



## **GENERALIDADES DE LA FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA EN COLOMBIA**

Autor:  
Cristina Yanneth Barón Hernández

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:  
**Magíster en Derecho Contractual Público y Privado**

Director: Fabián López Guzmán

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado  
Bogotá, Colombia, 2019

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios y la Virgen del Rosario por su infinita bondad abriendo caminos y fortaleciéndome en el logro de mis metas.

A mi hijo Juan Nicolás Carvajal Barón, quien con su amor, acompañamiento permanente, consejos, paciencia y sentido crítico fue soporte fundamental. A él por ser mi motivador de vida, de ir tras nuevos retos, mi inspiración para crecer personal y profesionalmente.

A mis hermanos Rafael, Lida, Oscar, que en todo momento estuvieron conmigo animándome a perseverar y ser mi fuerza.

A mis padres Laura y Enrique ángeles inseparables.

A Fray Erico Juan Macchi Céspedes, su apoyo fue determinante para estudiar y alcanzar este sueño. Mi agradecimiento será eterno porque su bondad ha permitido que resplandezca de nuevo mi vida y la de mi familia.

A mi tutor el doctor Fabián López Guzmán, quien con sus valiosos aportes académicos y consejos, permitió que no desfalleciera en la consecución de este título.

A mi querida alma máter Universidad Santo Tomás.

A mis jurados, el doctor Nicolás Lozada, doctora Paula Comellas y el doctor Gabriel Barreto.

# **GENERALIDADES DE LA FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA EN COLOMBIA**

## **TABLA DE CONTENIDO**

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

1. Referentes de la fiducia

1.1 La fiducia en el derecho romano

1.2 El *Trust* del derecho anglosajón

1.2.1 La Convención de la Haya sobre el trust

1.3 El waqf en el derecho islámico

1.4 Características generales de la actual fiducia en otros países

1.4.1 México

1.4.2 Argentina

1.4.3 Chile

1.4.4 Estados Unidos

1.4.5 Inglaterra

1.4.6 Francia

2. Orígenes de la fiducia mercantil en Colombia

3. La fiducia inmobiliaria en el ordenamiento jurídico colombiano

3.1 Generalidades

3.2 Partes intervinientes

3.3 Obligaciones de las partes

3.4 Modalidades de la fiducia inmobiliaria

3.5 Fases del negocio fiduciario inmobiliario en Colombia

3.5.1 Fase Preoperativa

### 3.5.2 Fase Operativa

### 3.6 La terminación del Contrato de Fiducia Mercantil Inmobiliario

## 4. Características del contrato de fiducia inmobiliaria acordes a la realidad negocial

### 4.1 La confianza

### 4.2 Formación del patrimonio autónomo

### 4.3 La instrumentalidad no emerge del contrato

### 4.4 Temporalidad

## Conclusiones

## Referencias

## **Generalidades del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria**

### **Resumen**

Este artículo esboza el inicio histórico de la fiducia, pasando por las generalidades de su contexto actual en otros países, hasta llegar a la fiducia inmobiliaria en Colombia. Abordando la temática desde la metodología cualitativa, se define de manera genérica la fiducia en términos de un contrato tripartito basado en sus fundamentos teóricos en la confianza, donde interviene el fideicomitente quien transmite la propiedad de bienes a una fiduciaria, en favor de un beneficiario designado por el primero, cuyo derecho puede hacerlo valer autónomamente frente a la fiduciaria que, está obligada a hacer la entrega del bien o bienes, una vez se dé el cumplimiento de un plazo o condición. Tratándose de la fiducia inmobiliaria, se determina que es una figura reciente suscitada de la dinámica del mercado y la globalización, pero al ser traspolada de contextos normativos resultado de una distinta evolución a la nuestra, le están otorgando particularidades que no son propias a la realidad del devenir comercial y, por tanto, se requiere de un cambio en las precisiones conceptuales de algunas de sus características como el ser un contrato intuitu instrumenti, contrario sensu a lo mencionado por la mayoría de los doctrinantes que la catalogan dentro de una relación contractual intuitu personae; en consecuencia, en aras de asegurar una protección de los derechos de los adquirentes o consumidores inmobiliarios, se requiere adoptar una identidad propia en la caracterización de la fiducia mercantil inmobiliaria.

**Palabras Claves:** fiducia inmobiliaria, trust, intuitu personae, instrumentalidad

## Overview of the commercial real estate trust contract

This article outlines the historical beginnings of the trust, going through the generalities of its current context in other countries, up to the real estate trust in Colombia. Addressing the issue from the qualitative methodology, trust is defined generically in terms of a tripartite contract based on its theoretical foundations of trust, where the trustee intervenes who transfers the ownership of property to a fiduciary, in favor of a beneficiary designated by the former, whose right may make it stand autonomously against the fiduciary which, is obliged to make delivery of the goods, once a period or condition has been fulfilled.

In the case of real estate trust, it is determined that it is a recent figure raised from the dynamics of the market and globalization, but being transposed from normative contexts resulting from a different evolution to ours, it has received particularities that are not proper to the reality of the commercial becoming and, therefore, a change is required in the conceptual accuracy of some of its characteristics such as being a contract *intuitu instrumenti*, contrary sensu to what is mentioned by the majority of the doctrines that classify it within a contractual relationship *intuitu personae*; therefore, in order to ensure the protection of the rights of real estate purchasers or consumers, it is necessary to adopt an identity of its own in the characterization of commercial real estate trust.

**KEY WORDS:** Real estate trust, trust, intuit personae, instrumentality

## INTRODUCCIÓN

La actual normativa de la fiducia mercantil inmobiliaria en Colombia protege a la entidad fiduciaria por su acción u omisión, que redundando en la afectación del patrimonio de los fiduciarios; si bien, es la encargada de recibir el dinero de los aportantes, se presentan casos como el otorgamiento de autorización de hipotecas abiertas sobre los inmuebles como garantía de créditos de constructor que, ante el incumplimiento en el pago de las cuotas, las entidades financieras inician el cobro jurídico y el dinero de los aportantes queda destinado al pago de deudas sobre obras inconclusas.

Ante esta problemática que recobra importancia por el incremento del uso de la citada figura jurídica dentro de las relaciones comerciales en Colombia, surgió el interrogante si ¿La caracterización jurídica de la fiducia mercantil inmobiliaria en Colombia estructura la realidad de las actuales relaciones negociales? Por tanto, se tiene como objetivo proponer precisiones conceptuales respecto de algunos aspectos de la fiducia mercantil inmobiliaria adecuada al actual devenir comercial. Para ello, se examinó la fiducia desde sus orígenes en sistemas jurídicos disímiles, para alcanzar su evolución en el derecho anglosajón, que sentó las bases en los ordenamientos jurídicos actuales de diversos países, hasta llegar al contexto nacional.

En la primera fase del trabajo se hizo una exploración bibliográfica, recolección y registro de la información obtenida en libros de autores internacionales, artículos académicos indexados, artículos periodísticos, legislación, Circulares y conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio, doctrina nacional, jurisprudencia, laudos arbitrales, bases de datos; Relacionados de manera directa con el tema objeto de estudio.

Durante la segunda fase, se realizó revisión documental, determinación de las palabras clave y los tópicos de estudio de clasificación de la información recopilada y seleccionada, para culminar con la tercera fase correspondiente al análisis de la información plasmada en el presente artículo académico.

Respecto al tema de estudio puede decirse que, la propiedad fiduciaria en Colombia es introducida desde el Código Civil en los artículos 794 y 795, como una limitación al dominio, sujeta al cumplimiento de una condición determinada por el fideicomitente, para transferirse al fideicomisario la propiedad sobre bienes o derechos herenciales, una vez el fiduciario verifique el cumplimiento de la condición pactada en acto constitutivo solemne.

En lo que atiene a la fiducia civil de carácter gratuito, el fiduciario puede ser una persona natural o jurídica, quien sería el propietario sujeto a condición resolutoria; visto de otro modo, los bienes ingresan a su patrimonio y puede llegar a ser propietario pleno en determinados casos, eventualidad donde desaparece el fideicomitente.

Posteriormente, la actividad fiduciaria ya en el campo mercantil, da asomos al colocarse a los Bancos como gestores de intereses de terceros, con tintes de la figura norteamericana del *trust*. Es a través de la Ley 51 de 1918 que se autoriza la realización de operaciones fiduciarias a los Bancos, posteriormente reglamentada con la Ley 45 de 1923, desde la cual se exige el establecimiento de la sección fiduciaria a modo de banca especializada.

Es de anotar que, la misión Kemmerer realizó una transcripción de normas estadounidenses sin revisar la estructuración de la fiducia en Colombia. Desde la que admite a los bancos efectuar encargos fiduciarios *intuitu personae*, sin una debida adecuación a nuestro sistema normativo. Vale aclarar que, al afirmarse que los inicios de la fiducia mercantil pueden situarse con la introducción de la Banca en este negocio jurídico, no con ello signífico que se haya tomado de allí la definición de fiducia mercantil plasmada en el Código de Comercio vigente, según se mostrará.

Las primeras sociedades fiduciarias aparecen en la década de 1970, pero se evidencia un pausado desarrollo del mercado fiduciario, que obtuvo agilización en su crecimiento con la creación de la Asociación de Fiduciarias en 1986.

Con la promulgación de la ley 45 de 1990, se modifica la operación del sistema financiero en Colombia, se da lugar al desmonte de las secciones fiduciarias de las entidades bancarias (artículo 6), al estructurarse el sistema financiero mediante el modelo de filiales; desde el que se separa la institución financiera, de la prestación de servicios no financieros (Mesa, s.f.), y se proporciona plena autonomía a las sociedades fiduciarias.

La crisis económica sobrevenida entre 1998 y 1999, afecta gravemente al sector inmobiliario al contraerse los precios de la finca raíz cerca de un 27% (Uribe, s.f.), y se da paso a la reforma del sistema de créditos hipotecarios y, la terminación del UPAC (unidad de poder adquisitivo constante) al ser impagables las cuotas por los préstamos otorgados, con altos pasivos de los deudores quienes se vieron obligados a entregar su inmueble a la entidad financiera acreedora, como parte de pago de la obligación pecuniaria.

Ante la quejosa situación de los colombianos, la Corte Constitucional en sentencia C-700 de 1999 declara inexecutable el sistema UPAC y exhorta a la Corporación legislativa a instituir un sistema que permitiera “la fijación de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho que todos los colombianos tienen a una vivienda digna, y la promoción de planes de vivienda de interés social, con sistemas adecuados de financiación a largo plazo”. En respuesta el Congreso de la República promulga la ley 546 de 1999 reguladora de un sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, mediante moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real UVR, y se da nuevamente el ascenso del sector inmobiliario.

De esta circunstancia la fiducia inmobiliaria cobra importancia, pero su caracterización dada por la doctrina y, adoptados de sistemas jurídicos externos con distinta evolución a la nuestra, no permiten dar una identidad propia acorde a las relaciones negociales inmobiliarias dadas entre el fiduciante y fiduciario, lo cual da lugar a desequilibrios contractuales e indebida interpretación normativa, en contra de la parte “débil” del contrato.

## **1. Referentes de la fiducia**

El sistema jurídico colombiano ostenta su génesis en el derecho romano, cuya marcada influencia determinó iniciar allí la exploración del origen de la fiducia; sin embargo, podría dirigirse la mirada en un comienzo más arcaico, desde el cual los romanos tomaban como fuente jurídica las antiguas leyes egipcias.

A los hallazgos epigráficos, con frecuencia fragmentarios, de leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales, se suman los fragmentos más o menos extensos que nos han sido conservados en papiros, encontrados principalmente en Egipto. Por esta vía se nos han conservado también, por lo menos fragmentariamente documentos originales de actos jurídicos (“negottia”) tales como testamentos, contratos, cartas de pago, etc. Todavía todas estas fuentes, bien que acompañadas de las amplias noticias desprendidas de las obras literarias e históricas, nos darían una noción muy escueta y con amplias lagunas del derecho clásico, si Justiniano en su compilación, de la cual hablaremos en breve, no nos hubiese conservado una parte notable de los escritos de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales de esta época (Da Cunha, T. & Chavira R., 2009, p. 21).

Visto de otra forma, las instituciones jurídicas de la Antigua Roma, mostradas como una de las fuentes del derecho actual, puede apuntarse a que provienen desde los egipcios; quienes influenciaron posteriormente a los griegos y los romanos, sin desconocer el influjo subyacente de otras codificaciones, entre ellas la de Ur-Nammu o Shulgi de los sumerios entre los años 2.100 y 2.050 a.c., (OCW Universidad de Cantabria, s.f.), el Código Lipit-Ishtar de 1934 a.c. compilado de normas sobre la propiedad, la familia, el trabajo de la tierra,

los daños causados por los animales, por nombrar algunos (Lara & Lara, 1994, p. 83,107) y, por supuesto el Código de Hammurabi que data de 1760 a.c., regulador entre otras materias en lo relativo a los delitos y estrictas penas, la remuneración salarial, contratos, bienes, familia, la responsabilidad profesional y el sistema judicial (Anónimo, s.f.).

Ahora bien, respecto a la fiducia en palabras del autor Floris (citado por Béjar, 2017):

Resulta difícil establecer el origen exacto de la fiducia y el fideicomisum en el derecho romano, incluso puede pensarse en la influencia del derecho egipcio, ya que existen alrededor de 300 fragmentos de papiros jurídicos de la época anterior a Alejandro el Grande, que retratan la vida de Egipto de mediados del último milenio antes de Cristo (p.92).

En otras palabras, la cultura jurídica de los sumerios y egipcios instauró los cimientos del derecho romano. Por tanto, resulta inexacto afirmar que la cuna del derecho vigente occidental surge a partir del sistema jurídico y, las instituciones estatuidas en la Antigua Civilización Romana.

Sin desconocer el anterior criterio del origen del derecho occidental, se dará continuidad al estudio de la fiducia, a partir del derecho romano, como fue propuesto inicialmente.

### **1.1 La fiducia en el derecho romano**

La fiducia es concebida como un acto de confianza, fundamentado en actos de buena fe depositada en terceras personas, para la administración de bienes y el cumplimiento de fines determinados. Pero puede decirse que, no fue un contrato real, sino que se consideró una modalidad de enajenación en la época de Gayo, criterio expresado por D'Ors en su obra de Derecho Privado Romano (citado en Baena, 2013, p.50).

Dentro de la misma línea, Zannoni le da la categoría de acto jurídico fiduciario basado en la confianza y expresa: “es aquel que se celebra para constituir o transmitir un derecho a

quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde, mediante otro acto o negocio a un tercero” (1986, p.362), contexto que configura un negocio simulado, no autónomo y, por lo tanto, no puede aducirse su carácter de contrato.

De este modo, el eje de la fiducia recae en la confianza, al ser entregado el bien del fiduciante al fiduciario sin existir una transmisión de la propiedad, pues esta gozaba de un carácter de indivisibilidad en el derecho romano.

Es decir, con el objeto de garantizar una obligación, se concedía una titularidad fiduciaria, que una vez cumplida la prestación se disolvía el vínculo jurídico, y la restitución del bien al fiduciante, o al beneficiario que haya determinado. La propiedad continuaba en cabeza del fiduciante y, en un acto de confianza, el bien era cedido para que el acreedor o fiduciario tuviese un respaldo en orden de cumplimiento de la deuda adquirida por el fiduciante. El fiduciario actúa ante terceros en calidad de dueño de la cosa.

O’Callaghan (2012), muestra una postura distinta dada por Galgano, donde se pretendía darle a la fiducia la característica de contrato: “expone que en la doctrina italiana se había intentado construir el negocio jurídico fiduciario como un contrato unitario, con una causa propia, la causa fiduciae, pero que esta tentativa fue abandonada.” (p.246). Por consiguiente, Galgano la consideró contrato por el hecho de existir una transmisión inicial de la propiedad a consecuencia de un pacto fiduciario, así ulteriormente fuera restituido el bien, criterio del cual me aparto.

La fiducia fue inicialmente concebida en el derecho romano clásico a modo de fideicomiso civil, consagrado mediante el fideicommissum y el pactum fiduciae; el primero referente a la “transferencia de bienes vía testamentaria, en donde la persona que recibía el bien, lo utilizaba en beneficio de un tercero al cual posteriormente transmitiría dichos bienes” (Vanegas & Vásquez, 2008).

Es decir, surge mortis causa y, su cumplimiento podía recaer en el heredero o cualquier otra persona, incluso sin vínculos de consanguinidad; ausente de formalidades

tanto en su constitución como en su revocación. Se considera suficiente cualquier forma de manifestación de la voluntad.

En lo concerniente al Pactum Fiduciaie en Roma, O'Callaghan (2004) expresa:

Es una transmisión de la propiedad por *mancipatio* o *in iure cessio*–, pero que desde el punto de vista económico sólo daba al adquirente una seguridad para el crédito –*fiducia cum creditore*– o una posibilidad de administración libre y segura de la cosa confiada –*fiducia cum amico*: el adquirente devenía propietario quedando obligado a devolver la cosa tras la extinción de la deuda o de la administración (p.181).

El *pactum fiduciaie*, contemplaba la *fiduciaie cum amico* referente a la transferencia de bienes a terceras personas administradoras en favor de otras, debido a la imposibilidad del fiduciario de actuar jurídicamente, en casos por ejemplo de la pena de exilio y destierro que, de no cesar esa situación, los bienes debían ser devueltos a las personas indicadas por el fiduciario.

Por otra parte, la *fiduciaie cum creditore*, era utilizada para garantizar el cumplimiento de obligaciones con la transferencia de bienes del deudor al acreedor dadas en administración, y las ganancias hacían parte del pago. Una vez solventada el total de la deuda el acreedor devolvía el bien; aunque el fiduciante actuaba ante terceros como propietario a este no le era transmitido el derecho, no obstante, el acreedor podía convertirse en propietario del bien dado en garantía, si cumplido el plazo no se había cumplido con la obligación y se hubiese pactado en la cláusula *lex commissoria*. (Schultz, F, 1960, p.390).

Respecto a esta última figura, se vislumbra los inicios de una garantía de tipo real al comprometer el deudor bienes de su patrimonio, con el propósito de avalar el cumplimiento de una obligación.

La precedente posición amparada en autores como Díaz-Bautista (2014) que, parafraseando a lo manifestado por Bellocini en el libro *La struttura della fiducia* indica: “Probablemente la primera forma de garantía real que conoció el Derecho Romano fue la

fiducia cum creditore, pronto desaparecida, que, aun siendo un mecanismo de aseguramiento real, se basaba, como las garantías personales, en el principio de fides” (p. 410).

La fiducia en Roma tenía un carácter personal; vista como la garantía dada por una persona natural en el cumplimiento de obligaciones adquiridas en calidad de deudor respecto a su acreedor, desde la que se ejecuta la entrega de bienes sin transmitir la propiedad.

En relación a lo anterior, la buena fe es la esencia de las relaciones jurídicas estatuidas en el ordenamiento romano, con plena validez la palabra dada y la lealtad bilateral en los acuerdos convenidos; así, la *bonna fides* principio esencial de los negocios jurídicos no solemnes, hizo parte de los pactos fiduciarios; aun estos carentes de la calidad de contrato.

Desde una perspectiva crítica, la fiducia no se constituyó como contrato; en el fideicommissum, existieron actos unilaterales de transmisión de la propiedad vía testamentaria, sin que mediara un acuerdo de voluntades entre el testador – heredero o heredero – fideicomisario, sino únicamente hubo la intención de donar bienes incluso a quienes no cumplían los requisitos legales de heredar.

En los tipos de fiducia donde hubo acuerdo de voluntades, tampoco se configura el contrato, pues el pacto fiduciario en los casos de garantía real cumplía un papel de cláusula dentro de verdaderos contratos; incluso era un referente originario de contratos accesorios como la prenda y el comodato, por tanto el pacto fiduciario se circunscribió a una solemnidad.

## **1.2 El *Trust* del derecho anglosajón**

Fue antecedido por el *Use*, que según Batiza, surgía por causa de acto inter vivos o vía testamentaria, transmitiéndose la propiedad de la tierra a un individuo en provecho propio o del beneficiario designado. (1976, p.33).

El Trust o fiducia introducida al sistema legal anglosajón en la época medieval, que a diferencia del derecho romano, hace una división de la propiedad entre el legal ownership conferida al administrador (trustee), manejado por la Corte del common law y la equity ownership, relativa a la propiedad equitativa ostentada por el propietario original o beneficiario y, regulada por la Chancery Court.

Con referencia al *trust*, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de febrero de 2006, menciona:

La fiducia mercantil, desde una óptica etiológica, fundamentalmente es la expresión en el derecho continental del denominado “trust” angloamericano –al que le antecedió el “use”–, en el que una persona llamada “trustor”, “settlor” o constituyente, transfiere ciertos bienes a otra, llamada “trustee”, para el beneficio de un tercero denominado “cestui que trust”, “beneficiary” o beneficiario, siendo su principal característica –y a su turno, el mayor inconveniente para el cabal entendimiento de este contrato en el derecho patrio–, que genera un doble tipo de propiedad sobre el bien fideicomitado: una propiedad legal o formal y una propiedad equitativa o material, la primera radicada en el “trustee” y la segunda en el beneficiario. (Enrique Madrid Z. & CIA. S. en C. S Vs Fiducolombia S.A., 2006).

Entre los sujetos del trust, se distingue al settlor fideicomitente, al creador o Trustor. Quien es el constituyente y transmite la propiedad en la realización de un cierto fin que encomiende al trustee; este último es quien se constituye en titular legal del bien, cualquiera puede serlo, basta con tener la capacidad para ejercer y gozar los derechos que son materia del trust. Esta debe ser una persona honrada y de buen criterio que administre y gestione dicho bienes para el beneficiario y/o cestui que trust quien puede ser una persona individual o grupo determinado de personas (Farina, 2005).

Tal y como lo expresa Rodríguez Azuero (1997), al comparar el derecho anglosajón y la legislación colombiana, señala que en el primero se permite a las personas naturales actuar como trustee, pero advierte:

...priman en su decisión las consideraciones de confianza en sus calidades morales más que en su idoneidad profesional, especialmente porque, en la medida en que más compleja resulta la consecución de la finalidad señalada, menos estará dotada la persona natural, para alcanzarla, si es que no tiene una formación específica en ciertos campos” (p.60).

Es así que la aplicación del trust en el sistema norteamericano, los *trustee* están en la obligación de demostrar las habilidades y capacidades para el manejo del *trust*. Aquí se presenta tres situaciones: la primera, en que el *trustee* presenta una habilidad para demostrar que puede administrar el *trust*; la segunda situación, si el *trustee* demuestra que tiene una capacidades superiores a las normas se tiene que utilizarlas en favor del *trust*; y por último, si considera que no tiene dichas capacidad debe rechazar el encargo.

El breach of trust establece un castigo ejemplar en el caso de indemnizaciones, en el que, aunque se deja a discrecionalidad del juez, este a su vez incluye en los daños económicos no sólo el daño emergente, intereses moratorios, sino que, calcula la ventaja indebida que la otra parte se benefició de su incumplimiento para que este mismo valor sea pagado a quien recibió el detrimento de su patrimonio.

Desde un criterio interpretativo, lo anterior es una manera rigurosa de indemnizar a la parte afectada en el sentido que, una vez castigado monetariamente quien causó el daño, se percibe como una medida ejemplificadora efectiva para evitar el abuso hacia las partes más débiles del negocio fiduciario.

**1.2.1 La Convención de la Haya sobre el trust.** El Convenio de la Haya fue promulgado el 1 de julio de 1985 con el ánimo de establecer disposiciones comunes sobre la Ley aplicable al *trust*. Para facilitar la adhesión del mayor número de países y resolver los problemas importantes relativos a su reconocimiento, el Convenio de la Haya estableció un concepto de *trust* donde no exige la propiedad del *trustee* sobre el patrimonio. Por su medio se trata de dar solución fundamentalmente al *trust* configurado para obtener rendimientos (...). (Estrada, 2010, pág. 59).

La Convención define el trust como "la relación jurídica creada, «por acto *inter vivos* o *mortis causa*, por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado“.

Así mismo, ha establecido las siguientes características aplicadas al *trust*: los bienes constituyen un fondo separado y no son parte del patrimonio del fiduciario; la propiedad de los bienes está a nombre del fiduciario o en el nombre de otra persona por cuenta del fiduciario y, que el fiduciario tiene el poder y el deber en cuyo servicio responde (rendición de cuentas) de administrar, utilizar o disponer de los bienes conforme a las disposiciones del trust y las obligaciones especiales impuestas por la ley. La reserva de ciertos derechos y poderes del fiduciante y el hecho de que el fiduciario tenga derechos comunes como beneficiarios no son necesariamente incompatibles con la existencia del *trust*. (Arrubla Paucar J. A., 2013, pág. 93)

Al compararse la figura de la fiducia en Colombia y el trust, la naturaleza jurídica del primero corresponde a un negocio jurídico de origen romano con las observaciones ya anotadas y, en el segundo de origen anglosajón, el cual no tiene la calidad de negocio jurídico. Aunque ambos parten del mismo acto de confianza depositado en otro, la fiducia requiere de un contrato bilateral y solemne, mientras que el trust por su parte es una declaración unilateral de voluntad *intuitu personae*.

Como los expresa Garrigues, (1978), al mencionar que los intentos de adaptar el *trust* a ordenamientos jurídicos de origen romano como es el caso de México, da como resultado una figura híbrida distinta al *trust*, y por ello, el autor expresa que “no se puede transportar esquemáticamente de un país a otro instituciones que responden a una tradición histórica y a una mentalidad, las cuales son, por esencia intrasferibles.” (pág. 91)

Ejemplo de ello encontramos en Colombia la fiducia pública, en la que no se transfiere la propiedad de los bienes y no se constituye un patrimonio autónomo, su similitud se da en la finalidad de administrar ciertos bienes para la obtención de un fin determinado. La confianza radica en la transferencia de los bienes y al no darse se estaría ante otro tipo de

negocio jurídico. Como lo expesa Patrucchi & Lilljedahl, (2010) “ el fondo fiduciario público es una figura fiscal, política y jurídicamente controvertida, que da lugar a vastas discusiones conceptuales sobre su naturaleza jurídica y su pertinencia como herramienta fiscal.”

### **1.3 El waqf en el derecho islámico**

Las posturas acerca del influjo o no del derecho romano sobre el derecho islámico, no han sido pacíficas. Sin embargo, aquí se va a partir de la premisa de la presencia de una influencia, respaldada esta postura en lo dicho por Cuenca Boy:

Si la virtualidad jurídica del Corán y la Sunna era ya de por sí demasiado limitada como para poder disciplinar en todos sus aspectos la vida de relación de los musulmanes en su solar original de Arabia, esa misma normativa era aún mucho menos apta para dar respuesta a las múltiples necesidades y los muy complejos problemas jurídicos y administrativos originados por el dominio de aquellos territorios y por la convivencia con aquellas poblaciones. Los califas Omeyas, sus gobernadores y los jueces subordinados a ellos (los qadat, plural de qadI ), tuvieron que trabajar mucho y muy deprisa, al ritmo impuesto por la vertiginosa expansión, para encauzar todo ese nuevo caudal de problemas y necesidades. Las estructuras administrativas anteriores a la conquista fueron preservadas en medida considerable, a la vez que el contrato de Qimma permitió a las comunidades cristianas y judías (los Qimmíes) conservar su propia ley personal, sus instituciones jurídicas tradicionales e incluso sus tribunales eclesiásticos y rabínicos. Se produce entonces el contacto con el derecho romano y la ocasión para la influencia de éste sobre el embrionario derecho musulmán queda servida. (s.f., p-278-279).

En la concepción jurídica islámica la acepción de waqf o fundación, hace referencia a “la protección de una cosa contra la reclamación de un tercero respecto a un derecho de propiedad sobre ella” (Califano citado por Carballeira, 2002, p.13).

D'Emilia (citada por Pantoja Murillo, 2013), presenta una definición del waqf así: “La institución consiste en “inmovilizar (waqafa) el capital (raqaba) de un bien (mal) destinando su rendimiento (mafa’a) a beneficiarios, para satisfacer una finalidad piadosa (qurba)”.

Puede observarse la configuración en un comienzo similar a la donación, con el fin de ser usufructuado, que a diferencia del trust anglosajón, es de carácter perpetuo a favor de personas o de instituciones beneficiarias caritativas o para un beneficio público. Donde la administración es ejercida por el fundador o un tercero designado por este, encargado de dar cumplimiento personal a su voluntad enmarcado en los límites otorgados, vedándolo de obtener ganancia sobre los bienes administrados y con la responsabilidad por los daños causados en la falta de diligencia de su actividad.

Respecto a semejanzas y diferencia con el trust anglosajón o fideicomiso inglés se menciona:

Tanto en el Waqf como en el fideicomiso, la propiedad es reservada, y se apropia de su usufructo, para el beneficio de personas concretas, o para un fin benéfico general; el objeto sobre el que recae se vuelve inalienable; fincas de manera perpetua se destinan en favor de los beneficiarios que pueden sucederse y sin tener en cuenta la ley sucesoria o los derechos de los herederos, mientras que la continuidad está garantizada por el nombramiento sucesivo de fideicomisarios. La distinción más significativa entre el Waqf islámico y el trust Inglés es el expreso o implícito derecho de reversión del Waqf a fines caritativos cuando su objeto específico ha dejado de existir, aunque esta diferencia sólo se aplica a la ahli Waqf (fideicomiso de la familia islámica) en lugar de la khairi Waqf (dedicado a un fin caritativo desde su creación). (Pantoja Murillo, 2013, p. 183-184).

Al mostrar un breve panorama de la fiducia en sistemas jurídicos diversos como son el civil law, el common law o derecho anglosajón y el derecho islámico basado en el Corán, se vislumbra como rasgo común la confianza; pero el objeto que inspira su configuración es disímil. Así, en el mundo occidental es tomado como garantía de obligaciones civiles, mientras en el “sharía” instaure los derechos y deberes del creyente y, principalmente de origen divino, con finalidad altruista.

## **1.4 Características generales de la actual fiducia en otros países**

La globalización no solo ha traído consigo avances importantes en macroeconomía, comunicaciones, tecnología, sino también ha conseguido que los Estados adopten figuras jurídicas encaminadas a la ejecución legal y ordenada de sus sistemas económicos.

En aras de posteriormente caracterizar la fiducia en Colombia, se hará un bosquejo de esta figura jurídica en algunos países que por su cercanía o influencia en nuestro sistema jurídico, son traídos a colación.

**1.4.1 México.** El *Trust* del sistema anglosajón ha sido incorporado en otros sistemas de leyes civiles de corte romanístico, tal como sucede en México, quien hace una adaptación acorde a las costumbres y concepciones propias del país. Tal y como lo expresa Arrubla Paucar (2013) en su tesis doctoral “La legislación de los países latinoamericanos que han introducido regulación en materia de fiducia, muestran una marcada influencia de las doctrinas anglosajonas del trust” (p.73).

Garrigues (1978), menciona que los intentos de adaptar el trust a ordenamientos jurídicos de origen romano como es el caso de México, arroja una figura híbrida distinta al trust, la cual expresa que “no se puede transportar esquemáticamente de un país a otro instituciones que responden a una tradición histórica y a una mentalidad, las cuales son, por esencia intrasferibles”(p.91), criterio compartido con el autor y fundamento del surgimiento de problemas jurídicos dentro de un Estado.

Es claro que, el ordenamiento jurídico debe estar a la orden de las necesidades del hombre y de la realidad de la sociedad a la cual pertenece, y si bien hay similitudes entre algunas culturas, es menester que el hacedor de leyes considere de manera más minuciosa figuras jurídicas emergentes con la globalización y antes de adoptarlas, adaptarlas al contexto, con las consecuencias para todas las esferas en las que impactará la norma.

Lo anterior en principio lo entendemos como un actuar axiomático del legislativo; sin embargo, la realidad muestra que esa obviedad es tomada a la ligera, la cual repercute en la desprotección de los asociados y posiblemente, en beneficio de un grupo limitado, desde el cual prima el bien particular sobre el bien común.

**1.4.2 Argentina.** En este país se aplica el fideicomiso financiero y el ordinario, expresamente no se halla otro tipo de fideicomiso, aunque en la práctica realizan uso otros tipos de fideicomiso.

En Argentina, el fiduciario según la ley 24.441 puede ser cualquier persona humana o jurídica, pero sólo pueden ofrecer al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor. (Peire, 2017).

Se establece en los deberes de las fiduciarias el derecho a la información y la rendición de cuentas, cuya diferencia se mira así: “la rendición de cuentas debe hacerse de acuerdo a lo pactado en el fideicomiso. En su defecto (...) podrá ser solicitada con una periodicidad no mayor a un año. En cambio, el derecho de información al consumidor puede hacerse cuando este tenga necesidad de información” (Molina Sandoval, 2007, p.7).

Cabe mencionar algunas características generales del contrato de fiducia en Argentina así: no se determina en la ley la naturaleza y título del fideicomiso, por lo que se entiende que puede ser aplicado en lo civil, comercial y su título es gratuito dentro de un plazo máximo de treinta años o hasta el cumplimiento de la condición. Si bien la norma no establece las clases de negocios fiduciarios, la doctrina reconoce el encargo fiduciario, donde el fiduciario puede ser cualquier persona, pero pueden anunciarse públicamente los autorizados por la Comisión de Valores (Venegas Valencia, 2011, p. 134).

En Colombia la ley es taxativa al dar los encargos fiduciarios únicamente a las organizaciones autorizadas por la Superintendencia Financiera, desde la que se restringe esta función a las personas naturales.

**1.4.3 Chile.** Existe allí una figura que no se tiene dentro de la normatividad colombiana y es el novedoso mandato especial de administración ciega de patrimonio (MACPA), el cual obliga a los altos mandatarios del Estado al entregar sus bienes para que sean administrados por una fiduciaria durante el periodo de su mandato, con el objetivo de que en el desempeño de sus funciones, no haya lugar a un conflicto de intereses.

El denominado fideicomiso ciego regulado en la Ley sobre Probidad en la función pública y la prevención de los conflictos de intereses, “intenta garantizar que un tercero independiente administre los activos del mandante, sin que este tenga conocimiento sobre el movimiento de sus inversiones. Por esto, se prohíbe la publicidad de las inversiones y toda comunicación entre el mandatario y el mandante.” (Espacio Público, 2016).

Por otra parte, al igual que en Colombia los intervinientes son el fiduciante o fideicomisario, beneficiario y las fiduciarias organizadas en administración general de fondos, administradores de fondos mutuos, administradores de fondos de inversión, que en ningún caso da cabida a las personas naturales.

**1.4.4 Estados Unidos.** Es uno de los países que se ha adherido a la Convención de la Haya bajo la figura del trust, por tanto, los deberes impuestos a las fiduciarias, se centran en los siguientes: Duty of care – Deber de cuidado, Duty of Loyalty – Deber de lealtad y Duty of Candor or Duty of Disclosure – Deber de informar a los accionistas.

Con respecto al Duty of care, la jurisprudencia ha reconocido a favor de los directores una presunción conocida como Business Judgment Rule, en virtud de la cual se presume que, al tomar una decisión de negocios, los directores de una sociedad actuaron de forma informada, de buena fe y en la honesta creencia que la decisión tomada era en el mejor interés de la sociedad; así pues, quien cuestione el cumplimiento del deber de cuidado de los directores, deberá demostrar que estos no actuaron en forma informada, de buena fe o en la honesta creencia que la decisión tomada era en el mejor interés de la sociedad (Villouta Loosli, 2010).

El deber de lealtad or *Duty of Loyalty*, implica la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los mejores intereses de la sociedad, y de esta manera evite el conflicto de intereses de la compañía (Gil Echeverry, 2015).

El deber de informar *Duty of Candor* o *Duty of Disclosure*, impone a los directores la obligación de dar a conocer a los accionistas todos los hechos relevantes, y de los que estén en conocimiento, para la toma de una determinada decisión (Villouta Loosli, 2010).

Se destaca que, en el derecho norteamericano, en la administración del trust, el trustee está obligado a demostrar la habilidad y prudencia de la cual sería ordinariamente un hombre cuidadoso, pero si el trustee, previo a la aceptación del trust, ha demostrado al constituyente que él posee una capacidad inusual para realizar el trust, él será requerido a demostrar ese grado de capacidad, y si el trustee tiene unas habilidades superiores a las normales será requerido a utilizarlas (Rodríguez Azuero, 1997).

**1.4.5 Inglaterra.** En este país, el incumplimiento de las obligaciones o Breach of Trust, “El juez inglés ha llegado a construir un andamiaje en el cual el monto del resarcimiento no está dado por el daño probado de la víctima sino por el enriquecimiento o ventaja indebida obtenida por el victimario”. (Rodríguez Azuero, 1997, p.23).

Teniendo en cuenta los principios generales de las obligaciones contractuales como el caso de la buena fe y la confianza, en Inglaterra este principio no prosperó al considerar que todas las consecuencias de un contrato derivaban de la voluntad de las partes, quienes eran los mejores jueces de sus propias necesidades y circunstancias; así pues, el acuerdo se hacía según las condiciones de mercado, bajo la noción de la autoconfianza en sus capacidades y en su propio juicio, adicionado a que ninguno tenía una obligación de confianza con el otro. (Carvajal Arenas, 2014).

Se evidencia un alto nivel de exigencia en la reparación del daño, pues no sólo incluyen la indemnización del daño causado, los intereses moratorios, y otros, sino además,

exige una indemnización por parte de quien causó el daño, sacó ventaja o ganancia de la misma. Ese valor considerado como enriquecimiento para el causante, será el mismo valor de resarcimiento a la víctima.

**1.4.6 Francia.** Este país realizó varios intentos para incluir en su normatividad legal la figura del *trust*; donde presentaron varios proyectos pero algunos de ellos no llegaron a ser siquiera debatidos por el parlamento. Tal como sucedió con el proyecto de 1992 presentado por el Ministerio de Justicia, desde el cual la defraudación fiscal fue uno de los principales temores. (Arrubla Paucar J. A. Tesis doctoral, 2013).

El nuevo proyecto propuso restablecer el Título XIV en el Libro III del Código Civil sobre las “Diferentes maneras de adquirir la propiedad”; se resaltan algunos aspectos como por ejemplo: la institución de la fiducia se consagra bajo la estructura del Código Civil; sólo se admite la fiducia creada por la ley o el contrato en forma expresa; se restringe la posibilidad de actuar como constituyente pues sólo pueden efectuarlo las personas morales sometidas al impuesto sobre las sociedades; sólo puedan actuar como fiduciarios los establecimientos sometidos al control permanente del Estado; se insiste en la solución discutible de que el fiduciario pueda ser, simultáneamente, beneficiario; se establece un registro especial para los contratos, con lo cual se les dota de publicidad; los bienes del patrimonio sólo responden por las obligaciones derivadas de la administración del patrimonio; el fiduciario también asume deberes con su propio patrimonio, por las faltas cometidas en ejercicio de su misión, de su coherencia con la labor prestada ( Rodríguez Azuero, 2007).

Puede observarse que la normativa francesa regula el contrato fiduciario en el Código Civil, traído a la legislación interna, asemejándose la calidad de fiduciaria es exclusiva de los entes autorizados por el Estado, que para el caso colombiano corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, a su vez, ante las obligaciones derivadas del contrato, estas serán respaldadas únicamente por el patrimonio autónomo sin entrar a perseguir los bienes de las partes intervinientes.

## **2. Orígenes de la fiducia mercantil en Colombia**

Con la reforma al Estatuto comercial en 1971, en sus disposiciones define la fiducia mercantil en el artículo 1226 como un contrato entre una persona natural o jurídica y, una sociedad fiduciaria debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera, con el objetivo que dicha sociedad administre o enajene los bienes entregados por el fiduciante o fideicomitente a favor del constituyente o de un beneficiario o fideicomisario.

Es decir, el constituyente del contrato fiducia mercantil tiene una finalidad por cumplir un objetivo estipulado que, en palabras de Ossa Hoyos (2017) “El negocio fiduciario se celebra en la medida en que exista una finalidad para cumplir, determinando el comportamiento que debe tener la fiduciaria en el desarrollo del encargo encomendado” (p.11).

Puede advertirse una fiducia mercantil con atributos del trust anglosajón y la fiducia civil de influencia romana; sistemas que dan un concepto diferente a la propiedad, donde el primero permite ostentar su titularidad en cabeza de dos personas denominadas legal ownership y equity ownership, mientras en el sistema romano adoptado por el derecho privado, la propiedad es indivisible y únicamente existe un titular. En este punto, el híbrido se concretó en la concordancia entre los derechos del fideicomisario y los del fideicomitente.

Es de resaltar que, la norma también inserta las sociedades fiduciarias sin alterar la noción de fiducia, y la hace más restrictiva en el sentido de prescribir requisitos legales expresos y de juicioso cumplimiento para quienes pretendan fungir como fiduciaria.

Es exclusivamente el Estado quien autoriza su creación a través de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), y excluye a las personas naturales, contrario sensu a lo permitido en países latinoamericanos como Argentina (Peire, 2017, p.1,2), donde aquellas ejercen las funciones de fiduciaria pero sin hacerlo público,

distinto a los bancos y organizaciones que pueden exteriorizar sus servicios previamente autorizados por el Estado.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (029 de 2014), determina las tipologías de negocios fiduciarios en el país; clasifica la fiducia de administración, fiducia con fines de garantía, fiducia de inversión, fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados y, la fiducia inmobiliaria.

En la fiducia de administración, la sociedad fiduciaria se encarga de administrar bienes que le fueron dados con o sin transferencia de la propiedad y, producto de esa gestión, en caso de llegar a existir rendimientos, pueden destinarse al cumplimiento de obligaciones en los términos dados por el fideicomitente. (Circular Básica Jurídica, Superintendencia Financiera de Colombia Título V, capítulo primero, numeral 8, subnumeral 8.3).

De esta provienen las siguientes modalidades: de administración y pagos, donde “la finalidad central del encargo se vincula en desarrollo de contratos, especialmente de obras públicas o de construcción, en los que los avances originan la obligación de realizar pagos a los contratistas (Rodríguez S, 2005, p.2 84); administración de procesos de titularización, cuyo objeto es la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes; de administración de carteras de entidades financieras y del sector real; y administración de procesos concursales, donde la sociedad fiduciaria actúa como agente liquidador o promotor dentro de este tipo de procesos (Decreto 962 de 2009, artículo 5, literal b).

Respecto a la fiducia con fines de garantía, allí se otorga un derecho de crédito o personal sobre el patrimonio fideicomitado o sobre el encargo fiduciario, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones propias o de terceros, pero sin ser una garantía real, porque no recae sobre los bienes transferidos o entregados a la fiduciaria. (Circular Básica Jurídica, Superintendencia Financiera de Colombia Título V, capítulo primero, numeral 8, subnumeral 8.4).

Aditivo, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que, fiducia de inversión es todo negocio que celebren las sociedades fiduciarias con el constituyente o fideicomitente, para invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero según haya quedado instrumentalizado en el contrato de fiducia mercantil o encargo fiduciario. (Artículo 29, numeral 2). Al ser una administración colectiva los títulos del fondo pertenecen a todos, pero a su vez, cada fideicomitente tiene jurídicamente separados sus recursos.

Por su parte, en la Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados, estos son administrados y gestionados por la sociedad fiduciaria en los términos dados por el constituyente, los pasivos pensionales y los recursos de la seguridad social. (Circular Básica Jurídica, Superintendencia Financiera de Colombia Título V, capítulo primero, numeral 8, subnumeral 8.5).

### **3. La fiducia inmobiliaria en el ordenamiento jurídico colombiano**

#### **3.1 Generalidades**

La reforma legislativa de 1999 trajo consigo la reactivación de la economía en el sector financiero y de la construcción y así, las entidades fiduciarias recobran un papel notable en el ámbito inmobiliario.

La construcción de edificaciones se consolida nuevamente en uno de los motores de crecimiento de la economía colombiana y, para el año 2017 el sector alcanzó una participación del 4,9 % dentro del Producto Interno Bruto (PIB), cifra que representa un aumento considerable frente a su aporte en 2001, cuando dicha participación no superaba el 1,8 % del PIB (DANE, 2017).

En lo concerniente a la fiducia inmobiliaria, esta consigue categorizarse con la recuperación de la confianza en los adquirentes de vivienda, al ser una entidad independiente

la encargada de administrar los recursos y bienes en el desarrollo y ejecución de los proyectos inmobiliarios.

Referente de su rápido crecimiento, se muestra que para el año 2015 la fiducia inmobiliaria después de la fiducia de administración es la segunda de mayor relevancia en la línea de activos fideicomitidos representativo en un 27% del total administrado, de acuerdo con la Cámara Colombiana de la Construcción:

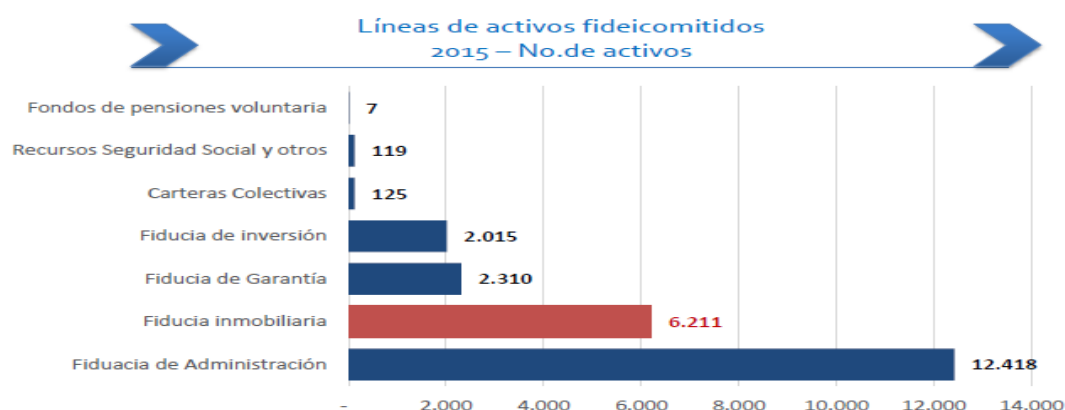


Figura No. 1. Líneas de activos fideicomitidos. Fuente: (Cámara Colombiana de la Construcción, 2015).

La fiducia inmobiliaria administró recursos por “\$ 49.7 billones, en un total de 5.964 fideicomisos, que representan el 10.8% del total administrado por el sector y, respecto del número de negocios, representa el 29.3% del total.”, esto es en el periodo del año 2017. (Asofiduciarias, 2018). Si bien, en este informe se muestra una disminución de la fiducia inmobiliaria del 5.8% anual respecto a lo registrado para el año 2016, lo que representa \$3.1 billones menos, con 1535 negocios menos, este vehículo fiduciario se mantiene vigente.

En este sentido, puede afirmarse que la fiducia mercantil inmobiliaria en Colombia es de origen reciente y responde a las demandas económicas vinculadas a la globalización, que requieren de una adecuación del ordenamiento jurídico acorde a la realidad del país; sin

desconocer la influencia del derecho de países potencia económica y organismos internacionales que regulan el sistema financiero y comercial en el mundo.

Cabe anotar que nuestro país reclama una agenda normativa garantizadora de la seguridad y el orden, ordenadora de la actividad económica, con mayor control estatal sobre el sector privado y la protección efectiva de los derechos de los consumidores en lo pertinente a la fiducia mercantil inmobiliaria.

La Superintendencia Financiera de Colombia (2017), establece que la finalidad de la fiducia inmobiliaria es “la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato” (p.15).

En otras palabras, desde un acercamiento al objeto de este negocio fiduciario, este se encarga de administrar los recursos y bienes de un proyecto inmobiliario, o a la administración de los recursos asociados en el desarrollo y ejecución de dicho proyecto, conforme a las instrucciones señaladas en el contrato. Se abre paso a la vinculación de terceros, con derechos y obligaciones particulares para todos los intervinientes. (Circular Básica Jurídica, Superintendencia Financiera de Colombia Título V, capítulo primero, numeral 8, subnumeral 8.2).

Su fundamento está en la protección de derechos del orden constitucional, que cabe nombrar entre otros, el derecho a la propiedad privada (artículo 58), derechos colectivos conducentes a la protección del consumidor (artículo 78), la buena fe de los intervinientes en el contrato fiduciario (artículo 83) y, el debido cumplimiento de la regulación de la actividad económica encasilladas en las obligaciones del Estado (artículo 332, 333, 334 y 335); en pro del bien común y la libertad económica. A partir de esta se requiere, ante la diversidad de negocios fiduciarios, una regulación legal con mayor rigurosidad, al estar relacionada con el patrimonio de los asociados y la contundente influencia en la economía del país.

### **3.2 Partes intervinientes**

Las partes que intervienen en el contrato de fiducia mercantil inmobiliario son: el Fideicomitente, la Fiduciaria y el Fideicomisario y, a la cabeza está la Superintendencia Financiera de Colombia, que si bien no hace parte directa del contrato de fiducia inmobiliaria, sí juega un papel fundamental en la regulación normativa y el control de este negocio jurídico.

Actividad que se ve reflejada desde un comienzo en el otorgamiento de permiso de funcionamiento, a las compañías que tengan como finalidad prestar servicios propios de una fiduciaria, siempre que cumpla con las directrices estatuidas.

La Asociación de Fiduciarias de Colombia (2011) las define así:

La sociedad constituida como sociedad anónima, con permiso de funcionamiento otorgado por el Estado, que desarrolla la actividad o actividades para las cuales han sido autorizadas las sociedades fiduciarias por expresa disposición legal, (...) y deben contar con un capital mínimo (artículo 16 de la ley 795 de 2003), y niveles de patrimonio adecuado. (p.9).

La inspección, vigilancia y control ejercido por la Superintendencia Financiera de Colombia, es básica en el mantener la confianza de los inversionistas, la protección del consumidor y la preservación del equilibrio del sistema financiero.

Ahora, respecto a otro de los intervinientes, el fideicomitente, Giraldo Aristizábal & Sanín de Saffón (1980), lo definen en los siguientes términos: “la persona que a través de un contrato o de un testamento transfiere uno o más bienes especificados al fiduciario para que éste los administre o enajene en cumplimiento de una finalidad fijada por el constituyente en provecho suyo o de un tercero llamado beneficiario” (p.113).

El constituyente o fideicomitente en el contrato de fiducia inmobiliaria, según afirma Arias C. y Gratcheva, puede ser el promotor y/o comercializador, constructor, gerente,

propietario del lote aportado (2013, p.28) y, es aquel que transfiere sus bienes a otro para que este los administre con el fin de cumplir con el objeto pactado.

Estos intervinientes directos, contratan los servicios de una Fiduciaria con el fin de dar una adecuada administración a los dineros captados por inversionistas y/o fideicomisarios para la construcción del proyecto inmobiliario. La sociedad constructora, comercializadora o desarrolladora del proyecto inmobiliario, incurre en la obligación de construir el proyecto en las condiciones anunciadas; salvo excepciones, asume en este sentido la responsabilidad que conlleva el cumplimiento de las etapas precontractual, contractual y postcontractual, vistos en la promesa de compraventa, la compraventa en sí, la transmisión de la propiedad y la salida del saneamiento de la obra.

Finalmente, la relación contractual se cierra con el fideicomisario o beneficiario, definido por Asofiduciarias en su publicación llamada la Fiducia Inmobiliaria en Colombia, como “todo aquel interesado que no hace parte del contrato fiduciario, pero se vincula como futuro propietario o beneficiario de área” (2015).

### **3.3 Obligaciones de las partes**

Las obligaciones que adquieren las partes, son aquellas expresamente establecidas en el contrato de fiducia de acuerdo con el objeto que se pretenda contratar, su causalidad, así como aquellas establecidas en la ley.

En conexión a las obligaciones de fideicomitentes, Giraldo Aristizábal & Sanín de Saffón (1980), (dicho en Motta, 2015) afirma que:

La principal obligación del constituyente consiste en hacer la transferencia de los bienes objeto de la fiducia en la forma indicada por la ley. Otras obligaciones son: pagar al fiduciario los gastos en que incurra y la remuneración que corresponda de acuerdo con las tarifas fijadas por la Superintendencia Bancaria y con lo estipulado en el acto constitutivo; cumplir con las obligaciones correlativas a los derechos que se haya reservado en el acto constitutivo; especificar los bienes dados en

fideicomiso, señalar las finalidades, designar fiduciario y beneficiario, y salir al saneamiento en caso de evicción (p.17).

De las obligaciones del fiduciario según la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera 029 de 2014, está el ofrecer información adecuada y oportuna; hacer análisis de riesgo del proyecto inmobiliario; verificar la propiedad y la tradición del inmueble sobre el cual se desarrollará la construcción; seguimiento del uso de los recursos dados para la financiación del proyecto; revisión del cumplimiento del punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto; tener certeza en la obtención del crédito constructor; verificar las condiciones técnicas y jurídicas antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores; verificar la solvencia y capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor; realizar la divulgación oportuna al público y a sus posibles clientes del alcance y efectos que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades.

Las anteriores obligaciones parecen ser una lista armónica de lo que una sociedad fiduciaria debería hacer; no obstante, se considera que se debe sumar la obligación de hacer un seguimiento más exhaustivo, que permita ejercer un control jurídico, laboral, tributario y presupuestal, así como la verificación del cumplimiento de la programación de obra.

### **3.4 Modalidades de la fiducia inmobiliaria**

Este negocio fiduciario enfocado en proyectos de urbanizaciones, oficinas, locales comerciales, bodegas, complejos hoteleros, por nombrar algunos, permite desde la administración de recursos recaudados previo al inicio de la obra e incluso englobar el desarrollo de la totalidad del proyecto inmobiliario. Así, se presentan modalidades, según la etapa del proyecto: preventas y de administración, de pagos y de tesorería, definidas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, Título V, Capítulo Primero, numeral 8, subnumerales 8.2. 8.2.1., 8.2.2., 8.2.3.) y en palabras de Ossa H (2017) se definen así:

La fiducia de preventas: Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad que la Fiduciaria realice el recaudo de los dineros de los inversionistas interesados en adquirir una unidad en el proyecto; dineros que son administrados e invertidos mientras el constructor cumpla las condiciones de entrega de los recursos. (p.13, 14).

Aquí, la fiduciaria tiene la obligación de hacer el recaudo de recursos que solamente serán entregados al constructor una vez cumpla los requisitos establecidos en el contrato de fiducia, entre ellos, lograr el punto de equilibrio en el cual se permite asegurar la viabilidad del proyecto, mas no puede garantizar la sociedad fiduciaria el cumplimiento de la obra.

Visto de otro modo, se entiende que la entrega del proyecto inmobiliario que pretende construir es una obligación de resultado por parte del fideicomitente o constructor, y la gestión y administración de las fiducias resultan meramente de intermediación clasificadas como obligaciones de medio.

Ahora bien, si una de las obligaciones de las fiduciarias es verificar que el constructor cumpla con las etapas de la construcción, y si la construcción no llega a su término o no presentan las condiciones de calidad, a la fiduciaria no le es propio endilgar responsabilidad, por el incumplimiento del constructor.

Lo anterior no obsta a que la fiduciaria se sustraiga totalmente de responsabilidad, pues aquella debe demostrar el mayor grado de diligencia en la gestión y administración de recursos que incluye la vigilancia de la destinación de los recursos y las condiciones de disposición del constructor.

Desde mi punto de vista, la falta de claridad para el consumidor inmobiliario sobre el alcance de las obligaciones del fiduciario en esta modalidad y uso de maniobra persuasiva por parte de los empresarios a la hora de vender sus proyectos, abre la puerta a la defraudación del público que asume a la fiduciaria ente responsable garantizador del desarrollo y culminación exitoso de la construcción.

Retomando a Ossa para definir la fiducia de administración y pagos: (...) el Fideicomitente transfiere un bien inmueble, mueble y recursos a la sociedad fiduciaria con la finalidad de que esta administre el proyecto inmobiliario y permita el desarrollo del mismo por cuenta y riesgo del Fideicomitente y, transfiera conjuntamente con el constituyente las unidades construidas a los beneficiarios.

El bien transferido, se constituye patrimonio autónomo sobre el cual se edificará el proyecto inmobiliario y la sociedad fiduciaria en la administración vele porque se lleve a cabo su desarrollo y una vez finalizado transfiera las unidades a los beneficiarios estipulados en el contrato de fiducia.

Continuando la clasificación, se prosigue a la fiducia de tesorería que, de acuerdo con la Cámara Colombiana de Construcción (2015) “tiene por finalidad encomendar la inversión y administración de los recursos destinados a la ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con el contrato fiduciario” (Motta P, 2015). En términos de la Circular Básica Jurídica de la Superfinanciera, su finalidad es la administración de recursos que tienen destinado la ejecución del proyecto inmobiliario.

### **3.5 Fases del negocio fiduciario inmobiliario en Colombia**

**3.5.1 Fase preoperativa.** El negocio fiduciario de preventas se enmarca en los proyectos inmobiliarios, donde adherentes colocan su capital para la adquisición del futuro inmueble; el recaudo de dinero se hace a través de una sociedad fiduciaria, que una vez esta haya verificado el cumplimiento del punto de equilibrio en el plazo estipulado, se iniciará a girar los dineros al constructor y dar paso a la apertura de la construcción.

Entre los beneficios que representa para los adquirentes inmobiliarios con la modalidad de fiducia, puede decirse que la seguridad en la recuperación del dinero en caso de no lograr el punto de equilibrio y no iniciarse la obra en el término establecido y, por otra

parte, la adquisición del inmueble en un valor de bajo costo, generan ganancias futuras, representadas en la valorización del bien construido y adquirido sobre planos.

En el devenir negocial y como lo expresa Arias Cano & Gratcheva, (2013), en el encargo fiduciario de preventa, sólo se tiene el lote, estudio y diseños y, es a través de la fiducia que se realiza la captación de dinero, y se puede hacer el acompañamiento del proceso hasta la obtención del permiso de ventas sobre planos, la licencia urbanística y se alcance el punto de equilibrio.

**3.5.2 Fase operativa.** Aquí se observa el contrato de fiducia inmobiliaria en las modalidades de fiducia mercantil inmobiliaria de administración, administración y pagos, tesorería. Al momento de lograrse el punto de equilibrio, se inicia el contrato de fiducia inmobiliaria, donde el cliente transfiere la propiedad a la fiduciaria, pero esta no asume los riesgos o los azares del proyecto.

Al momento de invertir en un proyecto de vivienda nueva, el consumidor inmobiliario puede de algún modo, proteger su patrimonio con el uso de la fiducia de administración inmobiliaria, en la cual la fiduciaria realiza los contratos con los beneficiarios y los dineros captados se entregan al constructor una vez sea alcanzado el punto de equilibrio.

Es de resaltar que, según lo expresan los autores Arias Cano & Gratcheva (2013), “el desembolso de los dineros se hace controladamente a medida que se comprueba el avance de la obra y hay un acompañamiento de la entidad fiduciaria de principio a fin” (p.76), por lo que se muestra que el control ejercido por las sociedades fiduciarias es uno de los elementos definitivos en garantizar el resultado exitoso del proyecto inmobiliario y la protección de los consumidores inmobiliarios.

### **3.6 Terminación del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria**

Se extingue de acuerdo a lo estipulado en el artículo 822 de Código de Comercio, a partir del cual se tienen en cuenta causales como: la restitución, la resolución del derecho constituyente, por la destrucción de la cosa en que está constituido, por la renuncia del fideicomisario antes de la fecha de restitución, sin perjuicio de los derechos de los sustitutos, si los hubiere, por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil y por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario. (Rodríguez, 2005, p. 289).

Aunque son numerosos los contratos de fiducia inmobiliaria en Colombia, la posibilidad de someter a verificación aquellos contratos que terminen de una forma anormal, sería un mecanismo de protección para los derechos de las partes, y sobre todo, de mejora continua en la que sociedades fiduciarias adquieran mayores conocimientos y experiencia a la hora de ejecutar sus negocios.

#### **4. Características del contrato de fiducia inmobiliaria acordes a la realidad negocial**

##### **4.1 La confianza**

Según la Corte Suprema de Justicia en el caso de Cóndor S.A. contra Euroinversiones S.A., el acto de confianza en sí es la base y el origen de la fiducia como lo expresa el Magistrado Ponente William Namén Vargas en sentencia del 2008, quien se vale de la definición dada por V.M. Trimarchi, en su libro *Voce Negozio Fiduciario*, (Enciclopedia del diritto, XXVIII, Milano, 1978, XXVIII, p.32),

...La expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro. (Cóndor S.A. Vs Euroinversiones S.A., 2008).

La definición dada, muestra el fundamento de la fiducia en actos de confianza y, según Garrigues, el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otros sus intereses, los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato (1978, p. 19).

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (2014), define los negocios fiduciarios como “actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero”, se entiende además, que se está ante una fiducia mercantil en los eventos de transferencia de la propiedad.

Ahora bien, la citada Circular al definir el negocio fiduciario como acto de confianza, hace referencia a la buena fe y seguridad que se tiene en la persona a quien se le transfiere un patrimonio; empero, al hacer una revisión del *trust* incorporado en nuestro sistema normativo y en el contrato fiduciario, se considera que difieren en su calidad de negocio jurídico; compartiendo la idea de Farina (citada por Birbaumer, 2014), al expresar que el “*trust* ha dejado de ser un negocio fiduciario. Si nuestra confianza no descansa en la buena fe de otro sino en la tutela de la ley, ella deja de ser fiducia en sentido técnico, pues la llamada fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos”.

Al respecto, el autor Trimarchi (citado por el Magistrado Namén de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2008), refiere que la confianza se tiene en las calidades y cualidades de la persona administradora de los bienes, es decir, se caracteriza por ser un negocio *intuitu personae*, elemento esencial para la celebración del contrato, criterio manifestado por autores como Rengifo García que, además señala, se hace en consideración de la sociedad fiduciaria constituida a partir de los requisitos legales (2001, p.64).

Varón Palomino & Abella Abondano (2013), afirman que el carácter de *intuitu personae* depende de la relación entre las partes del negocio jurídico y, debe examinarse entre

otros aspectos, sus antecedentes, finalidades, términos y condiciones, y sería además de utilidad la revelación que una o ambas partes hicieran en tal sentido en el mismo contrato o en otros documentos relacionados (p.13).

Desde una perspectiva propia, la fiducia mercantil no atiende al rasgo *intuitu personae*, sino corresponde realmente a un carácter *intuitu instrumenti*, al no limitarse a evaluar las calidades personales para el cumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria; postura que se acerca a la teoría de los contratos selectivos, expuesto por López Guzmán.

Autor que en referencia al contrato de franquicia, señala que “la confianza no constituye el cimiento, y en su lugar el vínculo contractual atiende a la capacidad técnica y financiera de la empresa” (López Guzmán , 2008, p.189), el cual es ajustable al contrato masivo dado en la fiducia mercantil inmobiliaria, donde se adiciona que, como criterio de su escogencia en este tipo de contrato, depende igualmente de la profesionalidad manejada por las fiduciarias.

La fiducia mercantil no posee el carácter de ser *intuitu personae*, al determinarse la celebración del contrato no con base a subjetividades, sino la voluntad contractual se circunscribe a peculiaridades legales, técnicas, operativas, entre otros, con las cuales cuente la persona jurídica para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales.

En relación al análisis realizado por López Guzmán (2005), se establece un elemento objetivo y otro subjetivo que, al equiparlos para el contrato de fiducia, logra decirse que el elemento objetivo hace referencia a la capacidad jurídica, técnica y financiera, mientras el elemento subjetivo se refiere a los principios de confianza, buena fe, lealtad, entre otros; (...)“no se contrata en razón a la confianza que se tiene hacia una persona determinada, sino con base en el cumplimiento de unas condiciones objetivas” (p. 88).

La confianza según fue concebida en sus inicios como un fundamento axiológico, actualmente está desvirtuada y se orienta este contrato hacia las capacidades jurídicas, administrativas, económicas, técnicas de las fiduciarias; necesarias para el debido

cumplimiento de sus obligaciones que otorga a los futuros inversionistas, seguridad o “confianza” depositada en la medida que dichas sociedades deben ser autorizadas por la Superintendencia Financiera. A partir de la cual se otorga un carácter selectivo, pues su confianza no se deposita en cualquier persona.

Por tanto, en su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos profesionales para emplearlos en la adopción de las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido tendrán que abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios. (Prado Villegas, 2010).

#### **4.2 Formación del patrimonio autónomo**

El patrimonio autónomo es uno de los elementos esenciales del contrato de fiducia inmobiliaria, junto con la transferencia real y efectiva de los bienes, y está conformado por todos los bienes objeto de la fiducia, destinado a cumplir con la finalidad del contrato celebrado.

En este orden de ideas, para que el contrato tenga plena validez se requiere de la constitución del patrimonio autónomo y su transferencia real efectiva, así pues, llegado al caso uno de estos elementos no se haga efectivo, el contrato de fiducia no tendrán efectos legales. Tal y como lo consideró el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (1999):

... se considera inexistente, bien el acto jurídico que, estando sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales (*ad substantiam actus*), carece de ellas, por lo cual “no produce ningún efecto civil”, bien aquel al que le falta uno o más elementos que le son esenciales, caso en el cual “no produce efecto alguno” (Controversias entre el Inurbe y Fidutequendama, 1999).

Es decir, si no se alcanza a constituir el patrimonio autónomo y/o no se hace la transferencia real y efectiva de los bienes objeto de la fiducia, el contrato estaría viciado por falta de elementos esenciales del mismo, lo que conlleva a la inexistencia del negocio jurídico, ya que es con el que las sociedades fiduciarias logran cumplir la finalidad del contrato. Así pues, no sólo produce efecto alguno, sino por simple lógica al no existir el bien no se puede lograr obtener frutos del mismo.

Está claro que, el patrimonio autónomo es independiente del patrimonio general de la fiduciaria, aunque sea transferida a esta, dicho patrimonio no puede ser prenda para el cumplimiento de otras obligaciones de la sociedad fiduciaria que no se deriven del objeto del contrato de fiducia. Como lo estableció la Corte Suprema de Justicia (1995) Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas “ todos los riesgos o beneficios que afecten los bienes serán soportados por ese patrimonio autónomo y no por el patrimonio general del fiduciario.”. (Jose Antonio Mora Vs Banco Ganadero, 1995).

Para la Corte Suprema de Justicia sala de Casación, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena (2006) manifiesta que:

(...) De ahí que en armonía con el artículo 1227 del estatuto mercantil, tales bienes “no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida” deben estar “separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios”, formando “un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (art. 1233, ib.). (Constructora el Roble S.A.; Fiduciaria del Estado S.A. y Banco del Estado S.A. Vs Ruben Darío Tobón, 2006).

La jurisprudencia insiste en manifestar la independencia del patrimonio autónomo ligado a una finalidad del contrato, una independencia relativa, pues esto no quiere decir que dichos bienes sólo estén destinados para el cumplimiento del contrato, si fuera así en la

práctica todos los proyectos se finalizarían exitosamente. Como quedó anotado, este patrimonio puede ser perseguido por acreedores anteriores que se sientan con derechos en los mismos, es decir tal finalidad no prevalece por los derechos de aquellos acreedores.

Al ser el patrimonio autónomo un elemento esencial del contrato de fiducia inmobiliaria, aunque sin personería jurídica, es objeto de derechos y obligaciones destinadas al cumplimiento de una finalidad y, no puede desconocer la protección a otros acreedores, para lo cual este el instrumento clave para el cumplimiento de dicha finalidad.

Adicional a lo anterior, es importante establecer que, aún cuando los fideicomisos no tienen personería jurídica, si tienen capacidad legal para obligarse y capacidad procesal para comparecer en juicio a través de la sociedad fiduciaria, quien actúa en calidad de vocera del Patrimonios Autónomo.

El artículo 1244 del Código de Comercio garantiza que este patrimonio autónomo gozará de independencia de los bienes o patrimonio general de la fiduciaria; “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

La legislación limita las actividades de la fiduciaria y, hace ineficaz todo acto realizado con los bienes del fideicomiso que estén por fuera del objeto contractual, y no permite a las sociedades fiduciarias apropiarse de dichos bienes. La ley en aras de salvaguardar los derechos de los fideicomitentes, estableció esta normativa aún cuando conoce que, uno de los deberes de las sociedades fiduciarias es la entrega del bien una vez terminado y/o cumplido la finalidad del objeto contratado.

De aquí la importancia que tiene la debida diligencia en la identificación de riesgos adherentes a la finalidad del contrato y el estricto cumplimiento en la vigilancia hecha por la Fiduciaria, ya que el más mínimo riesgo jurídico, técnico, económico, recaerá directamente en los bienes del fideicomiso y este tendrá que soportarlos.

Quizás éste patrimonio es autónomo pero no está dentro de una esfera de protección absoluta en la que otros acreedores puedan perseguirlos, pues se han presentado casos en los cuales el constructor utiliza los bienes administrados por la fiduciaria, en calidad de garantía del crédito constructor, con la aquiescencia de la fiduciaria, sin percatarse que al encontrarse la hipoteca abierta, la empresa constructora adquiere numerosos créditos y ante el incumplimiento en el pago, van a ser los consumidores inmobiliarios quienes van a soportar la carga.

#### **4.3 La instrumentalidad no emerge del contrato**

Hace referencia al papel que tiene el contrato de acuerdo con las obligaciones pactadas encaminadas a lograr un fin determinado, en otras palabras, se considera que los contratos de fiducia son el instrumento o medio para gestionar y cumplir con ese objeto contractual. Tal capacidad de gestión permite utilizar el mecanismo como instrumento especialmente hábil para administrar patrimonios ajenos y está encomendado, en nuestro sistema, a un administrador profesional, que ha de ser una sociedad fiduciaria (Rodríguez Azuero, 1997, p. 33).

Ahora bien, se tiene en cuenta el papel que tiene el contrato de acuerdo con las obligaciones pactadas para lograr un fin determinado y se consideran los contratos de fiducia como:

...el instrumento o medio para gestionar y cumplir con ese objeto contractual. Tal capacidad de gestión permite utilizar el mecanismo como instrumento especialmente hábil en administrar patrimonios ajenos y está encomendado, en nuestro sistema, a un administrador profesional, que ha de ser una sociedad fiduciaria (Rodríguez, 1997, p.33).

Aunque es el contrato considerado como un instrumento, personalmente la instrumentalidad no recae específicamente en el contrato de fiducia, pues este contiene obligaciones y responsabilidades preestablecidas por la ley, adicionales a las acordadas por

las partes y, por ende, pasaríamos a determinar que el real instrumento es la legislación, quien enmarca el negocio jurídico.

Empero, desde el punto de vista técnico, el instrumento real son los bienes entregados en fideicomiso y, especificados en el contrato, y que gracias a estos se puede realizar toda una serie de actividades de administración tendientes a cumplir la finalidad prevista, es decir, no hay contrato si no hay bienes o instrumentos con los cuales se definan unos objetivos a seguir.

#### **4.4 Temporalidad**

Este elemento del contrato de fiducia hace referencia al límite en tiempo sobre la duración de una fiducia. En Colombia el plazo máximo que debe tener un contrato de esta naturaleza es de 20 años y “la entidad nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos en la fiducia, pues al terminar el contrato se devuelve al constituyente o aquel que este indique” (Baena T., 2016, p.).

Aunque esta temporalidad permite a las partes establecer un plazo de ejecución en un periodo de tiempo permitido por ley, los proyectos inmobiliarios no pueden extenderse por un espacio tan amplio por el detrimento económico para el fideicomitente.

Si bien existen causales eximentes de responsabilidad para el constructor, este se constituye en uno de los elementos generadores de mayor riesgo al fiduciario. En oposición, si existe además una coordinación armónica entre las partes del contrato en la supervisión, interventoría, y control permanente desde la fiduciaria en la etapa que se vincule, es decir, desde la planeación hasta la ejecución del proyecto; puede crearse matrices para la mitigación y reacción ante los imprevistos que protejan los derechos de los promitentes compradores o beneficiarios de área, pues no resulta aceptable la prórroga de contratos por la falta de debido cuidado o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones.

## CONCLUSIONES

La fiducia muestra su nacimiento previo a lo estipulado en el derecho romano, a partir de lo cual se puede afirmar que, sus orígenes se remontan desde los sumerios y egipcios, quienes influyeron la cultura jurídica romana y transmitieron de alguna manera sus instituciones.

Al interior del derecho romano, la fiducia se fundó en un acto de confianza depositado en otra persona para lograr un fin determinado; sin embargo, no se le da la categoría de contrato, indistintamente si hubo o no acuerdo de voluntades, de acuerdo con las tipologías existentes, al ser la fiducia una cláusula dentro de un contrato o en otros casos una elemental solemnidad. Sin embargo, si bien hoy en día se ha consolidado como una forma contractual, el depositario de la confianza ya no se hace sobre personas naturales en el caso colombiano.

La evolución de la fiducia trajo a su paso la ley *uses* y, posteriormente el *trust* anglosajón, adoptado y modificado por los americanos, surgiendo el *trust* americano que, posteriormente fue introducido en países latinoamericanos, entre ellos Colombia.

Teniendo en cuenta que el *trust* es una figura aplicada en varios países, la construcción de proyectos inmobiliarios ha aumentado de una manera considerable, así mismo la inversión extranjera. La globalización ha conllevado a realizar convenios que pretenden que muchos países se adhieran a este pacto con el fin de unificar una sola legislación y procedimiento para resolución de conflictos. Por esta razón, han surgido figuras jurídicas como la fiducia mercantil inmobiliaria efectiva para la construcción de macro-proyectos.

La soberanía de los Estados faculta a estos a adoptar dichas figuras jurídicas aplicadas en otros países, pero con la libertad de hacer ajustes, teniendo en cuenta aspectos sociales, legales, culturales del país, entre otros; así pues, el fideicomiso inmobiliario

adoptado en Estados Unidos, México, Argentina, Chile, España, Francia, Inglaterra, comporta una regulación asemejada en Colombia.

Al trasladarse una copia de esta figura jurídica al territorio colombiano, no es conveniente la adaptación de un híbrido entre sistemas disímiles, esto es el anglosajón y el continental, sobre un sistema jurídico como el nuestro, al no estar contextualizada acorde a una evolución social, económica, cultural y política con amplias diferencias.

Al traspolar la normatividad a un Estado que tiene un progreso distinto, con una identidad que personaliza un ordenamiento jurídico, va a generar dificultades en la interpretación y aplicación de la ley por los vacíos, lagunas, erróneas interpretaciones, lo que conlleva a generar conflictos, en contravía del fin mismo de una ley reguladora de las relaciones entre los asociados en criterios de justicia y equidad.

El contrato de fiducia mercantil es clasificado como *intuitu personae* por la doctrina con base en el grado de confianza; sin embargo, se piensa que la apropiada calificación del contrato de fiducia mercantil es conforme a las actuales formas negociales, *intuitu instrumenti* al no proceder el nacimiento de la relación contractual con base en las características subjetivas de la persona generadoras de la confianza, pues nos encontraríamos en el ámbito civil y las consecuencias resultan disímiles ante el incumplimiento del contrato.

## REFERENCIAS

- Alabart, S. D., & al, e. (2016). Manual de Derecho de consumo. Madrid: Reus S.A.
- Anónimo (s.f.). Código de Hammurabi. España: Luarna Ediciones. Recuperado de <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- Arias Cano, F., & Gratcheva, B. (2013). Guía para desarrollar e invertir en proyectos inmobiliario bajo la modalidad de fiducia. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía. Salamanca, España: Autor.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). Tesis Doctoral: Los negocios fiduciarios y la fiducia de garantía. Salamanca, España: Autor.
- Asociación Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa. (11 de Junio de 2015). Convenio de Cooperación AAFyFID y Escuela Argentina de Finanzas personales. Argentina: Autor.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (7 de Julio de 2011). Cartilla Aspectos Básicos del Negocio Fiduciario. Bogotá, Colombia.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia (2015). La Fiducia Inmobiliaria en Colombia. Recuperado de [http://www.asofiduciarias.org.co/archivos/LaFiducia Inmobiliaria en Colombia - AF Definitiva 2013.pdf](http://www.asofiduciarias.org.co/archivos/LaFiduciaInmobiliariaenColombia-AFDefinitiva2013.pdf)
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2018). Informe anual del sector fiduciario 2017. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2018/06/08-MAR-2018-INFORME-ANUAL-DEL-SECTOR-FIDUCIARIO-2017.pdf>
- Baena, Cárdenas L. (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baena, L. (2017). Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Batiza, R. (1976). El fideicomiso. Tercera edición. México: Editorial Porrúa.

Béjar, F. (2017). Centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Ensayos del notariado mexicano. Ensayo: La impostergable derogación del fideicomiso de extranjería. México: Colegio Nacional del Notariado Mexicano. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4602/19.pdf>

Birbaumer Vera, G. D. (2014). Responsabilidad civil de la fiduciaria por bienes pertenecientes al fideicomiso. Asunción: Autor.

Caballeira Debasa, A. (2002). Legados Píos y Fundaciones Familiares en Al-Andalus (Siglos IV/X - VI/XII). Madrid, España: RAYCAR, S.A. Impresores.

Cámara Colombiana de la Construcción. (2015). Fiducia, mercado inmobiliario y desarrollo urbano. Bogotá: Autor.

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo Vs Fiduciaria del Occidente S.A., 11001 31 03 008 1997 07700 01 (Corte Suprema de Justicia 18 de Mayo de 2006).

Carvajal Arenas, L. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. Estudios Historicos-Jurídicos, numero XXXVI, 345-364.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio (7 de Abril de 1999). Controversias entre el Inurbe y Fidutequendama

Comisión Nacional de Valores. (Diciembre de 2007). Fideicomiso Financiero: Educación mercado de capitales. Argentina: Autor.

Congreso de Colombia. Ley 546 de 23 de diciembre de 1999. D.O.: 43827. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0546\\_1999.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html)

Constructora el Roble S.A.; Fiduciaria del Estado S.A. y Banco del Estado S.A. Vs Ruben Darío Tobón, 0293 (Corte Suprema de Justicia sala de Casación 31 de Mayo de 2006).

Consumer International. (07 de Noviembre de 2016). Guía práctica sobre las directrices de las naciones unidas de protección al consumidor. La protección de los consumidores: porque es importante para usted. Londres, Reino Unido: Autor.

Corte Suprema de Justicia. (09 de Agosto de 1995). Jose Antonio Mora Vs Banco Ganadero, 4059.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (09 de agosto de 1995). Responsabilidad en el contrato de fiducia.

Corte Constitucional. Sentencia C-700. (16 de septiembre de 1999). MP: José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-700-99.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (14 de febrero de 2006). Expediente 1000-01. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2008). Expediente 11001-3103-036-1 999-01458-01. MP William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. (14 de Febrero de 2006). Enrique Madrid Z. & CIA. S. en C. S Vs Fiducolombia S.A., 05001-3103-012-1999-1000-01.

Cuena Boy, F. (s.f.). para una comparación histórico-jurídica de las piae ca usae del derecho romano justiniano con el waqf del derecho islamico. Anuario da Facultade de Dereito. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/deba/ea3ff65641b58d84f0655c3d68ccf2e28904.pdf>

Da Cunha Lopes, T. & Chavira Villagómez, R. (2009). Introducción Histórica al Derecho Romano. México: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Recuperado de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/ManualDerechoRomano.pdf>

De Regil Castilla, A. J. (04 de Diciembre de 2004). El poder del consumidor en la lógica del mercado: democracia real y directa en busca de la RSC. Lysdinis.

Díaz Bautista, A. (2014) Origen y evolución de las garantías reales en Roma. Antigüedad in progress. Actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I). Centro de estudios del próximo oriente y la antigüedad tardía. Universidad de Murcia. Recuperado de <https://www.um.es/cepoat/publicaciones/wp-content/uploads/2017/05/17-DIAZ-CIJIMA-I.pdf>

Espacio Público. (2016). Fideicomiso diversificado y público en la ley de probidad. Recomendaciones Legislativas N° 18. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=64828>

Garriguez, J. (1978). Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil. Madrid: Civitas S.A.

Diego Baena Toro, H. H. (2016). Sistema financiero colombiano. Bogotá: Ecoe Ediciones Ltda.

- Estatuto Financiero de Colombia. (2009). Bogotá: LEGIS.
- Estrada, E. (2010). El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Madrid: Universitaria Ramos Areces.
- Farina, J. (2005). Contratos Comerciales. Buenos Aires: Astrea.
- Fiducia de Santander S.A., Cipres Trade Center S.A Vs Weston Ltda., 11001-3103-039-2000-00310-01 (Corte Suprema de Justicia 1 de Julio de 2009).
- Fiduciaria de Santander S.A., Cipres Trade Center Vs Sociedad Weston Ltda , 11001-3103-039-2000-00310-01 (Corte Suprema de Justicia 1 de Julio de 2009).
- Floris Margadant, G. (2002). Panorama de la historia universal del Derecho, 7a. edición. México: Miguel Ángel Porrúa Editores.
- García Badillo, L. (Diciembre de 2015). Las malas prácticas de la fiducia en Colombia. Bogotá, Colombia: Autor.
- Gil Echeverry, J. H. (2015). La especial responsabilidad del administrador societario. Bogotá, México DF, Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago: Legis Editores S.A.
- Giraldo, M.H.; Sanín, N.L. (1980). El Patrimonio Especial de la Fiducia Mercantil. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Goicoechea, I. (2015). Los Instrumentos de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones. Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, Año 3 No. 5, 45-63.
- González, R. (4 de Noviembre de 2008). Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en America Latina. Autor.
- Lara Peinado, F.; y Lara González, F. (1994). Los primeros códigos de la Humanidad. Capítulo: Código de Lipit-Ishtar. Madrid: Tecnos. pág. 83-107.
- Leasing Mundial Vs Fidufes, hoy Acción Fiduciaria S.A. (Centro de Arbitraje y Conciliaciones Mercantiles 26 de Agosto de 1997).
- LEGIS. (2014). Código de Comercio. Bogotá.
- Lima Márques, C. (2001). La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado. Río de Janeiro, Brasil: Autor.
- López Guzmán, F. (2005). El contrato de Franquicia Internacional, un modelo estratégico empresarial. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Mateus Bohórquez, L. N. (2015). El contrato fiduciario inmobiliario: un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Medina, L. M., & Vásquez, J. A. (2014). Responsabilidad de las Fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios. Bogota, Colombia: Autor.
- Mesa, M. M. (s.f.). Algunos comentarios sobre la reforma financiera de 1990. Revista Universidad Eafit No. 83. Recuperado de <file:///C:/Users/UNISANGIL-DOC/Downloads/1505-1-5040-1-10-20120827.pdf>
- Molina Sandoval, C. (2007). La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario.
- Moreno Herrera, M. (2014). Control de clausulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. Univ. Estud. Bogotá, Colombia.
- Morillas Cueva, L. (2013). Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos. Madrid: Dikinson.
- Motta P, L. F. (21 de Octubre de 2015). La Fiducia inmobiliaria en Colombia. La fiducia inmobiliaria en Colombia: un estudio comparado con el contrato sinalagmatico. Bogotá, Colombia: Autor.
- O' Callaghan Muñoz, X. (2004). Compendio de Derecho Civil. Tomo I, parte general. Madrid, España: Edersa.
- O' Callaghan Muñoz, X. (2012). Compendio de Derecho Civil. Tomo I, parte general. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.OCW Universidad de Cantabria (s.f.). Texto del Código de Ur-Nammu. Recuperado de [http://www.comuna.cat/Glosario/Codigo\\_de\\_Ur-Nammu.pdf](http://www.comuna.cat/Glosario/Codigo_de_Ur-Nammu.pdf)
- Ossa H, L. (2017). Obligaciones de resultado a las fiduciarias en el proyecto de circular básica jurídica en la administración de la fiducia inmobiliaria. s.c.: Autor.
- Osterling Parodi, F. (s.f.). Inejecución de las obligaciones: dolo y culpa.
- Pantoja Murillo, C.G. (2013). La fundación o Waqf en el derecho islámico. Costa Rica: Revista Judicial. N. 110. Recuperado de [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20Judicial%20110/index.html](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/index.html)

- Patrucchi, L., & Lilljedahl, M. (Julio de 2010). Fondos Fiduciarios en Argentina: un mecanismo sui generis de asignación del gasto público. V congreso latinoamericano de Ciencia Política. Buenos Aires, Argentina: Autor.
- Peire, J. M. (2017). El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso en distintas etapas. El Derecho, Universidad Católica de Argentina, 1-8.
- Prado Villegas, C. (2010). Riesgos en los fideicomisos inmobiliarios y a la titularización de activos. Guayaquil: Fiduciaria de Bogotá.RAE. (06 de 07 de 2018). <http://dle.rae.es/?id=Hrcw2te>. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=Hrcw2te>
- Ramos, A. (30 de 07 de 2013). <https://www.derechoromano.es/2013/07/fiducia.html>. Obtenido de <https://www.derechoromano.es/2013/07/fiducia.html>
- Rengifo, R. (2001). La fiducia: legislación nacional y derecho comparado. Medellín: Universidad Eafit.
- Roa Rodríguez, G. (Diciembre de 2015). Las malas prácticas de la fiducia en Colombia. Bogotá, Colombia: Autor.
- Rocha Núñez, E. (Octubre de 2010). Tesis Doctoral: El fideicomiso mexicano, un estudio de derecho comparado. México: Universidad Autónoma Nuevo León.
- Rodríguez Azuero, S. (1997). La responsabilidad del fiduciario. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Rodríguez Azuero, S. (2007). Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciario, su significación en América Latina. Legis.
- Rodríguez Puentes, M. (2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. Revista de Derecho Privado No. 56, Universidad de los Andes, <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.09>.
- Schultz, F. (1960). Tratado de Derecho Romano Clásico. Traducción de José Santa Cruz Telgeiro. Barcelona, España: Editorial Bush.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (20 de Enero de 2009). Concepto Jurídico No. 2008085725-002 de Circula Básica Jurídica C.E. 029 de 2014. Bogotá, Colombia: Autor.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2016). Circular Externa 024, Parte II, Capítulo II, Título I. Bogotá: Autor.

- Superintendencia Financiera de Colombia. (2017). Circular Externa 007, Parte II, Titulo II. Bogotá: Autor.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (03 de Marzo de 2017). El defensor del consumidor financiero. Bogotá, Colombia: Superfinanciera.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (30 de Julio de 2018). 454 solicitud de información esporádica, radicado No. 2018092121-001-000. Colombia: Autor.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2018). [superfinanciera.gov.co](http://superfinanciera.gov.co). Obtenido de [www.superfinanciera.gov.co/inicio/consumidor-financiero/informacion-genral/educacion-al-consumidor-financiero/](http://www.superfinanciera.gov.co/inicio/consumidor-financiero/informacion-genral/educacion-al-consumidor-financiero/)
- Superintendencia de Industria y comercio. (2017). Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde la competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, Colombia: Autor.
- Tamayo Jaramillo, J. (1999). Relaciones entre la culpa y responsabilidad extracontractual.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica. (2018). <https://www.britannica.com/topic/trust-law>. Obtenido de <https://www.britannica.com/topic/trust-law>
- The World Bank. (14 de Diciembre de 2017). [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org). Obtenido de <http://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion/brief/2017-good-practices-for-financial-consumer-protection>
- Transparency International. (2017). Índice de percepción de la corrupción. Autor.
- URF, Unidad de Protección Normativa y Estudios de Regulación Financiera. (Agosto de 2016). Alternativas de Regulación del Crowdfunding. Bogotá, Colombia: Autor.
- Uribe, J. D. (s.f.). Algunas lecciones relevantes aprendidas de la crisis financiera colombiana de 1998-1999. Banco de la República de Colombia.
- Vanegas, L. M., & Vásquez, J. A. (2008). Responsabilidad de las Fiduciarias Frente a los Consumidores Inmobiliarios. Bogotá.
- Varón Palomino, J. C., & Abella Abondano, G. D. (2013). Derechos fiduciarios y mercado de valores. Reflexiones frente a la normativa colombiana. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Vásquez Palma, M. F. (21 de Julio de 2017). Arbitraje y mediación en el derecho de consumo. Chile: Universidad de Taca de Chile.

- Vásquez, C. (Septiembre de 2012). Protección al consumidor financiero. Avances y retos del sector asegurador. Autor.
- Venegas V, M. E. (2011). Obligación de registrar los contratos de fiducia en el Registro Mercantil. Fiducia inmobiliaria. Ecuador: Autor.
- Venegas Valencia, M. (2011). Los negocios de las fiduciarias en Latinoamerica con aspiración a la homologación de la leyes. Ecuador: Universidad de las Americas.
- Villouta Loosli, B. J. (2010). Los deberes fiduciarios de los directores en el Estado de Delaware. Santiago de Chile, Chile: Autor.
- West's Encyclopedia of American Law. (2008). <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/trust>. Obtenido de <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/trust>
- Zannoni, E., (1986). Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Buenos Aires, Argentina: Astrea.



## **EL DERECHO DE ASESORÍA DE LOS INVERSIONISTAS, APLICABLE A LOS ADHERENTES EN EL ESQUEMA FIDIS**

Autor:  
Cristina Yanneth Barón Hernández

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:  
**Magíster en Derecho Contractual Público y Privado**

Director: Fabián López Guzmán

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado  
Bogotá, Colombia, 2019

# **El derecho de asesoría de los inversionistas, aplicable a los adherentes en el esquema FIDIS**

## **TABLA DE CONTENIDO**

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

1. La FIDIS o derechos de beneficio de área en Colombia son valores.
2. La comercialización de las FIDIS: problemas y soluciones.
  - 2.1 El deber de información de las sociedades fiduciarias.
  - 2.2 La información derecho y deber de los consumidores financieros o adherentes.
  - 2.3 El deber de asesoría propio de la profesionalidad de la Fiduciaria.
    - 2.3.1 La implementación de matrices de riesgo en los contratos de adquisición de FIDIS.
  - 2.4 La delegación de obligaciones especializadas medida de protección de los adherentes.
  - 2.5 Educación al consumidor financiero.

Conclusiones

Referencias

## **El derecho de asesoría de los inversionistas, aplicable a los adherentes en el esquema FIDIS**

### **Resumen**

La utilización de la Figura Internacional de Derecho Fiduciario Inmobiliario, impulsó el desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles en Colombia, al ser una estrategia de capitalización de los grandes constructores con la captación masiva de recursos del público, sin que para estos últimos existan garantías legales de protección, debido a que en Colombia la venta de beneficios de área no tiene la categoría de “valor”. Los adherentes fiduciantes sin una completa información y una tenue o inexistente formación financiera, entregan su capital sin conocer los riesgos asociados a su inversión. El incumplimiento de los constructores, la baja rentabilidad, la desvalorización, son circunstancias que los pequeños inversionistas cumplidores del pago de las cuotas de la FIDIS, deben asumir. De este modo, a través de la metodología cualitativa se hizo una revisión y análisis documental, y se determinó que los derechos de beneficio de área tiene realmente las características de un valor aunque no sea así reconocida por la Superintendencia Financiera de Colombia y por ende, el derecho a la información del consumidor financiero desconocido o vulnerado al momento de adquirir las FIDIS, debe asociarse al derecho especial de asesoría dado a los inversionistas, pues el adherente es un verdadero inversionista que deposita su patrimonio en muchos casos desprovisto de información suficiente, sin asesoría profesional pertinente en la toma de decisiones financieras, asumiendo un alto nivel de riesgo. El derecho especial de asesoría debe hacer parte del contrato de adhesión en la adquisición de beneficios de área inmobiliario como deber estatal de protección al patrimonio de los ciudadanos.

**PALABRAS CLAVES:** FIDIS, consumidor financiero, adherente, inversionista, valor

### **The right of investors to advise, applicable to the adherents of the FIDIS scheme**

The use of the International Figure of Property Trust Law encouraged the development of real estate construction projects in Colombia, as it is a strategy of capitalization of big construction companies with the massive collection of resources from the public, with no legal guarantees of protection for the latter, due to the fact that in Colombia the sale of area profits does not have the category of value. Trusting adherents without complete information and a weak or non-existent financial training, give their capital without knowing the risks associated with their investments. The non-performance of the builders, the low profitability, the devaluation, are circumstances that the small investors who pay the FIDIS dues must assume.

In this way, through the qualitative methodology a document review and analysis was made, and it was determined that the area benefit rights actually have the characteristics of a value even if it is not so recognized by the Financial Superintendence of Colombia and therefore, the right to information of the financial consumer unknown or violated at the time of purchasing FIDIS, must be associated with the special right of advice given to investors, since the adherent is a true investor who deposits his assets in many cases without enough information, without relevant professional advice in financial decision-making, assuming a high level of risk. The special right of advice must be part of the adhesion contract in the acquisition of real estate benefits as a State duty to protect the property of citizens.

**KEY WORDS:** FIDIS, financial consumer, adherent, investor, value.

## INTRODUCCIÓN

La creciente tendencia en Colombia de la construcción inmobiliaria, ha sido apoyada en la fiducia inmobiliaria con la utilización de la FIDIS o Figura Internacional de Derecho Fiduciario Inmobiliario, como modo de capitalizar a los grandes constructores, pero su utilización ha causado afectaciones sobre los recursos de pequeños inversionistas que sin una completa información, asociado a una tenue o inexistente formación financiera, colocan su capital sin conocer los riesgos, y las decisiones únicamente se fundamentan con la información dada sobre los beneficios representados en rendimientos a corto plazo y en otros casos, los adherentes creen adquirir son derechos de propiedad, pero el problema se agudiza ante el incumplimiento de los constructores que han colocado en alto riesgo a estos consumidores al no proveerse del suficiente capital para terminar las obras en los tiempos pactados y en el peor de los casos no han culminado las construcciones inmobiliarias, donde el adherente asume pérdidas en la totalidad de su dinero, con una leve protección al no contar con los instrumentos jurídicos garantistas del retorno de la inversión, pues el adquirente de FIDIS asume tanto de las ganancias como de las pérdidas del proyecto.

De este modo, surgieron diversos interrogantes, el principal: ¿El derecho de asesoría de los inversionistas es aplicable a los adherentes en el esquema FIDIS?, y de aquí se desprenden otros interrogantes que coadyuvaron a dar respuesta al problema principal y son: ¿Cuál es la real naturaleza de los derechos de beneficios de área?, ¿Puede plantearse que el adherente es un verdadero inversionista al asumir el mismo nivel de riesgo del constructor?, ¿El derecho a la información del consumidor financiero es garantizado al momento de adquirir las FIDIS?

Ante estos interrogantes surgidos a partir de la observación de casos, se optó por hacer uso de la metodología cualitativa, procediéndose a la documentación acerca de la forma como está estructurada la FIDIS en Colombia, encauzando el abordaje de la temática hacia el estudio en primer lugar del complejo normativo que, con base en legislación nacional, doctrinantes normativa emanada de la Superintendencia Financiera, a través del método

deductivo, se estableció principalmente si el derecho a la información del consumidor financiero es desconocido por la entidad fiduciaria y/o constructor en el afán de hacer captación masiva de recursos a manera de capitalizar un proyecto constructor.

Se prosigue con el derecho a la información en las FIDIS, determinándose que durante todas las etapas del negocio jurídico las fiduciarias están no solamente en la obligación de brindar una información completa, veraz, efectiva y oportuna a los posibles adherentes, sino están en el deber de brindar asesoría a estas personas depositarias de su confianza, entregando sus recursos para invertir en un proyecto inmobiliario que la fiduciaria maneja profesionalmente.

De allí la importancia de la protección al consumidor, según lo manifiesta Lorenzetti, citado en Villalba Cuellar (2017):

...la importancia de la protección al consumidor en la fase de tratos previos o tratativas, comoquiera que allí se forma la manifestación de voluntad del consumidor, y que, dada la asimetría informativa entre el constructor y el consumidor, este último necesita una especial protección por su estado de vulnerabilidad (p. 87).

Es entendido que, el consumidor se encuentra en una posición en la que acepta la información recibida. Así las cosas, los consumidores no conocen lo suficiente el mercado de la fiducia, recibiendo una cantidad de información, que quizás a su juicio sea completa y veraz, pero siendo la fiduciaria quien tiene el conocimiento pleno de la calidad y cantidad de la información suministrada, debe además asesorar al adherente.

Para Echaide Izquierdo & Lara González, (2006): “La relación de existencia del derecho de información, al igual que el derecho de protección de los legítimos intereses económicos y sociales, está justificada en el desequilibrio y desigualdad que existe en las relaciones de los consumidores y usuarios con los productores y/o distribuidores” (p. 10).

Allí, se instauran los derechos de los consumidores financieros (artículo 3), como es el recibir productos y servicios con estándares de calidad y seguridad; recibir información y

ser protegidos de publicidad engañosa; tener a su disposición publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable; exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de entidad vigilada; recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los bienes, servicios ofrecidos, derechos y obligaciones; y presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, quejas, reclamos ante la entidad vigilada, defensor del consumidor, Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación (Estatuto Financiero de Colombia, 2009).

Haciendo énfasis en el derecho de recibir información veraz, clara y oportuna, su disposición originaria como lo manifiesta De Regil Castilla (2004), es que: “los consumidores están naturalmente predispuestos a utilizar información respecto a la conducta social empresarial para delinear sus preferencias y decisiones de consumo de una manera discriminatoria” (p, 65), pues esa conducta presupone la implementación en los negocios fiduciarios frente al derecho de consumo, la buena fe, la lealtad y la confianza tanto de los fideicomitentes como fideicomisarios, empleados para la toma de sus decisiones.

La protección del consumidor está en cabeza del Estado a través de la Superintendencia Financiera, el defensor del consumidor y organismos autorregulados, con el propósito de tener una economía organizada, asegura los derechos de las empresas y consumidores, protegiendo el equilibrio contractual. Y aunque las empresas y sociedades industriales y financieras traen consigo desarrollo y crecimiento de la economía esto se hace posible por la participación de los consumidores en el mercado.

La posición dominante en la economía, ha conllevado a numerosos conflictos con la consecuente afectación de los derechos de los consumidores, estableciendo para ello la acción de protección al consumidor (acción por violación directa a las normas del estatuto del consumidor, la acción de efectividad de garantía, acción en aplicación de normas de protección contractual), con base en esto impedirían la vulneración de sus derechos, por la violación directa de las normas, orientados a lograr que sea efectiva la garantía, y los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de

servicios, por información o publicidad engañosa, independiente del sector de la economía al que pertenezcan (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, p.19).

Es deber pues de la Superintendencia Financiera fomentar las bases de la confianza, la transparencia, la buena fe, la lealtad en los negocios fiduciarios y todos aquellos contratos que se derivan de una relación de consumo, puesto que con un mecanismo armónico entre la educación, vigilancia, control y judicialización, se estaría logrando un disciplinamiento del mercado de las FIDIS a través de la protección del consumidor financiero, priorizando el respeto del derecho en una adecuada información, garantizar la educación financiera que, cobija la protección de sus derechos económicos.

El profesionalismo de las fiduciarias son aspectos importantes en que los futuros inversionistas tienen en cuenta a la hora depositar su confianza y buena fe en el cumplimiento de los beneficios ofrecidos por esta; empero esta profesionalidad está siendo suplida con un cumplimiento tangencial desde las formalidades afectando el interés público.

La función del Estado a través de la Superintendencia Financiera de Colombia de velar por el derecho de los consumidores a recibir una debida información y de garantizar la protección del derecho de asesoría, así como el deber de ofrecer formación, educación, capacitación financiera, paralelo al cumplimiento de las funciones de controlar, vigilar y supervisar actividades económicas como es el caso de la FIDIS.

## **1. La FIDIS o derechos de beneficio de área en Colombia son valores**

Los derechos de beneficio de área han sido concebidos como títulos de propiedad adquiridos a modo de inversión sobre un proyecto inmobiliario futuro, recursos administrados por una organización o sociedad fiduciaria debidamente autorizada por la ley, previo cumplimiento de parámetros establecidos en la norma. Así, la FIDIS es entendida como los derechos de participación sobre un porcentaje del total de un proyecto inmobiliario sin establecerse un área determinada del inmueble.

En estos negocios intervienen en un primer momento el constructor o promotor en calidad de fideicomitente y la fiduciaria o gestora del vehículo inmobiliario a quien se le transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato.

Seguidamente se vincula el comercializador de las participaciones fiduciarias del fideicomiso, quien por la venta de los proyectos recibe una comisión a cargo de la constructora, actividad que obviamente debe desarrollarse de manera conjunta con la sociedad fiduciaria pues es con esta que el adherente celebra el contrato entregando capital a cambio del derecho fiduciario de participar de los rendimientos o utilidades.

Mientras en la fiducia mercantil inmobiliaria el objeto es “la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2008), que van a pasar a propiedad del adquirente o consumidor inmobiliario, en este producto fiduciario se prevé es la comercialización de una participación de las utilidades resultantes de la administración y por ende, asumirá igualmente las pérdidas que pueden generarse, asimilable a los riesgos asumidos en la actividad bursátil.

En otras palabras, el adherente en este esquema fiduciario, tiene el mismo rango de un inversionista en el mercado de valores, de donde se desprenden derechos y la asunción de riesgos en la construcción y riesgos financieros.

Durante cualquiera de las fases de este negocio fiduciario, esto es en la estructuración, preventas, construcción, desarrollo del proyecto y operación del negocio, el consumidor financiero puede adherirse mediante contrato que debe ajustarse a lo prescrito en la Circular Externa 024 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia y, contar con la previa autorización de la misma de acuerdo al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 146, numeral 4:

“Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos.”

Es de aclarar que el citado Estatuto hace referencia a la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, creada mediante el Decreto 4327 de 2005 el cual fusiona la SuperBancaria en la Superintendencia de Valores que, entre otros fines está la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

En la venta de beneficios de área existe una regulación respecto a las condiciones generales del contrato de condiciones uniformes y así en un amparo de legalidad, donde se amasan millones en recursos económicos, con el fin de recibir inyección de capital a una empresa con un proyecto inmobiliario que requiere de inversión para su ejecución, en razón de no poseerlo o en ocasiones para disminuir los riesgos para los constructores o promotores en caso que fracase.

La división en títulos de propiedad o derechos fiduciarios puestos a la venta pública, mediante una captación masiva de grandes recursos, es análogo a los valores definidos en el artículo 2 de la Ley 964 de 2005 como “todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público”,

ofreciendo un listado de valores, pero de forma enunciativa dando cabida a otros que surjan en el mercado.

De este modo, se debe tener en cuenta que estos derechos fiduciarios son títulos asimilable a los valores, son negociables y no generan una renta fija, y que han sido resultado de un proceso de captación de dinero de adherentes que en realidad son inversionistas y, esta clase de derechos fiduciarios se asemejan a los valores por haberse emitido en desarrollo de un proceso de titularización (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013).

Se considera desde un planteamiento crítico que valor y FIDIS tiene el mismo carácter como se muestra en la siguiente tabla:

| Valor                                                                                                                                                                                                                                                          | Participación fiduciaria o FIDIS                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Derecho de naturaleza negociable. Puede comprarse o venderse.                                                                                                                                                                                                  | Derecho de naturaleza negociable. El adherente compra una participación y puede vender su participación fiduciaria en las condiciones pactadas en el contrato de condiciones uniformes         |
| Hace parte de una emisión y para realizar la oferta pública de valores, debe inscribirse la Entidad junto con la emisión o emisiones del valor o valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores, de acuerdo al Decreto 2555 de 2010, artículo 5.2.1.1.1 | Hace parte de una emisión. La FIDIS se comercializa mediante oferta pública, con el agravante que al no ser valor, no hay una entidad que intervenga y regule los precios a cobrar al público. |
| Objeto o efecto: la captación masiva de recursos del público.                                                                                                                                                                                                  | Objeto o efecto: la captación masiva de recursos, pues como opera en los valores, la persona natural o jurídica ha recibido dinero de más de 20 personas.                                      |
| Hay captación si la suma de las operaciones supera el 50% del patrimonio líquido de la                                                                                                                                                                         | Al no existir control sobre el precio de las participaciones fiduciarias y hay                                                                                                                 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| persona natural o jurídica que recibe el dinero o son el resultado de la realización de ofertas públicas o privadas a personas indeterminadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares al de haber realizado dichas ofertas. | especulación sobre los futuros rendimientos, el dinero captado llega a superar el 50% del patrimonio líquido de la persona ofertante, y con el producto de los derechos fiduciarios dados en venta, se desarrolla al proyecto inmobiliario.   |
| Hay un manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación y el Estado debe autorizarlas previamente por ser de interés público.                                                                                                                      | Hay un manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, por lo cual es de interés público y el Estado no debe limitarse a autorizar esta actividad como un contrato entre particulares sin vigilar este tipo de operaciones. |

Fuente: Autora

Estas consideraciones fundamentan mi propuesta de equiparar los beneficios de área a valores en los términos de la Ley 964 de 2005, esto es, existe una captación masiva de recursos de un sinnúmero de pequeños inversionistas, emitidos para la venta por personas naturales o jurídicas llamados constructores o promotores, oferta realizada al público de manera abierta, sin que exista un control sobre la regulación del precio ofertado y donde la Superintendencia Financiera, se limita a revisar el cumplimiento de formalidades, dejando de lado la vigilancia íntegra del manejo de las inversiones.

## **2. La comercialización de las FIDIS: problemas y soluciones**

La fiducia inmobiliaria bajo el esquema FIDIS, ha traído consigo importantes avances y desarrollo en la economía, pero a su vez existen malas prácticas que tienden a desconfigurar principios esenciales como la buena fe y la confianza de los adherentes, pues la “confiabilidad y experticia profesional son las condiciones que esencialmente caracterizan a un fiduciario” (Chalhoub, 2017).

Haciendo un breve acercamiento a uno de los proyectos inmobiliarios desarrollados a través de la FIDIS, mencionaré el denominado BD Bacatá consistente en la construcción de un hotel, centro comercial, apartamentos y oficinas en el centro de Bogotá compuesto por 67 pisos y 216 metros de altura, obra iniciada con la demolición del anterior Hotel Bacatá en el 2011 y cuya inauguración se había proyectado para el año 2016; sin embargo, surgieron inconvenientes que retrasaron la entrega de la obra, afectando gravemente el retorno de las ganancias. (Archdaily, 2018).

La Superintendencia de Sociedades para el año 2018, admitió el proceso de reorganización, debido al alto endeudamiento financiero de la Promotora donde más del 57% de la deuda tiene retrasos superiores a los 90 días (Portafolio, 2018), obligándola a la suspensión de la obra. Es hasta el 01 de marzo de 2019 que se logra un acuerdo entre BD Promotores Colombia, Grupo Aluman, Prabyc y Acción fiduciaria para dar trámite y ejecución a la terminación del proyecto de construcción para el año 2020. (Castilla, 2019).

Lo sucedido hasta el momento, muestra que la tangente vigilancia de la Superintendencia Financiera en estos negocios de comercialización de derechos fiduciarios, por el no reconocimiento como valor, ha afectado la economía de miles de colombianos despojados en su gran mayoría de una formación financiera cardinal en la toma de este tipo de decisiones, aunado a una información exigua, sin una asesoría sobre los riesgos asumidos.

Sucede además que los adherentes – inversionistas entregan las cuotas de pago directamente a la empresa constructora al ser persuadidos por esta con un supuesto beneficio

de poder sufragar una cuota menor sin que se vea afectada su inversión, pero la empresa no reporta este dinero a la Fiduciaria, razón por la cual ante la sociedad fiduciaria van a presentar mora. Esta situación desconocida para el consumidor financiero, se hace notoria solamente hasta el momento de solicitar los rendimientos que no son entregados por el incumplimiento de la obligación contractual.

Si bien la Circular Básica Jurídica de la Superfinanciera prohíbe al constructor recibir dinero directamente destinado al pago de cuotas de compra de derechos fiduciarios inmobiliarios al ser la sociedad fiduciaria la única autorizada de hacer el recaudo. Esta es una práctica concurrida a pesar de ser la desviación de caja, sancionada penalmente por apropiación indebida de recursos.

Resulta exiguo el enunciado normativo ante las prácticas ilegales el nulo monitoreo de la actividad de comercialización; por tanto, una medida efectiva que se formula es incluir dentro de las obligaciones contractuales de la Fiduciaria, el realizar un seguimiento permanente a los adquirentes, como carga mínima de diligencia dentro de esta actividad profesional.

Así mismo, se propone la incorporación del deber de notificar debidamente a los compradores sobre la prohibición de girar dineros directamente al constructor por las consecuencias jurídicas acarreadas en detrimento de los intereses y el patrimonio del inversionista.

Otra solución paralela, es la integración de las autoridades urbanísticas en el ejercicio de un control permanente sobre el cumplimiento de las condiciones en las que fueron autorizadas las construcciones, siendo imprescindible una participación más activa del Estado por medio de sus entes.

## **2.1 El deber de información de las sociedades fiduciarias**

Una vez establecido que la FIDIS es un valor, el derecho a la información del adherente - inversionista, como forma de mantener el equilibrio en la relación de consumo, requiere un replanteamiento, pues se limita a que el consumidor conozca los aspectos objetivos sobre los bienes y servicios que se le ofrecen, así como mostrar someramente los riesgos que se puedan derivar de su utilización, para que tome una decisión de consumo razonada, esto es, entendiendo las consecuencias de su decisión, evitándole sorpresas y la eventual defraudación de sus expectativas.(Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Protección al consumidor en Colombia, 2017).

El artículo 1234 del Código de Comercio, establece los deberes indelegables del fiduciario, entre los que se encuentra “la de informar y aconsejar a las partes, la de realizar diligentemente el encargo hecho por el fideicomitente y la de entregar al beneficiario los bienes objeto de la fiducia”. (Laudo Arbitral Construcciones Ampomar Ltda y otros Vs Fidubandes, 2001).

El deber indelegable de información por parte de las fiduciarias no debe dársele el tratamiento de informar como aquel en el que simplemente se emite un mensaje a un receptor, incluye pues, el de aconsejar profesionalmente en la toma de decisiones financieras, evitando la afectación económica de los inversionistas.

En el Laudo Arbitral Construcciones Ampomar Ltda y otros Vs Fidubandes, (2001), señala que entre los deberes fundamentales de lealtad a cargo de los profesionales se cuentan aquellos enderezados a informar de manera amplia y completa a sus clientes sobre las múltiples situaciones que pueden presentarse en el curso de la ejecución de la relación contractual y los cuales no se agotan en la etapa previa a la celebración del contrato sino que perduran mientras el vínculo contractual tenga duración, porque se repite, encuentran su fundamento en el postulado de la buena fe.

Según lo anterior, la información no solamente debe ser dada para la atracción de futuros inversionista, sino que al contrario debe existir una asesoría profesional y comunicación constante durante todo el vínculo contractual, en el que se asegure la entrega de información clara, completa y de fácil comprensión, pues en muchas ocasiones al reproducirse información masiva mediante cartas o folletos, el lenguaje utilizado es persuasivo, comercial y no sea entendible por los adherentes al contrato.

Para Varón Palomino (citado por Cáceres Rodríguez, 2014), pueden agruparse en la FIDIS los dos grandes principios de la gestión fiduciaria reconocidos por la doctrina universal: diligencia y lealtad. Por el primero, se le exige al fiduciario realizar diligente y prudentemente los actos para alcanzar la finalidad de la fiducia, haciéndose responsable por las conductas que no se ajusten a su perfil de “gestor profesional”, mientras que el segundo (lealtad) apunta a la obligación de comprometer su actuación exclusivamente a favor del beneficiario y fideicomitente.

Para García Badillo (2015): “las partes que celebran un negocio fiduciario adquieren responsabilidades y derechos que se sustentan en los principios de buena fe, lealtad y equilibrio contractual” (p.7). Este principio de equilibrio contractual enmarca personalmente la finalidad del contrato, ya que si se actúa de buena fe, confianza y lealtad los objetivos del contrato de fiducia se darían de forma que ambas partes quedarían satisfechas en el cumplimiento de derechos y obligaciones.

El deber de lealtad y buena fe son principios rectores independientes pero relacionados entre sí en la gestión y administración; el primero tiene como finalidad la diligencia y cuidado profesional de la administración de un patrimonio ajeno, evitar los conflictos de intereses, no usar a su favor información privilegiada ni realizar actos de competencia.

Si bien es cierto la buena fe envuelve el cumplimiento diligente y cuidadoso que tiene el buen hombre de negocios, implica principios secundarios establecidos por la doctrina y la

jurisprudencia denominados deberes secundarios: el deber de protección, el deber de fidelidad, el deber de informarse, el deber de reserva y consejo.

El deber de informarse no debería ser un deber secundario, pues este hace que las sociedades fiduciarias actúen de forma cuidadosa, identificando y requiriendo la información que necesite, verificando su calidad, autenticidad y oportunidad, y de esta forma retransmitir dicha información a quienes correspondan.

Además, la Superintendencia Financiera de Colombia (2016), con respecto al deber de información manifiesta que “en los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones”. Y además tienen que “realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados del negocio específico y efectuar una divulgación correcta de información al público sobre el alcance y efectos de su participación”

La Superintendencia Financiera en la Circular Externa 034 de 2018, Parte II, Título II, Capítulo I, establece la necesidad de implementar mecanismo para informar los riesgos asociados, es decir, obliga a las sociedades fiduciarias a establecer métodos claros de comunicación con los interesados. Así pues, no es el hecho de tener un resultado basado en dicha información o el medio por el cual se transfiere la información, sino que el resultado es la información propiamente dicha y dada en sí a los interesados.

Tal y como lo expresa Navarro M. (mencionado en Molina Sandoval, 2007, p.54), quien señala: la información que de forma directa o indirecta, pero siempre de manera cierta y objetiva, ha de llegar a los consumidores de una forma:

- Veraz, es decir, ajustada a la realidad;
- Eficaz, lo que pone de manifiesto el carácter instrumental de la información, en cuanto ha de ser útil para el mejor aprovechamiento de la cosa o servicio para la salud y seguridad de consumidores y usuarios;

- Suficiente, o sea que debe darse toda la información para que ésta pueda ser eficaz, según los términos antedichos.

A las tres características anteriores de veracidad, eficacia y suficiencia, se le agregaría el carácter de oportuna, es decir, que la información dada a terceros sea dada en el tiempo suficientemente antes de la toma de decisiones. Ya que, una información puede ser veraz, eficaz, suficiente, pero si se informa se trasmite en un momento equivocado podría estar fallando el deber de informar, y causar un probable daño.

Ahora bien, para Medina & Vásquez, (2014);

La obligación de informar contenida en el estatuto del consumidor tiene alcance contractual y precontractual constituyéndose entonces en fuente de responsabilidad, en la medida que pretende controlar no solo lo referente a cláusulas e información contenida en el contrato sino también brindar protección contra publicidad engañosa y contra diversas prácticas de mercadeo consideradas agresivas. (p. 51).

Los anteriores autores hacen referencia a los medios por los cuales la información proveniente de la fiduciaria es dada para los futuros inversionista y de la cual ha sido reglamentada por el estatuto del consumidor. Según la Asociación de Fiducias de Colombia la difusión de programas publicitarios y promoción de las fiducias inmobiliarias están sujetas a las condiciones establecidas en el literal c, numeral 2.6 del Capítulo Sexto del Título I de la Circular Externa 007 de 1996, debiéndose informar de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria. La inobservancia de esta instrucción es considerada como práctica insegura.

Adviértase que al derecho de información necesita sumarse el derecho de recibir asesoraría propio de los inversores en valores bursátiles, al ser el punto de equilibrio entre el consumidor-adherente y la entidad fiduciaria, de ahí que no solo da validez al acto de voluntad sino constituye un instrumento preventivo de futuros conflictos entre las partes.

Es importante establecer las condiciones y brindar una información completa y veraz desde el momento en que se da la primera información al consumidor, con el fin de que este tenga la confianza y ponga su consentimiento en el acto jurídico que va a suscribir, así mismo, en esta etapa contractual se debe dar claridad de los derechos y obligaciones que este asumirá. Y por último, el consumidor recibirá las ganancias y expectativas por la cual contrató (Echaide Izquierdo & Lara González, 2006).

Al lado de ello la Superintendencia Financiera de Colombia (2016) cita que:

Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato (p. 1).

Nótese que la Superintendencia Financiera hace énfasis únicamente en el deber de simplemente informar las consecuencias, riesgos, imprevistos, limitaciones, dificultades y restantes aspectos negativos posiblemente generados a lo largo de la ejecución del contrato, pues los negocios fiduciarios inmobiliarios aunque han contribuido al desarrollo de la economía, trae consigo riesgos cuyas consecuencias significativas derivan en la inversión.

Para simplificar, es ineludible que los futuros inversionistas a mi juicio, no solamente se informen de todos los componentes del negocio fiduciario y de sus consecuencias, sino además deben recibir asesoría profesional de la Fiduciaria previa a la adquisición de las FIDIS.

## **2.2 La información derecho y deber de los consumidores financieros o adherentes**

El derecho de consumo es definido por Rubén y Gabriel Stiglitz (citado en Medina & Vásquez, 2014), como “un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios” (p.31).

Surge una relación de consumo directa entre el proveedor de bienes y servicios con el consumidor final; lo anterior no obsta el reconocimiento de un empresario en ser consumidor y/o usuario de un determinado bien o servicio, siempre y cuando tenga la finalidad de satisfacer necesidades personales, apartadas de la realización de operaciones comerciales, pues desnaturalizaría el concepto de usuario y/o consumidor estipulado por el Estatuto del Consumidor artículo 5 numeral 3 en los siguientes términos:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

La finalidad que tiene el ordenamiento jurídico al implementar el derecho de consumo tienden a lograr una posición de equilibrio, en la que no solo las acciones de defensa son importantes para los consumidores, sino la efectividad y la facilidad para acceder a ellos y que sus derechos sean realmente protegidos.

Las normas de protección al consumidor, se entrelazan con las directrices reguladoras del mercado y la economía, con la información insuficiente obtenida por el consumidor antes de efectuar la negociación en la adquisición de derechos de beneficio de área o FIDIS.

Aunque este derecho fue originado por la posición dominante ejercida por los empresarios, no se puede ir al extremo de establecer su unilateral amparo a favor del consumidor pues generaría una inseguridad en las relaciones de consumo.

Su determinación depende de la información que se le ha entregado, y de la cual el consumidor confía, pues son las empresas quienes tienen el conocimiento del bien o servicio y la forma como este puede entrar a satisfacer las necesidades del mercado. De este modo, de la información dada, su calidad y oportunidad influye directamente en las decisiones y actos de voluntad de los usuarios y/o consumidores.

En consecuencia, la ley también establece el deber del consumidor financiero informarse, obligaciones del consumidor establecidas por la ley entre las cuales está el verificar que la entidad fiduciaria se encuentra autorizada por la Superintendencia Financiera, indagar sobre las condiciones generales de la operación, informarse respecto de los productos o servicios que pretenda adquirir o usa,; informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar solicitudes, quejas o reclamos y, verificar los cobros, aplicaciones y pagos realizados, entre otros.

Si bien la ley busca proteger al consumidor otorgándole derechos y asignándole obligaciones orientadas al deber de informarse sobre la calidad de las fiduciarias, la normatividad debería ser más estricta en el alcance de la información entregada, teniendo en cuenta que los adherentes o consumidores financieros, desconocen el negocio jurídico comprendido en la FIDIS.

### **2.3 El deber de asesoría propio de la profesionalidad de la Fiduciaria.**

Cabe recordar que en tanto el gestor fiduciario en la prestación de sus servicios ostenta el carácter de profesional de la administración de negocios fiduciarios, su nivel de responsabilidad se valora con mayor exigencia e intensidad con respecto a cualquier otra persona que ocasionalmente ejerza actividades de gestión por cuenta de terceros (Superintendencia Financiera, concepto 2003017321-1, 2003). Este negocio jurídico puede

presentar riesgos legales, operaciones y financieros, la capacidad del gestor radica en las medidas adoptadas para la identificación de lo dicho y el establecimiento de mecanismos que permitan evitarlos o mitigarlos.

Comparto y cito a Baena, (2017) quien manifiesta que:

...se espera que tanto las sociedad fiduciarias como la Superintendencia Financiera de Colombia tomen conciencia con respecto a que en la actualidad existe una nueva relación fiduciario-consumidor financiero que muestra, entre otras cosas, la importancia del deber de información y del deber de brindarles una adecuada asesoría y consejo profesional a los potenciales fideicomitentes y beneficiarios, y que tomen conciencia de que, más allá de las repercusiones económicas que conlleva su actividad profesional, se encuentra un juego de intereses (p.18).

Si bien es cierto existe una posición dominante de las fiducias frente al beneficiario, y sobre conductas constitutivas de abuso de posición dominante, el artículo 50 del Decreto Ley 2153 de 1992, establece que se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

...La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

Se añade el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, en lo tocante a que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones realizadas, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

Es significativo que, “la profesionalidad del [buen hombre de negocios] induce a los administradores a amoldar su conducta a las reglas empresariales y son particularmente éstas las que deben reglar su actividad y cuya finalidad es optimizar con sus decisiones el resultado de la gestión de los negocios que está a cargo del órgano de administración (Gil Echeverry, 2015, p. 55).

Pero dichas reglas empresariales no deben estar por encima de los derechos del consumidor – adherente; esta conducta siempre deberá regirse bajo los principios de buena fe, lealtad, confianza, los cuales deben estar dirigidos a todas las partes del negocio fiduciario, pero principalmente al beneficio, maximización y protección del patrimonio autónomo, y nunca a intereses propios de las sociedades fiduciarias o constructores.

El profesionalismo de las Fiduciarias es entendida en las habilidades, conocimientos y experiencia en la realización de una actividad específica; las fiduciarias deben tener la capacidad de prestar sus servicios de una manera diligente y cuidadosa, teniendo en cuenta que está en una posición superior a la del consumidor, depositario de la confianza teniendo como referente y base, la información y asesoría dada por la fiduciaria.

Para ilustrar mejor, las sociedades fiduciarias tienen el poder de convencimiento para que el consumidor invierta o no su dinero en determinado proyecto inmobiliario bajo el esquema FIDIS, por consiguiente le atañe garantizar al inversionista el derecho de recibir asesoría oportuna, completa, clara, suficiente, sin sesgarse a satisfacer los intereses individuales de venta.

Todavía más, las decisiones tomadas bajo unas medidas de confianza y calidad moral de una persona natural, los resultados frutos de su administración no revelarían perjuicios sobre los bienes jurídicos del consumidor - adherente. Por el contrario, una persona que actúe con diligencia y cuidado, informará de todos los hechos, riesgos o situaciones acontecidas en todo momento precontractual, contractual y pos contractual, permitiendo al fideicomisario estar preparado ante adversidades.

### **2.3.1 La implementación de matrices en los contratos de adquisición de FIDIS.**

Para hacer efectivo el deber de asesoría de los futuros inversionistas, estos deben ser advertidos de las implicaciones riesgosas del proyecto inmobiliario, en el ámbito técnico, legal y financiero asumido como adquirente de un derecho de beneficio de área, distintos a la adquisición de la propiedad, yerro del común de estos consumidores financieros.

La Superintendencia debe velar porque las sociedades fiduciarias tengan ese profesionalismo en identificar y realizar una gestión de riesgos del proyecto, y las demás actividades concernientes al cumplimiento del objeto del contrato, asesorando debidamente a los adherentes.

Tras esta situación, las fiduciarias “no pueden delegar en un tercero la ejecución del objeto mismo del contrato y la administración de los bienes transferidos, pues con ello estarían haciendo una delegación de profesionalidad, salvo disposición legal expresa que lo permita” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016, p. 7).

La norma establece excepciones, bajo el entendido que algunas actividades deban realizarlas personas especializadas, no adscritas a la sociedad fiduciarias, pero de las cuales las fiduciarias deban asumir su responsabilidad, cuando por falta diligencia del tercero, se cause algún daño.

Es de anotar que la Circular No. 024 de 2016 menciona:

En los casos en que la sociedad fiduciaria requiera de un tercero para cumplir con sus obligaciones de manera adecuada y profesional v.gr. para acceder a mercados u opciones que por sus especiales características y condiciones no son parte del quehacer habitual de la sociedad fiduciaria o no le está permitido acceder, puede subcontratar esas operaciones sin actuar en desmedro de los intereses del fideicomiso, en condiciones de transparencia y, en todo caso, dichas subcontrataciones deben estar acordes con la finalidad del contrato y con las instrucciones y autorizaciones

impartidas expresamente por el fideicomitente (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016, p.7).

A mi juicio, la solución está en implementar en el deber de asesoría y posteriormente al contrato, las matrices de riesgos técnico, legal y financiero asociado a planes de contingencia, debidamente socializadas, incluyendo quienes serían los responsables directos de cada riesgo ante eventuales litigios jurídicos.

Una estricta supervisión a este negocio fiduciario, le da un sello de calidad a la actividad fiduciaria. La responsabilidad principal de identificar y gestionar el riesgo recae en la administración de cada organización, cuyas funciones de gestión de riesgo, cumplimiento y personal de auditoría interna siempre superarán considerablemente los recursos disponibles de los supervisores. Los supervisores tienen la responsabilidad de seguir explorando maneras de evaluar formalmente la cultura de riesgo.

El establecimiento de una cultura sólida de riesgos en las entidades financieras es un elemento esencial de la buena gobernanza. La supervisión basada en riesgos, en la medida que parte del conocimiento de los riesgos del negocio, permite una supervisión que beneficia a las partes y ratifica la confianza de esta clase de contrato.

#### **2.4 La delegación de obligaciones especializadas, protege los intereses de los adherentes.**

Es comprensible que existan obligaciones con especiales características, pero lo cierto es que la Superintendencia Financiera de Colombia autoriza a quienes pretendan ejercer actividades de fiducia, y que estos están en la obligación, requiriendo de la delegación de algunas de sus obligaciones.

De este modo, la sociedad fiduciaria facultada por el Estado, en un acto de buena fe antes de celebrar el contrato de fiducia, debe analizar si los proponentes de la FIDIS, tienen

las condiciones de profesionalidad pretendidos en la ejecución de un determinado proyecto, caso contrario, debería al igual que el trust, rechazar el encargo que han querido depositar en esta.

Lo que sí es evidente, la prohibición a la fiducia en delegar sus obligaciones en la ejecución del contrato y la administración de los bienes; en caso contrario, si se delega actividades que por el nivel de especialización no lo maneje la fiduciaria este podrá subcontratar, con previa autorización del fideicomitente.

Se comparte, la idea de Rodríguez Azuero, (1997) quien manifiesta que:

A pesar que la norma no distingue entre las formas de delegación, habría que decir que una cláusula contractual que autorice la delegación, para seguir con la jurisprudencia inglesa sin renunciar el fiduciario a la toma de decisiones que digan con actos discrecionales o de disposición, debería ser plenamente recibido (p.64).

Queda por una parte en manos de la Superintendencia Financiera, el deber de control y vigilancia, y por la otra, la del fideicomitente quien autoriza la verificación únicamente de aquellas actividades de un nivel de especialización alto.

Se considera que no sólo comprenda una cláusula permitiendo la delegación, sino expresamente deben quedar planteadas las causales y obligaciones con carácter de delegables, así como el proceso de evaluación y selección de aquellos terceros con pretensiones de ser subcontratados por la sociedad fiduciaria, siendo de vital importancia para las fiduciarias contar con el personal idóneo, capacitado, y especializado, de acuerdo con el negocio jurídico celebrado.

En su actuar, las sociedades fiduciarias deben poseer los profesionales con conocimientos especializados, emplearlos en la adopción de medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido, habrán de abstenerse en realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios (Prado Villegas, 2010). La

profesionalidad está basada en las características de capacidad, idoneidad y experiencia de las sociedades fiducias para el cumplimiento de un fin determinado.

Ahora bien, si la fiducia se basa en la buena fe y la confianza, la verificación de la idoneidad y experiencia de las fiduciarias con la evaluación de sus requisitos financieros, técnicos y jurídicos, requiere además determinar estos principios en las mencionadas personas jurídicas, desde la experiencia y la posición que tengan en el mercado, reconocimiento y buen nombre, siendo ventajoso para los consumidores inmobiliarios a la hora de invertir.

Como quedó dicho, las sociedades fiduciarias deben tener un nivel de profesionalidad que les permita recolectar, analizar, verificar y distribuir la información recopilada, para ser más específicos, estas deben colocar un superlativo esfuerzo diligente y procurar el rendimiento posible de los bienes del fideicomiso.

Se tiene en consecuencia que debe existir un trabajo conjunto entre la supervisión e interventoría del proyecto y la sociedad fiduciaria para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato.

Es pertinente afirmar que no se puede imputar a la sociedad fiduciaria la obligación de la construcción del proyecto en sí, pero si hay algo en que esta institución tenga injerencia, es en la verificación y control de la ejecución del contrato, con profesionales idóneos que ahondarían en los estudios de factibilidad y riesgos financieros, operacionales y legales.

Concluyendo, el éxito de los negocios fiduciarios está en la capacidad de identificar y establecer los mecanismos necesarios para evitar o mitigar dichos riesgos. Así como las sociedades fiduciarias tienen el deber de informar e incluso se tiene la postura que debe ir hasta la asesoría, también tienen el deber de informarse y de cotejar el cumplimiento de cada una de las etapas del proyecto de construcción, lo cual sería otro mecanismo de presión para el cumplimiento del constructor.

## **2.5 Educación al consumidor financiero**

En lo pertinente al deber de la Superintendencia Financiera de dar educación a los consumidores, esta debe garantizar que la capacitación continua y eficaz, llegue a todos los futuros inversionistas, advirtiéndolos los riesgos que se estén presentando actualmente en la economía, el cual debe ser resultado de su función de vigilancia y control.

La educación del consumidor se considera como una base sólida en lo pertinente a la protección de sus derechos. Alabart & al. (2016) manifiesta que: la Unión Europea utiliza sus estructuras para participar y apoyar desde distintos ángulos en todo lo referente a esta protección, se concreta, entre otras actuaciones en las páginas web, donde se ofrece información para los consumidores, o la creación y mantenimiento de la plataforma electrónica de resolución de conflictos de consumo.

Es así como el defensor del consumidor financiero tiene un papel de intermediación entre la entidad vigilada y el consumidor financiero, entendiéndose dentro de su función principal la resolución de conflictos. En este punto se considera que, la capacitación debe ser una actividad que se realice armónicamente en la que no sólo esté en cabeza de Superintendencia Financiera, sino que el defensor del consumidor debería asumir también tareas de capacitación e incluso de asesoría previa a la toma de decisiones de los futuros inversionistas.

A manera de ejemplo, referiré a Argentina creadora de la Asociación Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa (AAFYFID), entidad sin ánimo de lucro que reunió a todos los profesionales de fiducias, y en la que uno de sus objetivos es: la docencia y difusión de la aplicación correcta de los fideicomisos y los fondos de inversión directa, la promoción de la figura como herramienta para la captación del ahorro y los fondos, para su posterior inversión en actividades de financiamiento de proyectos públicos y/o privados y otras actividades relacionadas con la promoción, la investigación y la comunicación inteligente de grupos científicos (Asociación Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa, 2015).

La posición dominante en el caso de las fiduciarias más que el poder económico, es el conocimiento que tiene del mercado que maneja, la información y el medio que es transmitida esta información, es de tal envergadura que logra convencer a los interesados para inviertan su dinero, en su mayoría, con la promesa de ganancias y beneficios, así pues, su buena fe y diligencia se verá reflejada en la medida que también informe conscientemente los riesgos e implicaciones negativas del proyecto.

Resulta acertado lo expresado por Junguito Bonnet, (citado en Vásquez, 2012):

La verdad trata de privilegiar al consumidor financiero a toda costa, no reducir las asimetrías en la información sin distorsionar los mercados; la verdadera solución es educar al consumidor con respecto de los productos que se ofrecen y esto se puede realizar a través de programas serios de educación financiera, ya que “lo fundamental es establecer regulaciones que otorguen el máximo de protección al consumidor con un mínimo de distorsión de los mercados (p.87).

En esta línea de argumentación, considero que la educación es la columna vertebral de los países desarrollados, pues si bien es cierto los países con índice de calidad de vida también tienen índices altos de percepción de transparencia.

Es recomendable que la educación del consumidor financiero llegue realmente a la población, se explique los alcances, los riesgos, derechos, acciones y las utilidades que se puede generar en un negocio fiduciario. En ese orden de ideas, se le adicione funciones más serias sobre el deber de asesoría, y se obligue a las sociedades fiduciarias también a prestar este servicio y sobre todo al cumplimiento respetuoso de asesora a los futuros inversionistas si estos cumplen con el perfil para determinado negocio jurídico.

## CONCLUSIONES

La Figura Internacional de Derecho Fiduciario Inmobiliario en Colombia ha permitido el desarrollo de grandes proyectos de construcción en contrapartida están las irregularidades, desconocimiento de derechos, actos abusivos y delictivos por parte del constructor, o la superficialidad de la fiduciaria en el control del desarrollo del proyecto, puede redundar en un decrecer de la figura jurídica de la fiducia, con efectos colaterales en la economía del país.

Por tanto, debe darse un giro a las FIDIS o derechos de beneficio de área, partiendo de su reconocimiento como valor, lo cual permitirá un control y vigilancia del Estado a través de la Superintendencia Financiera, desde quienes cuentan con las capacidades legales para ser emisor y se incluya como instrumento de acuerdo a la definición dada por la Ley 964 de 2005.

Las sociedades fiduciarias deben jugar un papel más activo, en el que si bien no tiene la obligación de garantizar los rendimientos financieros, si haga un seguimiento al cumplimiento de los requisitos, con apoyo de los profesionales idóneos en cada área técnica, legal y financiera, pues al delegar esta responsabilidad al abogado de la fiduciaria, este se remitirá al cumplimiento de requisitos, desconociendo que los informes técnicos y financieros se ajusten al real desarrollo del proyecto inmobiliario.

Es claro que en las FIDIS el adherente no es el consumidor definido por la ley 1480 de 2010, sino tiene el carácter de inversionista acogiéndolo el régimen del consumidor financiero y por ende, se acopla el deber de asesoría desdibujado y en su lugar pretende hacer valer el deber de información que no cubre el alto nivel de riesgo que comporta esta clase de esquemas inmobiliarios.

Empresas constructoras se concentran en vender su proyecto inmobiliario a través de la FIDIS, acudiendo a un promotor comercial que vulnera los derechos del ciudadano, sin

formación financiera, técnica y legal, desconociendo el derecho y deber de asesoría propia de los inversionistas.

Desde una perspectiva propia se debe exigir a las sociedades fiduciarias que para poder asesorar respecto a la FIDIS, se tiene que certificar ante el Estado que la planta de personal que va a atender ese proyecto inmobiliario cuente con asesores profesionales de una preparación idónea igualmente certificada.

Es preponderante exigir acciones concretas, como mecanismos de verificación de la asesoría dada a los inversionistas bajo el esquema FIDIS, como sería el caso de brindar asesoría idéntica a la otorgada a quienes asesoran los inversionistas de valores y bolsa. De este modo, esta propuesta se enfoca en transpolar ese deber que se predica en el mercado bursátil y darle aplicabilidad en la FIDIS, exigiendo la profesionalización del nivel del deber de asesoría en las fiduciarias.

El inversionista mediante la FIDIS, requiere del Estado la incorporación de controles de verificación de aquellos proyectos donde se encuentren puestos al público, pues se da un recaudo masivo de dineros. Cuando se está hablando de FIDIS, el inversionista no está usando los bienes con fines altruistas, sino que tiene por objetivo incrementar su patrimonio, con la debida evaluación de los riesgos y un nivel de comunicación permanente de informar el estado de sus inversiones.

Como medida de protección y de garantizar el derecho a la información y al de asesoría, es de vital importancia incluir al contrato de adquisición de beneficios de área, la matriz de riesgos asociados a cada negocio inmobiliario, pues de esta manera no solamente se está informando, sino asesorando, advirtiendo de los posibles efectos e implicaciones inherentes al mismo y de los cuales pueden suscitar controversias contractuales futuras.

Este tipo de proteccionismo conlleva a que en Colombia se presenten malas prácticas fiduciarias, en el que el incumplimiento sobre todo de los plazos de ejecución pactos, conlleven a que no se perciba transparencia y confianza en el negocio jurídico fiduciario.

Frente a dicha conducta el derecho de consumo regula la relación entre las sociedades fiduciarias y el consumidor, en el que la educación de los consumidores financieros sería un mecanismo para cerrar muchas de las brechas y libertades que tienen las sociedades fiduciarias, un consumidor educado financieramente tiene las capacidades de exigir sus derechos, de incoar acciones y de solicitar información valiosa, que le permita conscientemente tomar sus propias decisiones, más por su capacidad de análisis que por la información suministrada por medio de publicidad.

Así mismo, la disciplina del mercado puede darse a partir de dos factores importantes, la educación del consumidor financiero o mejor sería “educar para el consumo”, adicionado a la exigente vigilancia, control y judicialización por parte de SFC, en la que se demuestre que la parte débil de una relación de consumo, es la más protegida y su vulneración acarreará las más severas consecuencias.

Se considera que para que se de un punto real de equilibrio se debería establecer las funciones de verificación y/o supervisión por parte de la sociedad fiduciaria en la construcción del proyecto, personalmente la buena fe depositada en los documentos o la información remitida por el constructor no es suficiente, no en una sociedad en la que muchas veces la reproducción de información es automática, si bien es cierto, existe un órgano de supervisión y otro de interventoría de la obra, no sobraría que la sociedad fiduciaria verifique que realmente se están cumpliendo las etapas de construcción según la planeación establecida, y no se limite solo a una certificación.

El deber de información es la columna vertebral de la relación de consumo en los negocios fiduciarios, de este depende la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, estos principios no deben ser transgredidos por la falta de profesionalidad de las sociedades fiduciarias y el incumplimiento de las obligaciones contractuales; existe una brecha entre la posición dominante de estas sociedades fiduciarias y los consumidores, brecha que puede ser mitigada por la Superintendencia Financiera de Colombia quien debe realizar una vigilancia y control permanente junto con la imposición de sanciones pecuniarias ejemplares, educación

permanente y continua al consumidor financiero; así mismo, la Ley debe proteger a los consumidores no solo con acciones judiciales y administrativas que puedan incoar, si no, con el cambio de normatividad en cuanto a que la obligación del deber de información sea una obligación de resultado cuya responsabilidad debe ser judicializada como medio de protección a los consumidores financieros.

El Estado Colombiano en aras de garantizar el orden económico de las sociedades fiduciarias ha dejado en cabeza de la SFC prácticamente las funciones más importantes de este sector económico, pues esta entidad es quien autoriza las sociedades fiduciarias una vez cumplidos los requisitos legales, económicos, técnicos, administrativos y financieros, a su vez y como objetivo del cumplimiento de su misión está el de controlar, verificar y supervisar las actividades concernientes de las sociedades del sector financiero. Y por último, también le otorga funciones jurisdicciones para la solución de conflictos entre las partes de la relación de consumo.

Es recomendable que, en los negocios fiduciarios manejados mediante la FIDIS, se registren ante la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio, haciendo una distinción especial para mecanismos de FIDIS donde se diera un exclusivo monitoreo de la FIDIS en la Superfinanciera, donde aquella pueda pedir informes de inspección y de manera aleatoria pueda intervenir tal como se ejecuta en los valores. Por otra parte, en lo concerniente al proyecto inmobiliario, debería tener un carácter más preventivo no de apaga fuegos; si bien la Superintendencia se encarga de llevar un registro de estos negocios, lo hace es a modo estadístico, pero no entra a verificar como está el negocio ni entra a revisar esas FIDIS.

En el campo jurídico se requiere modificar, endurecer o morigerar los temas expuestos en un nivel regulatorio frente a las certificaciones de punto de equilibrio o de estabilidad de las obras. Es pertinente implementar en Colombia lo que el derecho americano e incluso el argentino introdujeron en su legislación, y es el endilgar una responsabilidad punitiva, propia del derecho inglés donde la responsabilidad es plena, y por ello los

constructores son exhaustivos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por las sanciones millonarias; es decir, cualquier error puede llegar a liquidar la compañía y ante este riesgo, las constructoras atenderían de manera juiciosa el hacer efectivo el clausulado del contrato.

Vale aclarar, que la expedición desmedida de normativa ralentiza los procesos administrativos que redundan afectando la economía; por tanto, modificar la norma requiere no solo que se suplan los vacíos normativos, sino a su vez se simplifique la excesiva normatividad que hace engorrosa la actividad comercial, acrecentando los riesgos y dificultando las relaciones entre ciudadanos y empresa.

La normativa de un Estado, debe estar al servicio de impulsar los procesos de crecimiento económico, ofreciendo una visión legislativa estable y logre el equilibrio de las relaciones entre los pequeños inversionistas y las grandes empresas, pues el exceso normativo, se refleja en el empobrecimiento de la economía de un país.

Se requiere de un trabajo armónico entre las instituciones del Estado para que los actos de las sociedades fiduciarias, constructores, gerentes, promotores de proyectos inmobiliarios, se basen en los principios de buena fe, lealtad, confianza, otorgando al consumidor financiero la asesoría debida para la toma de decisiones como inversionista, de modo tal que los derechos sean protegidos por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

## REFERENCIAS

- Alabart, S. D., & al, e. (2016). Manual de Derecho de consumo. Madrid: Reus S.A.
- Archdaily. (9 de Abril de 2018). Archdaily sitio web de arquitectura. Obtenido de <https://www.archdaily.co/co/892008/que-fue-del-bd-bacata-el-rascacielos-mas-alto-de-colombia>
- Ariza, L. (2 de Mayo de 2018). blogs.portafolio.co. Obtenido de <http://blogs.portafolio.co/el-coloquio-juridico/los-derechos-fiduciarios-denominados-fidis-bd-bacata-valores/>
- Baéna Cárdenas, L. G. (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baéna, L. (2017). Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Bogota: U. Externado de Colombia.
- Bohórquez Ordúz, A. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano volumen 1. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bohórquez Ordúz, A. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano volumen 3. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Cáceres Rodríguez, J. S. (2014). La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la delegación de obligaciones. Revista de Derecho Privado No. 52, Universidad de los Andes.
- Castilla, J. (4 de marzo de 2019). El BD Bacatá firmó acuerdo y terminará la construcción del proyecto para el 2020. Recuperado de <https://www.larepublica.co/empresas/el-bd-bacata-firmo-un-acuerdo-con-grupo-aulman-y-accion-fiduciaria-para-terminar-ejecucion-2835656>
- COLAFI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. (14 de Noviembre de 2017). El fideicomiso aliado del desarrollo. Contar con una supervisión estatal le genera valor a la industria fiduciaria. Ciudad de Panama, Panamá: Autor.
- Congreso de Colombia. (08 de julio de 2005). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de

- recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. [Ley 964 de 2005]. DO: 45.963.
- Congreso de la República. (15 de julio de 2009). Estatuto del Consumidor Financiero. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. [Ley 1328 de 2009]. DO: 47.411.
- Congreso de la República. (12 de octubre de 2011). Estatuto del Consumidor. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220
- Construcciones Capital Tower S.A.& otros Vs Ingrid Johana Ramirez, 11001-3103-003-2001-01402-01 (Corte Suprema de Justicia 08 de Agosto de 2013).
- Consumer International. (07 de Noviembre de 2016). Guía práctica sobre las directrices de las naciones unidas de protección al consumidor. La protección de los consumidores: porque es importante para usted. Londres, Reino Unido: Autor.
- Cubides Camacho, J. (1999). Obligaciones. Bogotá: Javegraf.
- Cubides Camacho, J. (2005). Obligaciones. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Garrides, L. (1993). Fundamentos del derecho civil patrimonial, V1 introducción a la teoría del contrato. Madrid: Civitas.
- Echaide Izquierdo, J. M., & Lara González, R. (2006). Consumo y derecho. Madrid: Esic Editorial.
- Escobar Sanín, G. (1987). Instituciones de Derecho Comercial Colombiano. Medellín: Cámara de Comercio y Biblioteca Jurídica Dike.
- Farina, J. M. (2005). Contrato Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial. Tomo I Buenos Aires: Editorial Astrea.
- García Badillo, L. (Diciembre de 2015). Las malas prácticas de la fiducia en Colombia. Bogotá, Colombia: Autor.
- Gaviria Gutierrez, E. (1989). Lecciones de Derecho Comercial. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Gil Echeverry, J. H. (2015). La especial responsabilidad del administrador societario. Bogotá, México DF. Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago: Legis Editores S.A.
- López Guzmán, F. (2007). Introducción al derecho mercantil. Bogotá: Temis.
- Lopez Guzman, F. (2008). El contrato de franquicia internacional. Un modelo estratégico empresarial. Bogotá: Ediciones Juridicas Gustavo Ibañez.

- López Guzmán, F. (2018). El proceso arbitral. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Lorenzetti, R. (2001). Derecho Contractual. Nuevas formas contractuales. Perú: Palestra.
- Mantilla de Valera, L. (2015). El Daño Moral en Colombia: Un estudio sobre la nueva tendencia del "del daño a la persona". Bogotá: Autor.
- Medina, L. M., & Vásquez, J. A. (2014). Responsabilidad de las Fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios. Bogota, Colombia: Autor.
- Mendoza Ramírez, A. (1988). Aspectos Jurídicos de la fiducia. Bogotá: IV Foro Internacional de Derecho.
- Molina Sandoval, C. (2007). La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario. La Ley.
- Morillas Cueva, L. (2013). Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos. Madrid: Dykinson.
- Narváez, J.I. (2011). Introducción al Derecho Mercantil. Bogotá: Legis.
- Ossa H, L. (2017). Obligaciones de resultado a las fiduciarias en el proyecto de circular básica jurídica en la administración de la fiducia inmobiliaria. s.c.: Autor.
- Presidente de la República. (25 de noviembre de 2005). Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. [Decreto 4327 de 2005]. DO: 46.104. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18320>
- Presidente de la República. (15 de julio de 2010). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2555 de 2010]. Recuperado de [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=40032](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=40032)
- Portafolio. (17 de Abril de 2018). portafolio.co. Obtenido de <http://www.portafolio.co/economia/tiempo-mas-que-plata-factor-clave-en-la-suerte-del-bd-bacata-516295>
- Rodríguez Azuero, S. (1997). bestlawyers.com. Obtenido de [https://www.bestlawyers.com/Content/Downloads/Articles/5799\\_1.pdf](https://www.bestlawyers.com/Content/Downloads/Articles/5799_1.pdf)
- Rodríguez Azuero, S. (1997). La responsabilidad del fiduciario. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios fiduciarios*. Bogotá, México DF, Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago: Legis.
- Soro Russell, O. (2018). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid: Reus.
- Superintendencia Bancaria. (Enero de 1996). Circular Externa 007 Básica Jurídica. Título V, Capítulo II, Operaciones de los almacenes generales de depósito. Bogotá: Superintendencia Bancaria.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (Diciembre de 2008). [superfinanciera.gov.co](https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/conceptosbasicosmv.pdf).  
Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/conceptosbasicosmv.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2017). *Protección al consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá, Colombia: Autor.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (27 de Julio de 2016). Circular Básica 025. Bogotá, Colombia.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2016). Circular Externa 024, Parte II, Título II, Capítulo I. Bogotá: Autor.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2018). Circular Externa 034, Parte II, Título II, Capítulo I. Bogotá: Autor.
- Uribe Lozada, N. (2013). *El régimen general de la responsabilidad civil de los Administradores de sociedades y su aseguramiento*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Ustariz González, L. (2016). *Marco general de la regulación y autorregulación*. Bogotá: Maestro Bursátil, Legis.
- Varón Palomino, J. C., & Abella Abondano, G. D. (2013). *Derechos fiduciarios y mercado de valores. Reflexiones frente a la normativa colombiana*. Bogotá DC: Kimpres Ltda.
- Vásquez, C. (2012). *Protección al consumidor financiero. Avances y retos del sector asegurador*. Autor.
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.

Villalba Cuellar, J. (2017). La protección al consumidor inmobiliario, aspectos generales en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia No. 32, 279-313.