construcción, administración de inversiones realizadas por los interesados, negociabilidad como estrategia de mercado, entre otros. Debido a esto, el esquema fiduciario se ha desarrollado y ha evolucionado a través de la práctica a medida que se han creado nuevas figuras como la fiducia inmobiliaria y a pesar de que actualmente nos encontramos con grandes retos para manejarla, se puede afirmar que puede brindar más garantías en comparación con las negociaciones directas entre constructor y comprador al existir una parte

intermediaria que administre los recursos. Esto hace que mencionada figura se haga indispensable en los negocios que involucren proyectos inmobiliarios.

El concepto de FIDEICOMISO proviene del latín FIDEI que significa confianza y COMISO que significa encargo, lo que conlleva a deducir que en los negocios fiduciarios esta figura se aplica bajo los principios de buena fe y confianza legítima como una herramienta de desarrollo económico y social con los procesos contractuales en Colombia, mediante el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otros. No obstante, se genera intranquilidad y confusión para aplicar normatividad relacionada al tema en concreto o para aplicar los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de regular y supervisar estos contratos fiduciarios ya que, a pesar de estar sujetos a otras normativas originadas a partir de la fiducia inmobiliaria para garantizar la transparencia y protección de los intereses que tienen los compradores, se quedan cortos a la hora de hacer cumplir responsabilidad de tipo económico a las sociedades fiduciarias como intermediarias en proyectos inmobiliarios inconclusos o en el peor de los casos, sin iniciar su ejecución toda vez que, son estas sociedades quienes tienen la facultad de administrar los dineros objeto de negociación, por ende deberían blindar el contrato en pro de ambas partes. Adicionalmente, en temas de responsabilidad civil contractual y extracontractual no existe un límite que estas sociedades deban tener en cuenta respecto a los contratos entre el agente constructor y el futuro beneficiario de área para que haya igualdad de condiciones entre las partes involucradas.

Se puede considerar que la legislación en Colombia es insuficiente en cuanto a la regulación o vigilancia que debería existir para la parte que actúa como fiduciaria en proyectos de carácter inmobiliario inconclusos ya que, no se tiene en cuenta taxativamente muchas de las

circunstancias que se puedan desencadenar con los contratos pactados en este tipo de negociaciones para evadir ciertas responsabilidades. De la misma forma, se colige cierta presión en el sector inmobiliario; el poder político y el sector empresarial puede influir para que no existan presiones y en su lugar, se abran espacios de inversión y desarrollo en el territorio. Además, la ausencia o poca presión para que haya responsabilidad económica puede derivarse por la complejidad de algunos casos que ocurren actualmente y que más adelante se enunciarán. Se considera que existe ausencia de presión pública, principalmente por las personas afectadas; si la población civil no alza su voz para exigir mayor cumplimiento mediante una regulación normativa, es posible que no se sienta la necesidad de abordar efectivamente estos asuntos.

Lo anterior puede ser frustrante al enfrentar problemáticas jurídicas con las constructoras respecto a las negociaciones acordadas y/o a la entrega de los inmuebles comprados sin existir estrategias efectivas que puedan brindar más garantías por parte de las constructoras y también por las sociedades administradoras de los recursos aportados en estos proyectos inmobiliarios. Estas últimas con mayor razón pues son las que realizan la transferencia de dominio al momento de perfeccionar los contratos de venta por medio de escritura pública. Estas apreciaciones son solo algunas posibles razones dado que los casos pueden ser diferentes. Sin embargo, en la mayoría de los proyectos, la figura de fiducia inmobiliaria ha sido exitosa y son más los inversionistas que se sienten seguros al pactar contratos mediante este sistema.

2. Pretensiones en el sector inmobiliario

Al considerar que en Colombia el contrato de fiducia inmobiliaria se ha desarrollado por la necesidad de controlar proyectos de pequeña y gran escala, en la actualidad falta regulación y control más efectivo, una legislación que siga las condiciones y/o necesidades del mercado

inmobiliario sin afectar a los beneficiarios de área puesto que, el pacto de contratos mediante la fiducia inmobiliaria suele responder a diversas necesidades del sector y a objetivos específicos como mecanismo de financiamiento y captación anticipada de recursos para las constructoras, como el hecho de darle prioridad a los trámites de escrituración que contengan créditos de por medio o subsidios de vivienda y dejando de lado las ventas que se realizan de contado pues son actos que no se vigilan ni controlan por parte de las sociedades que manejan los recursos.

Es importante destacar que los contratos de fiducia inmobiliaria son un instrumento complementario y permiten el desarrollo de contratos civiles de manera organizada. Sin embargo, su uso debe realizarse con el asesoramiento adecuado de profesionales ya que, las necesidades específicas del negocio inmobiliario determinan la forma en que se estructuran y utilizan mencionados contratos.

Por consiguiente, se evidencia la necesidad de adquirir mayor conocimiento respecto a esta figura para poder ser partícipes del negocio fiduciario, saber qué es y cómo funciona dentro de un mercado novedoso, que está generando gran demanda para la economía nacional.

Por lo anterior, es importante tener presente cómo funciona el régimen fiduciario y de esta manera poder intervenir activamente de las negociaciones inmobiliarias. Para ello, es indispensable analizar el contrato de fiducia mercantil e inmobiliaria, quiénes pueden ser partes intervinientes en la fiducia inmobiliaria, su estructuración, cómo funcionan los patrimonios autónomos comparados con los encargos fiduciarios ya que, éstos últimos suelen confundirse en el mercado inmobiliario, entre otros.

Con base a estos conceptos, es oportuno remitirse al artículo 1226 del Código de Comercio, el cual define la fiducia mercantil como "... 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 [...]”

De igual importancia, se remite al primer aparte del presente artículo, correspondiente a los “Negocios Fiduciarios en Colombia” en el cual se define la fiducia inmobiliaria según concepto emitido por la Circular Básica Jurídica C.E. 029/14, de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual, es una figura jurídica que según Henao, Acosta y Hoffman (2019) “Es uno de los principales instrumentos de gestión del suelo y futuros beneficiarios, siempre y cuando exista punto de equilibrio técnico, jurídico y financiero” (p. 225).

Con relación a la fiducia inmobiliaria; partes intervinientes, estructuración, funcionamiento de los patrimonios autónomos y de los encargos fiduciarios, es menester indicar que este tipo de negocios jurídicos se desarrolla bajo un esquema organizado por medio del cual se requiere de unos requisitos previos para lograr la ejecución total del proyecto inmobiliario.

La Doctora en Derecho Sandra Eliana Cataño Berrío, en su tesis doctoral publicada en el año 2022: “El sistema negocial de la fiducia inmobiliaria de proyectos de construcción en Colombia” realiza un esquema mediante el cual se detallan las fases de desarrollo de proyectos inmobiliarios. Conforme a esto, el negocio fiduciario se comprende desarrollado en tres fases con relación a las negociaciones inmersas y con el fin de administrar en fondos colectivos de inversión, los recursos aportados por terceros en la adquisición de unidades inmobiliarias. En resumen, se tiene lo siguiente:

En la primera fase, tanto la sociedad fiduciaria como el fideicomitente constituyente (Promotor/Desarrollador) celebran el contrato de encargo fiduciario de preventas, para pasar a una segunda fase cuando se cumplan las condiciones del encargo fiduciario; ésta es la integración

de un patrimonio autónomo, mediante el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria. Finalmente, en la tercera etapa del proyecto inmobiliario, se celebra un contrato de encargo fiduciario, con los terceros interesados, quienes se definen como inversionistas ya que, entregan una cuota inicial para la adquisición final de la(s) unidad(es) objeto de transferencia. Estas personas depositan sus recursos con la confianza de que estos sean administrados por la sociedad fiduciaria, con la intención de adquirir su respectiva calidad de beneficiarios de área.

Las negociaciones con intermediación de sociedades fiduciarias en proyectos inmobiliarios se encuentran inmersas dentro de un sector económico novedoso, enfocado en actividades relacionadas con la construcción, promoción, intermediación y arrendamiento de bienes inmuebles. En cuanto al caso que compete, es un sector encausado en el negocio con bienes raíces mediante proyectos inmobiliarios a través de la competitividad comercial dentro de un marco regulatorio de los negocios fiduciarios que ha evolucionado progresivamente en Colombia.

De la misma forma, se debe tener en cuenta que, al realizar inversión con bienes raíces como lo es, el adquirir vivienda por medio de proyectos inmobiliarios, puede ser una adquisición significativa, por ello se recalca la importancia de garantizar el cumplimiento de las negociaciones pactadas.

En consecuencia, el presente artículo aborda el tema con un enfoque de tipo social que permita analizar mencionadas situaciones para entrever aquellas pautas o prerrogativas respecto a negocios fiduciarios como los expuestos a la hora de realizar este tipo de inversiones teniendo en cuenta que debe existir en primer lugar una investigación previa. Por ejemplo, indagar sobre el prestigio o la fama de las constructoras, reputación con la trayectoria de sus inversiones y la noción que tienen sus clientes. Esto con el fin de evitar tomar malas decisiones a futuro.

De la misma forma se debe realizar una revisión del contenido contractual; tener en cuenta términos de pago, plazos de entrega, cláusulas del contrato, entre otros. Valerse de personas que tengan conocimiento de este tipo de actividades negociales, quienes avalen la información suministrada o negociación. Además, realizar un seguimiento del desarrollo o ejecución del proyecto inmobiliario para prepararse en caso de eventuales problemas jurídicos.

De igual importancia es mantenerse en comunicación constante con la parte responsable de la ejecución del proyecto inmobiliario. Conservar la trazabilidad de todo tipo de comunicación con la misma; soportes que a la hora de un eventual proceso litigioso puedan aportarse como medio probatorio en caso de necesitarse.

Adicionalmente se requerirá en su momento de orientación legal, que pueda ayudar a determinar y/o negociar las garantías ofrecidas respecto a la seguridad con la que cuentan las unidades inmobiliarias.

3. Responsabilidad de carácter económico

Las problemáticas originadas a partir de proyectos mal planificados ocasionan un atraso tanto para el desarrollo económico y social de un territorio como para la calidad de vida de las personas que deciden invertir en proyectos inmobiliarios. Por consiguiente, surge la desconfianza respecto a la regulación que actualmente tienen los contratos de fiducia mercantil puesto que no garantizan seguridad jurídica para las partes esto es, tanto para el fideicomitente como para el beneficiario de área y/o comprador. Por ejemplo, dependiendo del contrato inicial, la entidad fiduciaria tiene la opción de girar los recursos al constructor y éste a su vez puede entrar en reorganización empresarial para reestructurar sus operaciones a nivel administrativo incluyendo sus activos, pero también los pasivos por lo cual podrían tardar años en responder por los

perjuicios ocasionados si se endilga algún tipo de responsabilidad por medio de procesos judiciales o de arbitramento. En todo caso, esto se da por la inadecuada gestión de las constructoras que utilizan la figura de fiducia inmobiliaria para desarrollar sus proyectos y para generar tranquilidad hacia sus clientes

Según la Sentencia SC-3978-2022² de la Corte Suprema de Justicia, se establece que las entidades fiduciarias están sujetas a tres categorías de obligaciones. En primer lugar, las obligaciones legales, que se encuentran en el artículo 1232 del Código de Comercio. En segundo lugar, las obligaciones contractuales, que surgen de los acuerdos entre las partes. Por último, las obligaciones profesionales, que se describen en el artículo 1234 del Código de Comercio y en la Circular Básica Jurídica. Estas últimas incluyen deberes de información, asesoramiento, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad. Por lo anterior, en virtud de garantizar estas responsabilidades, surge la imperiosa necesidad de control por medio de autoridad competente, pues la evidencia real de proyectos inconclusos, interrumpidos o fallidos permite inferir que la legislación actual no regula ni controla taxativamente esa responsabilidad de tipo económico que se debe ejecutar y/o controlar con las sociedades fiduciarias frente a los derechos de compradores. Igualmente, cabe la posibilidad con probabilidad inaceptablemente alta, que los contratos pactados se elaboren de manera ventajosa y sin prohibiciones de fondo. No se establecen las posibles implicaciones que debe llevar consigo esta figura creada por la legislación comercial en cuanto se vea vulnerados aquellos derechos de los compradores.

² Guzmán Álvarez, M. P. (2022). Sentencia SC-3978-2022. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Radicación n.º 05001-31-03-017-2012-00104-01.

En suma, este tipo de responsabilidad, en armonía con la libre voluntad pregonada por la legislación civil colombiana, debe supeditarse también al orden público. Como afirma Ospina F. y Ospina A. (2014) al expresar que “Si la iniciativa particular no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación al orden público, deja de ser benéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y para el progreso de la sociedad [...]” (p. 14). Por ello se señala con insistencia la necesidad de una regulación amplia e indubitable toda vez que, la autonomía de la voluntad privada debe estar supeditada a preceptos como el del orden público que no tienen otra finalidad si no la de encausar la justicia en cualquier sociedad.

Con relación a la responsabilidad de sociedades fiduciarias en proyectos inmobiliarios respecto al beneficiario de área se debe tener en cuenta que, las constructoras inmobiliarias tienen el compromiso de desarrollar proyectos con miras a la adquisición de terrenos, diseño, planificación y construcción de edificios, unidades de vivienda, entre otros, para lo cual deben gestionar los costos asociados con estas actividades y tener presente que éstos pueden elevarse con respecto a la mano de obra, materiales, permisos, entre otros gastos.

Por lo anterior, se debe realizar de manera eficiente una adecuada proyección de carácter económico con la ejecución de proyectos inmobiliarios y además, reconsiderar cómo se deben realizar las negociaciones de carácter inmobiliario a través de esquemas fiduciarios ya que, este asunto hace parte de los contratos de tipo mercantil, los cuales han evolucionado a través del tiempo; de allí se desprende la expresión de libre voluntad entre las partes, celebración de contratos y todo lo que conlleva una negociación en la cual ninguna de las partes se vea o se sienta en desventaja con la otra, sea ésta una administradora, constructora o beneficiario(a) del proyecto inmobiliario.

Por otra parte, uno de los instrumentos para prosperar en el mercado es la utilización de estrategias comerciales en el ámbito inmobiliario como eje fundamental para el éxito de las empresas y profesionales que operan en este sector cuando se establecen actuaciones de tipo urbanístico.

Por ejemplo, manifiesta Henao, Acosta y Hoffman (2019) “La Ley 388 de 1997 abre posibilidades y obligaciones de gestión asociada para el desarrollo de operaciones inmobiliarias. Lo anterior implica la realización de contratos civiles y comerciales novedosos” (p. 209).

En este sentido, se debe realizar un análisis de tipo social, económico y jurídico para identificar las condiciones del mercado en un territorio específico. Esto implica conocer a qué tipo de clientes debe dirigirse y en qué condiciones ambientales, socioeconómicas y culturales para darle un enfoque diferencial.

Con base en lo anterior, la fiduciaria debe ostentar en calidad de administradora una responsabilidad directa con el beneficiario de área pues tiene un vínculo contractual con éste y con el agente constructor para llevar a cabo una adecuada administración de los recursos económicos; debe ir más allá de ser intermediaria, después de todo debe propender por el resultado óptimo del proyecto. Según Cataño (2022) “La finalidad común que agrupa a los diversos negocios en un sistema determina la necesidad de cumplir tanto con unas obligaciones de medio como también con unas obligaciones de resultado” (p. 310).

Conclusiones

El mercado inmobiliario evoluciona acorde con los nuevos retos de tipo social, se ve obligado a participar con las distintas formas de inversión en propiedad raíz y a su vez, debe acoplarse con las transformaciones comerciales. Se evidencian algunas problemáticas jurídicas en

Colombia con los proyectos de carácter inmobiliario, las cuales se encuentran estrechamente relacionadas con los daños y perjuicios ocasionados, por ejemplo, por el incumplimiento en los contratos de compraventa respecto a la fecha de entrega del inmueble comprado, cobros adicionales con penalizaciones exorbitantes mediante cláusulas ventajosas en favor del agente constructor como en los casos de cesión del contrato donde se deben pagar multas cuantiosas y cumplir con requisitos difíciles o imposibles para alguien que por razones ajenas no puede continuar con la negociación pero que tiene la posibilidad de ceder el contrato, problemas jurídicos con la zonificación de predios, por expedición de licencias sin los permisos adecuados, incapacidad para cumplir con los pagos hipotecarios, estafas inmobiliarias, etc.

A causa de estas problemáticas, la legislación colombiana creó figuras como la fiducia inmobiliaria que, mediante sociedades fiduciarias inciden tanto para la administración de este tipo de negocios como para el desarrollo de su gestión. A la vez, se realiza una interpretación normativa como base para analizar la noción de autonomía de la voluntad privada, postulado consistente en la facultad que otorga el legislador hacia los particulares, concediéndoles plena libertad de pactar intereses en común, mediante acciones que les proporcione seguridad jurídica aún en la esfera de su libertad para negociar, como lo interpreta Ospina F. y Ospina A. (2014).

Aunado a esto, surgen negociaciones privadas, tomadas a partir de un sistema debidamente regulado en Colombia, mediante la figura del contrato de fiducia mercantil para desarrollar plenamente los proyectos inmobiliarios de construcción, cuyo propósito es lograr la transferencia del dominio, donde se involucran tanto al fiduciante o fideicomitente como a la fiduciaria para administrar y transferir el pleno derecho de dominio a un tercero denominado beneficiario o fideicomisario, teniendo presente que solamente los establecimientos de crédito y

las sociedades fiduciarias que estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, son quienes pueden ostentar la calidad de “fiduciarios”.

A partir de la revisión bibliográfica se puede inferir que la normatividad actual podría presentar limitaciones en los siguientes aspectos:

Protección de los beneficiarios: La normativa actual podría no proporcionar suficiente protección para los beneficiarios en los contratos de fiducia inmobiliaria. Esto podría incluir limitaciones en las disposiciones para garantizar la transparencia, la comunicación regular y la rendición de cuentas por parte de las entidades fiduciarias.

Gestión de riesgos: La normativa actual podría no tener un enfoque suficientemente fuerte en la gestión de riesgos en los contratos fiduciarios. Esto podría incluir limitaciones en las medidas para mitigar el riesgo de interrupción del proyecto, como seguros o garantías.

Diligencia debida: La normativa actual podría no enfocarse lo suficiente en la diligencia debida por parte de las entidades fiduciarias antes de entrar en un contrato fiduciario. Esto podría incluir limitaciones en la evaluación de la viabilidad del proyecto y la solidez financiera del fideicomitente.

Sanciones por incumplimiento de las obligaciones: La ley establece sanciones por incumplimiento de las obligaciones de las fiduciarias, pero estas sanciones pueden ser insuficientes para disuadir a las fiduciarias de incumplir sus obligaciones.

Estas limitaciones podrían exponer a los beneficiarios a un riesgo excesivo en caso de interrupción o no ejecución de un proyecto constructivo bajo la figura de la fiducia inmobiliaria.

En particular, a partir del Decreto 410 de 1971 y la Circular Básica Jurídica, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, se concluye que la legislación nacional debe actuar en consecuencia al vínculo jurídico entre acreedores y deudores tal como lo regula nuestra

legislación en materia civil y mercantil, además se debe controlar con mayor rigor a quienes ejecuten este tipo de negocios.

La autonomía de la voluntad goza de especial protección independientemente del negocio jurídico pretendido, por lo que la legislación colombiana debe propender seguridad jurídica entre las partes interesadas.

En cuanto al Código de Comercio, expertos en el área para emitir conceptos y doctrina por parte de la Superintendencia Financiera, se tiene claridad respecto de los negocios relacionados con la fiducia inmobiliaria y sus sistemas concertados. No obstante, estos deben tener en cuenta que, si bien existe una regulación y se consideró el papel que debe cumplir tanto el fiduciante o fideicomitente como la fiduciaria y el beneficiario o fideicomisario, hay que analizar algunas problemáticas sin solución que actualmente se presentan en el país; los contratos de fiducia inmobiliaria están sujetos a regulaciones y normativas específicas que varían según se estipula por las partes al momento de establecer las condiciones del contrato, un ejemplo de ello es la resolución de conflictos y si éstos deben resolverse por medio de la justicia ordinaria o por tribunales de arbitramento, los cambios en estas regulaciones pueden afectar la operación de los negocios y requerir adaptaciones constantes para cumplir con los requisitos legales, los proyectos constructivos guardan estrecha conexión con el sector inmobiliario, por ello, la variación constante en el valor de la propiedad y las condiciones pactadas pueden afectar el rendimiento financiero de los proyectos, por consiguiente, los ingresos y beneficios de los inversionistas.

Por lo anterior, la administración adecuada de los recursos puestos en manos de las sociedades fiduciarias es fundamental para que los negocios fiduciarios concluyan exitosamente; tener en cuenta que inconvenientes a raíz de estudios mal diseñados, la valoración inadecuada de riesgos y la falta de una estrategia de encargo sólido pueden encaminar hacia pérdidas

económicas. Además, si los negocios fiduciarios requieren de créditos constructores para financiarse, arriesgan su capital obtenido por los inversionistas, fluctuaciones con las tasas de interés o circunstancias económicas desfavorables que puedan aumentar el riesgo de incumplimiento por parte de las constructoras.

También pueden estar inmersos en pleitos judiciales por disputas legales relacionadas con la titulación de predios, licenciamiento inadecuado, mala gestión de riesgos financieros y ambientales, entre otros problemas legales que pueden ser objeto de estudio con los contratos de fiducia inmobiliaria. Estas problemáticas jurídicas suelen ser costosas y afectan gravemente la reputación de las constructoras.

Se recalca la importancia de que, al llevar a cabo negocios fiduciarios, exista un estudio previo sobre las posibles problemáticas y se cuente con estrategias sólidas para enfrentar los retos de un mercado inmobiliario dinámico.

En este contexto, es común que las sociedades fiduciarias y las constructoras brinden garantías a los beneficiarios de áreas con las propiedades. Sin embargo, el alcance de la responsabilidad económica de las sociedades fiduciarias en proyectos inmobiliarios puede variar según el acuerdo específico entre las partes involucradas y las regulaciones particulares. Finalmente, la legislación debe adaptarse a las necesidades del mercado, comprender que el régimen fiduciario en Colombia ha evolucionado constantemente, es un reto para el avance hacia nuevas formas con los negocios fiduciarios y es un tema de obligatorio análisis para que haya mejor estructuración, comercialización de los bienes y de los contratos que van más allá del negocio fiduciario.

Referencias

- Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2017. Negocios Fiduciarios. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/educacion-financiera/negocios-fiduciarios>
- Cataño, S. (2022) El sistema negocial de la fiducia inmobiliaria de proyectos de construcción en Colombia (21.^a ed.). Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-el-sistema-negocial-de-la-fiducia-inmobiliaria-de-proyectos-de-construccion-en-colombia-9789587909074.html>
- Colombia. Superintendencia Financiera de Colombia. (2018). Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros (Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14)). Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443>
- Congreso de la República de Colombia (15 de abril de 1887). Ley 57. Código Civil. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (07 de diciembre de 2009) Sentencia T-910 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-910-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de febrero de 1993) Sentencia C024 de 1993 (MP Ciro Angarita Barón) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-024-93.htm>
- Gómez Cagua, D. B. (2016). La responsabilidad de la fiduciaria con el comprador en un negocio inmobiliario. Bogotá: Universidad Católica de Colombia
- Guzmán Álvarez, M. P. (2022). Sentencia n° SC-3978-2022, Radicación n.° 05001-31-03-017-2012-00104-01. Corte Suprema de Justicia

Henao, G. (Ed.). Acosta, C. (Ed.) y Hoffman, J. (Ed.). (2019). Manual de derecho urbano Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587842760>

Juan Pablo Calvas (28 de julio de 2021). Sueños que se convierten en pesadilla. El incumpliendo y las estafas de constructoras que no entregan apartamentos a cientos de familias en Colombia “[Emisión de radio]”. W Radio Colombia. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=F4wiH3R8zHY>

Ley N° 388. Diario Oficial No. 43.091 de la República de Colombia, Ibagué, 18 de julio de 1997. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=339>

Plata Sánchez, M.C. (2022). Superposición de roles del fiduciario en la fiducia en garantía. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10554/62980>.

Presidencia de la República (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. Código de Comercio, artículo 1226. Diario Oficial N° 33.339. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102>

Presidencia de la República (28 de diciembre de 1968). Ley 66 de 1968. Diario Oficial N° 32681. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=310>

Teoría general del contrato y del negocio jurídico / Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. – Bogotá: Editorial Temis S.A., 2014.

Villalba Cuéllar, J.C. 2017. La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano. Revista de derecho Privado. 32 (jul. 2017), 279–313. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.10>.