

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA



MONOGRAFÍA DE GRADO

Título:

“Negocios Fiduciarios en el Sector Inmobiliario”

Autor

Juan Sebastián Gómez Soto

Director de la monografía de grado:

César Prado

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Civil

Bogotá D.C., 10 de diciembre de 2015

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS – Pág. 1

RESUMEN – Pág. 2

PALABRAS CLAVE – Pág. 2

PRESENTACIÓN – Pág. 3

INTRODUCCIÓN – Pág. 6

CAPÍTULO I – LA FIDUCIA MERCANTIL Y EL ENCARGO FIDUCIARIO –
Pág. 8

1. Fiducia Mercantil – Pág. 8

1.1. Partes – Pág. 8

1.2. Transferencia de dominio – Pág. 10

1.3. Constitución de la fiducia – Pág. 12

1.4. Constitución de una patrimonio autónomo – Pág. 13

1.5. Limitaciones a la propiedad del fiduciario – Pág. 15

1.6. Normas aplicables – Pág. 17

2. Encargo Fiduciario – Pág. 17

3. Deberes de las partes – Pág. 19

3.1. Información – Pág. 20

3.2. Asesoría – Pág. 21

3.3. Fidelidad – Pág. 22

4. Alcance de las obligaciones del fiduciario – Pág. 23

CAPÍTULO II – LA FIDUCIA INMOBILIARIA – Pág. 26

1. Consideraciones previas – Pág. 26
2. Fiducia inmobiliaria en las diferentes etapas del proyecto – Pág. 27
 - 2.1. Fiducia de Parqueo – Pág. 28
 - 2.2. Encargo Fiduciario de Preventas – Pág. 31
 - 2.2.1. Punto de equilibrio – Pág. 35
 - 2.2.2. Utilidades y pérdidas de los recursos entregados a la fiduciaria
Pág.37
 - 2.2.3. Comisiones – Pág. 42
 - 2.3. Fiducia de Administración Inmobiliaria – Pág. 44
 - 2.3.1. Responsabilidad de la fiduciaria en la vinculación del inmueble –
Pág. 47
 - 2.3.2. Naturaleza contractual de la carta de designación de beneficiario de
área – Pág. 47
 - 2.3.3. Cláusulas Penales – Pág. 48

CONCLUSIONES – Pág. 50

BIBLIOGRAFÍA – Pág. 52

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C. C.	Código Civil
C. de Co.	Código de Comercio
CBJ	Circular Básica Jurídica
CCB	Cámara de Comercio de Bogotá
CSJ	Corte Suprema de Justicia
D	Decreto
EC	Estatuto del Consumidor
ECF	Estatuto del Consumidor Financiero
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
LA	Laudo Arbitral
Lit	Literal
M. P.	Magistrado Ponente
Num.	Numeral
SFC	Superintendencia Financiera de Colombia

RESUMEN

El presente documento explica la utilización de la fiducia inmobiliaria como mecanismo para la construcción de proyectos inmobiliarios, desde un enfoque práctico. A lo largo del trabajo se explican las etapas de los negocios de fiducia inmobiliaria que generalmente se utilizan para el desarrollo de proyectos inmobiliarios y se analizan ciertos temas sobre los cuales han surgido inquietudes.

PALABRAS CLAVE: Fiducia Inmobiliaria, Fiducia de Parqueo, Fiducia de Administración Inmobiliaria, Encargo Fiduciario de Preventas

PRESENTACIÓN

El sector inmobiliario tiene una gran relevancia dentro de la economía colombiana y ha sido uno de los más dinámicos en los últimos años. Este dinamismo va unido a políticas gubernamentales encaminadas a subsanar el déficit habitacional que hay en el país. Según cifras oficiales, el déficit cuantitativo habitacional en el año 2005 correspondía a 1'031.256 unidades¹, y el cualitativo a 1'185.607². En el año 2012, las cifras de déficit cuantitativo fueron de 554.087 unidades,³ y las del cualitativo de 1'093.006.⁴

Lo anterior, demuestra lo importante que es la actividad inmobiliaria para el desarrollo del país.

El avance del sector en los últimos años va de la mano con la utilización de nuevas formas para desarrollar los proyectos inmobiliarios y adquirir el dominio de las unidades habitacionales y comerciales: además de los mecanismos tradicionales, se han venido utilizando figuras diferentes para su ejecución. Es en este marco en que los negocios fiduciarios han sido usados, de manera cada vez más intensa, como forma de negociación de lotes, adelanto de proyectos y enajenación de unidades. Su uso, por lo demás, responde a la necesidad de aminorar los riesgos que representan para los adquirentes de inmuebles en

¹ Ministerio de Vivienda y Desarrollo Social. *Déficit habitacional en Colombia cayó 46.3% gracias a los programas de vivienda que adelanta el gobierno nacional*. Abril de 2014. En: <http://www.minvivienda.gov.co/sala-de-prensa/noticias/2014/abril/d%C3%A9ficit-habitacional-en-colombia-cay%C3%B3-46-3-gracias-a-los-programas-de-vivienda-que-adelanta-el-gobierno-nacional> Consultado el 11 de Febrero de 2015.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

el sentido de que los constructores les cumplirán con la entrega de los inmuebles adquiridos y los recursos pagados no se van a perder.

La adquisición de vivienda es una necesidad a la que las familias dedican un porcentaje muy importante de sus recursos. Por ello, cuando ven frustradas sus aspiraciones de obtenerla porque quienes se comprometieron a enajenárselas no cumplen con sus obligaciones y se quedan con sus dineros, se generan crisis sociales muy importantes. Fue precisamente ese el origen de la ley 66 de 1968 que sometió a inspección y vigilancia, de la entonces Superintendencia Bancaria, las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Posteriormente, a finales de la década del 90, el mercado inmobiliario colombiano sufrió una gran crisis en la que, tanto compradores como constructores, se vieron seriamente damnificados; los primeros porque el valor del UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) estaba ligado a las tasas de interés, las cuales, para esa época, se incrementaron sustancialmente e hicieron que para muchas personas fuera imposible pagar sus créditos; los segundos, debido a que el anterior hecho influyó en la venta de sus proyectos, haciendo imposible cumplir con sus obligaciones y con los recursos para terminar sus proyectos de construcción. Luego de la crisis, por medio de los negocios fiduciarios se buscaron las soluciones para disminuir estos riesgos que se venían presentando y generar confianza en los adquirentes. Una de las cláusulas utilizadas en estos negocios fue la relativa al punto de equilibrio, el cual sirve para determinar que, una vez llegado a éste, la fiduciaria le desembolsará al constructor los recursos recibidos de los adquirentes para construir el proyecto. En caso de que no se logre llegar a dicho punto, el adquirente también tendrá razones para sentirse más tranquilo, pues le serán devueltos sus aportes.

A partir de los hechos mencionados es que la utilización de la fiducia mercantil para el desarrollo de proyectos inmobiliarios se ha incrementado en gran medida en Colombia.

Sin embargo, su uso no ha estado exento de cuestionamientos, algo normal cuando un mecanismo jurídico se implementa para desarrollar negocios, en especial si éstos son de tanta trascendencia.

El presente estudio gira alrededor del desarrollo de los negocios fiduciarios inmobiliarios, haciendo particular énfasis en aquellos puntos sobre los cuales hay inquietudes en su funcionamiento práctico. Para ello, se ha acudido a fuentes legislativas, doctrinarias, arbitrales y jurisprudenciales. Adicionalmente, se han tenido en cuenta contratos y modelos de contratos, así como conversaciones con personas del sector inmobiliario y fiduciario, lo que permitió conocer los usos mercantiles en esta materia.

INTRODUCCIÓN

La fiducia mercantil es un negocio jurídico de gran versatilidad que permite realizar las más variadas finalidades, en la medida en que no contraríen normas imperativas.⁵ Los negocios que se idean y desarrollan por parte de los empresarios son, en muchas ocasiones, complejos y conllevan la celebración de diferentes contratos para obtener los fines deseados; la fiducia mercantil es una figura que facilita el logro de dichos fines pues funciona como hilo conductor, permitiendo articular los diferentes contratos.⁶

Uno de los negocios que supone la existencia de multiplicidad de contratos con una finalidad determinada es el de desarrollo de proyectos inmobiliarios. Por ejemplo, cuando una persona desea construir un inmueble para vender las unidades resultantes requiere, en caso de que no lo tenga, adquirir un lote que puede ser comprado, permutado o aportado al proyecto; debe realizar estudios técnicos y jurídicos para determinar su viabilidad, los cuales puede efectuar directamente o contratarlos con terceros; tendrá que adelantar trámites ante las autoridades para obtener la licencia de construcción y realizar la obra directamente o a través de un tercero; deberá contratar con los proveedores diferentes bienes y servicios requeridos en la obra; podrá hacer preventas del proyecto para determinar la viabilidad de la construcción del mismo y, para no hacernos extensos, deberá transferir la propiedad de los inmuebles producto del proyecto a los adquirentes.

⁵ Ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Ediciones Rosaristas. 1ª edición. 1997. Pág. 33 quien señala que sus límites se encuentran en la imaginación y las buenas costumbres.

⁶ Ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La responsabilidad...* Pág. 24.

En general, esas actividades se podrían realizar directamente, sin necesidad de acudir a la fiducia. Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado de manera significativa la utilización de esta figura para realizar los proyectos gracias a su mencionada flexibilidad, y al hecho de que se ejecute por parte de un profesional vigilado por la SFC.

Ahora bien, la utilización de la fiducia en las diferentes etapas del proceso inmobiliario, que supone la celebración de tal variedad de contratos, genera no pocas inquietudes acerca del alcance de las disposiciones legales que rigen la materia, de las obligaciones que surgen, de las cláusulas contractuales, de su modificación y de la interpretación que las partes le dan en la ejecución del contrato.

En este documento, en una primera parte se hará una descripción general del contrato de fiducia, para luego, en una segunda parte, presentar los contratos de fiducia inmobiliaria y los aspectos principales de la misma.

CAPÍTULO I - LA FIDUCIA MERCANTIL Y EL ENCARGO FIDUCIARIO

Los negocios fiduciarios son la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, siendo la primera la más utilizada en la actividad inmobiliaria.

1. Fiducia mercantil

La fiducia mercantil es un contrato por medio del cual una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, transfiere uno o más bienes específicos a otra llamada fiduciario, que se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado por el constituyente, en provecho suyo o de otro llamado beneficiario o fideicomisario.⁷

1.1. Partes

Las partes que intervienen en este contrato son: (i) El Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente: es quien transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato y determina la finalidad del encargo. (ii) El Fiduciario: es quien recibe y desarrolla el encargo. En Colombia sólo pueden actuar como fiduciarios las sociedades fiduciarias autorizadas por la SFC.⁸ (iii) Fideicomisario o Beneficiario: es aquel en cuyo favor se cumplirá el encargo, calidad que puede coincidir con la de fideicomitente. No será necesario que esté

⁷ Ver: C. de Co. Art. 1226; ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, Contratos Contemporáneos*. Tercera Edición. Editorial Legis. Bogotá. Pág. 124.

⁸ Con la expedición de la Ley 45 de 1990 (art. 6) se prohibió que los establecimientos de crédito tuvieran dicha calidad. En consecuencia, los únicos servicios fiduciarios que podrán prestar son aquellos relacionados con "...operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios." Art. 118 EOSF y art. 6 Ley 45 de 1990.

determinado en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe poder ser determinable dentro del término de duración del contrato.⁹

Respecto del beneficiario se ha presentado la discusión sobre si es o no parte del contrato. Algunos sostienen que el beneficiario es un tercero pues, de acuerdo con el C. de Co., el fiduciario se obliga a administrar o enajenar los bienes recibidos, en provecho del fideicomitente “... o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario” (las subrayas no son del texto).¹⁰

Sin embargo, según otra posición (la cual acogemos), esa referencia del código a un tercero indica que ese beneficiario o fideicomisario es un tercero mientras no haya adherido al contrato. Así, a pesar de que inicialmente el contrato sólo es suscrito por el fideicomitente y el fiduciario, se incluyen disposiciones en el sentido de que quienes adhieran a él se convierten en beneficiarios dentro del contrato de fiducia.¹¹ Una de las formas más comunes de vinculación de los beneficiarios es mediante una carta de instrucciones, por medio de la cual el futuro adquirente se vincula al proyecto y posteriormente celebra un contrato de promesa de compraventa con el constructor. Sin embargo, también es usual la utilización de la figura del beneficiario de área (sobre la cual se hará referencia a lo largo de este trabajo), calidad que se adquirirá mediante la carta de designación de beneficiario de

⁹ Ver: C. de Co. Art. 1229.

¹⁰ C. de Co. Art. 1226. Sobre la tesis mencionada ver Sentencia del 1º de julio de 2009 de la CSJ. Sala de Casación Civil. M. P. William Namén Vargas.

¹¹ CCB. LA. Leasing Mundial S.A. VS Fiduciaria FES S.A. 26 de agosto de 1997. LA. Carlos Arturo Camelo Caldas y otros VS Santander Investment Trust Colombia S. A. 2 de agosto de 2000. LA. Banco Davivienda VS Alianza Fiduciaria S. A. 20 de abril de 2004.

área, la cual les dará el derecho a que se les transfiera una determinada unidad inmobiliaria del proyecto, que se adquiere a título de restitución de aporte fiduciario.¹²

1.2. Transferencia de dominio

El C. de Co. resalta como uno de los elementos del contrato la transferencia de dominio de uno o más bienes por parte del fideicomitente al fiduciario: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona... transfiere uno o más bienes especificados...”. La utilización de las palabras “en virtud del cual” significa “en fuerza, a consecuencia o por resultado de”, de manera que como consecuencia o resultado del contrato de fiducia se transfiere la propiedad, pero no es el contrato por sí mismo el que hace esta transferencia¹³. Por lo tanto, no puede utilizarse esta redacción para sostener, como lo hacen algunos¹⁴, que se trata de un contrato real¹⁵: el contrato existirá aunque luego de su celebración el fideicomitente no transfiera la propiedad.

¹² En este sentido, las fiduciarias exigen que el fideicomitente les envíe los documentos en que las personas son designadas beneficiarias de área, reservándose en el contrato de fiducia el derecho a oponerse a la vinculación de ellos y de verificar la legalidad de las operaciones y de la procedencia y origen lícito de los recursos.

De otra parte, en algunos documentos mediante los cuales se vinculan los adquirentes de unidades inmobiliarias a una fiducia, se incluyen previsiones en el sentido de que el beneficiario declara conocer y aceptar el mencionado contrato y que deja constancia acerca de que el mismo fue discutido y deliberado en los aspectos esenciales y sustanciales. La aceptación del contrato y la constancia sobre su discusión y deliberación son demostración de que son parte del mismo.

¹³ CÁRDENAS, Juan Pablo. *El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*. Universidad del Rosario, Asofiduciarias. 2014. Págs. 26 a 28.

¹⁴ En ciertos procesos arbitrales algunas partes han aducido que el contrato de fiducia mercantil es real, basándose en que el C. de Co. expresa que en virtud de la fiducia el fideicomitente “transfiere uno o más bienes especificados” y que ello es indispensable para poder desarrollar el encargo. La calificación como real es acogida en el LA. Construcciones Ampomar Ltda. y otros VS Fidubandes. 9 de agosto de 2001.

Por su parte, PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. *Algunos Aspectos Sustanciales y Procesales de la Fiducia Mercantil*. Editorial Kelly, Bogotá D. E. 1989, Pág. 17, sostiene que “...la transferencia de la propiedad es requisito de existencia de la fiducia mercantil y que si falta ella, se estará en presencia de otro tipo de negocio jurídico”. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria lo consideran un contrato consensual o solemne, dependiendo del tipo de bienes que se vayan a transferir. Ver ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Op. Cit.* Pág.125. Por su parte, en el LA. Leasing Mundial S.A. VS Fiduciaria FES S.A. 26 de agosto de 1997, se explica que la transferencia de la propiedad de los bienes afecta la ejecución del contrato, pero no su existencia.

1.3. Constitución de la fiducia

El art. 1228 del C. de Co. dispone que la fiducia entre vivos debe constar en escritura pública registrada, según la naturaleza de los bienes, y la mortis causa por testamento. Esto llevó a que algunos sostuvieran que la fiducia entre vivos siempre debía constar por escritura pública. Sin embargo, otros consideraron que la utilización de las palabras “según la naturaleza de los bienes” significaba que sólo aquellas fiducias sobre bienes sujetos al registro de instrumentos públicos requerían de escritura pública. Tal como lo explica Pilar Salazar Camacho¹⁶, en 1989 la CCB, ante solicitud de la Asociación de Fiduciarias, certificó que en esta ciudad era costumbre mercantil “Celebrar por documento privado los contratos de fiducia mercantil que versan sobre bienes muebles”, lo que supone que para dicha Cámara la exigencia de la escritura pública sólo aplicaba para los inmuebles. Sin embargo, dicha certificación tuvo corta duración¹⁷, razón por la que posteriormente se tramitó la Ley 35 de 1993, que en el inc.1º del art. 16 de la Ley 35 de 1993, incorporado en los num. 2 y 3 del art. 146 del EOSF (reiterado en el art. 2.5.1.1.1. del D. 2555 de 2010), estableció que no es necesario cumplir con esta formalidad para todos los negocios fiduciarios. En la fiducia inmobiliaria, por tratarse de bienes inmuebles, sí será imperioso constituir el fideicomiso por escritura pública.

Sobre esta discusión ver: CCB. LA. Leasing Mundial S.A. VS Fiduciaria FES S.A. 26 de agosto de 1997; Superintendencia Financiera Concepto 25480. Junio 16 de 2009; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. Cit.* Págs. 26 a 28.

En la práctica, para evitar discusiones, lo que termina sucediendo es que al momento de constituirse el fideicomiso se transfiere una suma de dinero baja, por ejemplo un millón de pesos, de manera que desde un primer momento se transmite la propiedad.

¹⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. Cit.* Págs. 26 a 28.

¹⁶ Ver: SALAZAR CAMACHO. Pilar. *Actividad Fiduciaria*. En: VARIOS AUTORES. *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2006. Pág. 614.

¹⁷ Ver: *Ibidem*.

1.4. Constitución de un patrimonio autónomo

Como se dijo anteriormente, la constitución de un patrimonio autónomo no es un requisito para la existencia del contrato, a pesar de que generalmente sí se constituya.¹⁸ Esto se realiza mediante la transferencia que el fiduciante hace de la propiedad de uno o más bienes al fiduciario, los cuales forman parte del patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo¹⁹, e independiente del patrimonio personal de las partes. Dicho patrimonio, que alguna parte de la doctrina denomina como especial²⁰, sólo quedará constituido desde el momento en que se perfeccione la transferencia de la propiedad de los bienes respectivos²¹, que en el caso de los bienes inmuebles será con el registro de la escritura pública correspondiente.

Algunos de los efectos que apareja la constitución del patrimonio autónomo son:²² (i) El titular formal de los bienes fideicomitidos es el fiduciario, aunque éstos no hagan parte de su activo.²³ (ii) Los bienes fideicomitidos están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante. Sin embargo, los acreedores anteriores de éste podrán intentar

¹⁸ El hecho de que se constituya un patrimonio autónomo, a pesar de ser un elemento que diferencia el contrato de fiducia mercantil con otros, no es característica esencial. En consecuencia, su no constitución no lleva a la inexistencia del negocio. Vale la pena resaltar el planteamiento de Juan Pablo Cárdenas quien considera que, siguiendo la teoría clásica del patrimonio, es posible que haya un patrimonio autónomo en el que no existan bienes. Ver: CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. Cit.* Págs. 26 a 28.

¹⁹ Ver C. de Co. art. 1233.

²⁰ La razón de ello es que “el fiduciario recibe los bienes, no en su interés, sino en el del fiduciante y eventualmente, también, en el del fideicomisario, en cuanto exista esta última figura.” CCB. LA Construcciones Ampomar Ltda y otros VS Fidubandes. 9 de agosto de 2001.

²¹ En: CARREGAL, Mario A. *Fideicomiso, Teoría y Aplicación a los Negocios*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Pág. 70.

²² Ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. 1ª edición. Bogotá. 2005. Págs. 198 y ss.

²³ *Ibidem*.

dos acciones. En primer lugar, una acción pauliana²⁴ en aquellos casos en que el negocio fiduciario haya sido celebrado en fraude de terceros, lo que supone la demostración de que hubo intención de causar daño, maniobrar para perjudicar a acreedores, o mala fe²⁵. En segundo lugar, una acción de recomposición del patrimonio que no supone la existencia de fraude sino que la constitución de la fiducia haya generado perjuicios a los acreedores de éste como consecuencia de la disminución o supresión de bienes de su patrimonio, ocasionando o agravando su estado de insolvencia²⁶. La interpretación literal del inc. 1º del art. 1238 del C. de Co. llevaría a considerar que en todos los casos en que haya acreencias anteriores se pueden perseguir los bienes del fideicomitente. Sin embargo, una interpretación sistemática ha permitido a la SFC llegar a la conclusión aquí planteada.²⁷ (iii) Además, están excluidos de la prenda general de los acreedores del fideicomisario, aunque los rendimientos producidos por ellos sí son embargables.²⁸ (iv) Las obligaciones adquiridas por la fiduciaria con terceros, como vocero del patrimonio, se encuentran respaldadas por los bienes fideicomitidos.

1.5. Limitaciones a la propiedad del fiduciario

El C. de Co. no hace referencia expresa a que la propiedad se le transfiere al fiduciario con limitantes o restricciones. Sin embargo, de la regulación de la fiducia mercantil se deduce que la titularidad de la fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos no se ejerce de manera

²⁴ C. de Co. Art. 1238. Inc. 2º

²⁵ SFC. CBJ, Parte II, Tít. II, Cap. I, Num. 4.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*. Sobre el particular, ver RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios Fiduciarios...* Págs. 200 y ss.

²⁸ *Ibidem*.

plena, ni definitiva “...sino en la medida necesaria para atender los fines establecidos primigeniamente por el fideicomitente (propiedad instrumental)”²⁹.

Son varias las normas que permiten llegar a la conclusión mencionada: (i) el art. 1226 del C. de Co. que determina que la transferencia de los bienes se hace al fiduciario, quien los recibe para “... administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente...” (las subrayas no son del texto); (ii) el 1233 según el cual los bienes fideicomitados se deben mantener separados del resto de activos de la fiduciaria y con ellos se forma un patrimonio autónomo. Es decir, los bienes transferidos en desarrollo de la fiducia, no entran a formar parte del patrimonio del fiduciario, quien, a pesar de ello, aparece como propietario. Este hecho trae como consecuencia que el fiduciario, para la administración y defensa del patrimonio, deba actuar como vocero de éste y no como propietario; (iii) el 1227 que establece que los bienes fideicomitados no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, norma que tiene sentido en la medida en que éste tiene la propiedad del bien para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente; y (iv) el art. 1242 que establece que, a la terminación del contrato, los bienes fideicomitados se transferirán a los fideicomitentes o sus herederos, a no ser que el fideicomitente haya señalado cosa distinta, y el art. 1244 que se refiere a la ineficacia de toda estipulación que establezca que la fiduciaria adquirirá, de manera definitiva, el dominio de los bienes fideicomitados. Si la propiedad se le hubiera transferido de manera plena, esta última disposición no tendría sentido.

²⁹ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de febrero de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

De las normas citadas se concluye que la calidad de propietario que adquiere el fiduciario, se encuentra limitada por la restricción de no poder disponer de los bienes fideicomitidos libremente, y por el condicionamiento de que el ejercicio de la propiedad debe estar encaminado al cumplimiento del encargo. A dicha conclusión llegó la CSJ en sentencias del 2006 y 2014.³⁰

En el caso de esta última sentencia, la Corte llegó a la conclusión de que una acción judicial (en este caso, de responsabilidad por construcción de un edificio) “...relacionada con un bien que hace parte del patrimonio autónomo, al margen de que la contraprestación reclamada tenga origen contractual o extracontractual, debe verificarse una nítida diferenciación entre la responsabilidad de la masa del fideicomiso, cuya vocería está a cargo de la fiduciaria y de la de la sociedad administradora. Y, en esa línea, no puede confundirse cuando esta última empresa, no obstante aparecer como propietaria de un bien, sólo concurre en esa precisa condición, es decir, dueña de un predio pero atendiendo su calidad de fiduciaria, pues esa titularidad le restringe o circunscribe a dicha solución su poderío sobre el predio respectivo.”³¹

1.6. Normas aplicables

Al contrato de fiducia mercantil se le aplican: El C. de Co. (arts. 1226 a 1244), el D. 2555 de 2010 (arts. 2.5.1.1.1. y 2.5.2.1.1.), el EOSF (arts. 29 y 146 a 151), el ECF, los instructivos emitidos por la SFC y las demás disposiciones aplicables por remisión o

³⁰ Ver: CSJ. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Sentencia del 14 de Febrero de 2006; CSJ. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 26 de Agosto de 2014. En este mismo sentido se han pronunciado laudos arbitrales. Al respecto ver: CCB. LA. Fundación Tomás Rueda Vargas VS Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia. 27 de abril del 2000.

³¹ CSJ. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 26 de Agosto de 2014.

analogía como las del fideicomiso civil (arts. 793 a 822 del C. C), las del mandato comercial (arts. 1262 a 1286 del C. de Co.)³² y las del mandato civil (arts. 2142 a 2199 del C. C.), “...complementadas por la doctrina administrativa contenida en la CBJ, Título Quinto, Capítulo Primero.”³³ Cabe decir que la flexibilidad de la cual goza la fiducia mercantil se debe en gran parte a que la mayoría de las disposiciones citadas son supletivas.³⁴

2. Encargo Fiduciario

Dentro de los negocios fiduciarios inmobiliarios hay etapas en las que se transfiere el dominio de los bienes fideicomitidos (por ejemplo en la fiducia de parqueo) y otras en las que ello no ocurre (por ejemplo en la etapa de preventas). En este último caso, se utiliza el contrato de encargo fiduciario, por lo que resulta necesario hacer referencia a éste.

El encargo fiduciario “es un contrato de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, sin transferirle la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.”³⁵ A este contrato le son aplicables las normas que regulan la fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C. de Co. que regulan el mandato, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del encargo y no se opongan a reglas especiales contenidas en el EOSF.³⁶

³² EOSF. Art. 146. Num. 1.

³³ CCB. LA. Caja de Vivienda Popular VS Constructora Normandía S.A., Inversiones Normandía S.A. y Fiduciaria GNB Sudameris S.A. 26 de Septiembre de 2006.

³⁴ CCB. LA Construcciones Ampomar Ltda y otros VS Fidubandes. 9 de agosto de 2001.

³⁵ ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS DE COLOMBIA. *Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá. 2015. Pág. 94.

³⁶ EOSF. Art. 146. Num. 1

Los elementos que diferencian el encargo fiduciario de la fiducia mercantil son pocos, pero de gran trascendencia: (i) en el encargo fiduciario, a diferencia de la fiducia mercantil, no se transfiere la propiedad, a no ser que el bien entregado sea dinero; (ii) adicionalmente, no se constituye un patrimonio autónomo. La consecuencia de este último punto es de gran trascendencia pues las características que surgen de su constitución no son predicables del encargo fiduciario.

3. Deberes de las partes³⁷

Uno de los temas que ha tenido un desarrollo muy importante en materia de negocios fiduciarios ha sido el de la observancia de deberes especiales por parte de las partes, en especial, del fiduciario. Por ello, es oportuno tratar este tema.

La doctrina ha desarrollado la teoría de los deberes secundarios de conducta como evolución del principio de buena fe, el cual rige para todas las relaciones entre particulares, en las etapas precontractual, contractual y poscontractual. Estos deberes se hacen más exigentes en la medida en que la parte, como es el caso de las fiduciarias, sea un profesional. Tratándose de negocios fiduciarios, los tribunales han considerado la existencia de estos deberes para todas las partes.³⁸ En otros casos, se han referido a estos deberes, exigiéndolos exclusivamente de las fiduciarias, basados en la calidad de profesionales que tienen como gestoras de negocios ajenos. En ambos casos, los deberes que se atribuyen son

³⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. En: Universitas No. 108, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004.

³⁸ Ver: CCB. LA. Droguenal y Cía. S.A. y Droguería Nacional en Liquidación VS Fiduciaria Colpatria S.A. 26 de agosto de 2005.

los mismos. En este sentido, parece más lógico deducir estos deberes del principio de buena fe, haciéndolos más exigentes para los profesionales y aplicándolos, en general, a todas las partes del contrato de fiducia.

La SFC en la CBJ, ha tratado este tema circunscribiéndolo a los deberes que como gestor profesional tiene la fiduciaria.³⁹

3.1. Información

El deber de información, que algunos derivan del de colaboración⁴⁰, es aquél que tienen todas las partes del contrato⁴¹ “...de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que este disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones,”⁴² así como a “...abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante.”⁴³ Para el caso concreto de las fiduciarias, la SFC⁴⁴ ha precisado el alcance de este deber señalando que se deben comunicar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos que resulten inherentes al objeto del contrato y a las labores encomendadas, así como las dificultades e imprevistos que se puedan presentar durante la

³⁹ Por su parte, la misma superintendencia en la intervención en el XIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso menciona estos deberes como expresión no ya de la profesionalidad, sino de la buena fe. SFC. XIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. *La Fiducia y el papel del Supervisor Bancario: el caso colombiano*. Cartagena de Indias. 18 de septiembre de 2003. Pág. 18. En: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional...> Consultado el 24 de agosto de 2015.

⁴⁰ CCB. LA. Banco Davivienda S.A. VS Alianza Fiduciaria S.A. 20 de abril de 2004.

⁴¹ Ver: CCB. LA. Droguenal y Cía. S.A. y Droguería Nacional en Liquidación VS Fiduciaria Colpatría S.A. 26 de agosto de 2005.

⁴² SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *Op. Cit.* Pág. 307.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ La Superintendencia se refiere a este deber exclusivamente en la etapa precontractual. Si bien, es en esta etapa donde mayor importancia tiene, como se ha observado, también aplica en las etapas contractuales y poscontractuales. Así es como por ejemplo, en la controversia entre el Banco Davivienda y Alianza Fiduciaria, se consideró que hubo violación a este deber ya que la fiduciaria no rindió cuentas debidamente. CCB. LA. Banco Davivienda S.A. VS Alianza Fiduciaria S.A. 20 de abril de 2004.

ejecución del mismo.⁴⁵ La forma en la que cumpla este deber variará según el carácter de los intervinientes.⁴⁶

Ahora bien, se incumple este deber cuando, por ejemplo, debiéndose haber entregado información, no se hace, así como cuando ésta es “inexacta, incompleta o desactualizada.”⁴⁷ y no se refiere únicamente a la información contenida en las cláusulas contractuales, “...sino también a la información suministrada en los demás documentos producidos con motivo de la relación contractual.”⁴⁸

3.2. Asesoría

El deber de asesoría, desarrollo del principio constitucional de buena fe y que también es conocido como de consejo, es diferente al de información en cuanto supone que el obligado toma la información a su alcance, analiza las ventajas y desventajas del negocio y advierte sobre las consecuencias que tiene una decisión en uno u otro sentido.⁴⁹ En principio, este deber solo puede provenir de una disposición legal o de un acuerdo entre las partes. No obstante, la doctrina ha entendido que en ciertas relaciones contractuales se tiene este deber, aunque no se haya pactado expresamente, poniendo como ejemplo la actividad de ciertos intermediarios (comisionistas de valores, en el negocio fiduciario de inversión, o de

⁴⁵ SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 2.2.1.2.1.

⁴⁶ *Ibidem*.

CCB. LA. Banco Davivienda S.A. VS Alianza Fiduciaria S.A. 20 de abril de 2004. “Ahora bien, aun cuando, tal y como se ha venido anotando, el deber de información se entiende incorporado a todos los contratos en general, siendo por este motivo exigible a cualquier persona como parte de un contrato, el mismo se exige de manera más estricta a los contratantes que por sus conocimientos, habilidades técnicas y experiencia son considerados como profesionales en el oficio al cual se refiere el objeto contractual.”

⁴⁷ CCB. LA. Instituto Nacional de Interés Social y Reforma, Inurbe S.A. VS Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria S.A., FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999.

⁴⁸ CCB. LA. Banco Davivienda S.A. VS Alianza Fiduciaria S.A. 20 de abril de 2004.

⁴⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *Op. Cit.* Pág. 309.

algunos profesionales).⁵⁰ En línea con la doctrina, la SFC ha considerado que en materia de fiducia, este deber solamente aplica a la fiducia de inversión y, tratándose de fondos de inversión colectiva, sólo en los casos en que ella lo determine, en ejercicio de sus facultades regulatorias.⁵¹

3.3. Fidelidad

El deber de fidelidad o lealtad, aplicable en principio al mandato, lo es igualmente a otros contratos, en especial a aquellos en los cuales es esencial el elemento confianza, como ocurre en los negocios fiduciarios. En desarrollo de este deber, las partes deben ejecutar completamente el encargo, privilegiar los intereses de las personas por cuya cuenta se actúa y administrar debidamente los conflictos de interés.⁵²

Con respecto a este punto es importante referirse particularmente a los conflictos de interés, los cuales pueden surgir cuando el fiduciario "...se encuentre en una situación en la cual la decisión que tome puede favorecer a su cliente o a otro de sus clientes y, sobre todo, a él mismo o a las personas vinculadas con él."⁵³ Su regulación tiene como objetivo que el fiduciario no pueda derivar "...provecho personal de su gestión, ni negociar con el trust, ni estar en competencia con él."⁵⁴

⁵⁰ SOLARTE RODRÍGUEZ Arturo. Op. Cit., Pág. 309. CCB. LA. Instituto Nacional de Interés Social y Reforma, Inurbe S.A. VS Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria S.A., FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999.

⁵¹ *Infra*, Capítulo II, 2.2.3.

⁵² Ver: SOLARTE RODRÍGUEZ Arturo. Op. Cit. Pág. 310, quien indica, en relación con los conflictos de interés, que, en virtud de este principio, se impide mantener o iniciar relaciones con personas que puedan ocasionarlos. Sin embargo, en el caso de las fiduciarias, como se anota en el texto, se ha entendido que la conducta de las fiduciarias debe ser la de administrar los conflictos de interés.

⁵³ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La responsabilidad...* Pág. 74.

⁵⁴ *Ibidem*.

En este sentido, el ECF (art. 3. lit. e) establece como principio orientador que rige las relaciones entre consumidores financieros y las entidades vigiladas por la SFC, que dichas entidades “...deberán administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios interés y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.” En todo caso, cuando las partes no se pongan de acuerdo en la forma en la que se va a disminuir el conflicto, el fiduciario tendrá que renunciar o no aceptar el encargo.⁵⁵

4. Alcance de las obligaciones del fiduciario

Un tema que ha generado grandes discusiones es el relacionado con la naturaleza de las obligaciones que asumen las fiduciarias.

Suele decirse que las obligaciones de las fiduciarias son de medio y no de resultado. Es más, la SFC exigió a las fiduciarias que se advirtiera a los usuarios financieros que la responsabilidad de ellas era de medio y no de resultado. En este sentido, en múltiples ocasiones, las fiduciarias han aducido en procesos judiciales o arbitrales este hecho para eximirse de la responsabilidad que pretenden sus contrapartes.

El origen de esta controversia surge de la estipulación que existía en el art. 29 num. 3° del EOSF que prohibía los contratos y encargos fiduciarios en los que las fiduciarias asumieran obligaciones de resultado, salvo que la ley lo permitiera. Esta disposición no trajo pocos

⁵⁵ Ver: *Ibidem*

problemas al momento de interpretar las obligaciones que debían asumir las fiduciarias: No podría afirmarse de manera tajante que todas las obligaciones del fiduciario eran de medio pues no se entendería, por ejemplo, que las de rendir cuentas o de formar un patrimonio separado de los bienes de la fiduciaria, se limitaran a que la fiduciaria debe hacer los mejores esfuerzos.

Y es que con la expedición de esta norma se buscaba evitar que en los fideicomisos de inversión las sociedades fiduciarias se comprometieran a garantizar un rendimiento fijo al constituyente.⁵⁶ Si eso era lo buscado por la SFC, habría sido más conveniente disponer que estaba prohibido garantizar un rendimiento fijo, en vez de impedir la asunción de obligaciones de resultado en todos los fideicomisos.

Lo cierto es que en los negocios fiduciarios las sociedades fiduciarias asumen al mismo tiempo obligaciones de medio y de resultado. Podría decirse que obligaciones como la de administración de los bienes, obtención de un mayor rendimiento, entre otras, son de medio; mientras que las de informar, rendir cuentas, separar patrimonialmente los bienes, transferirlos a quien corresponda según el acto constitutivo, entre otras, son de resultado. Teniendo en cuenta este contexto, ha sido muy útil la derogatoria que de los num. 3° del art. 29 y 5 del art. 151 del EOSF, que consagraban la prohibición ya referida, hizo el art. 111 del D. 2175 de 2007, por lo que en la actualidad parece existir mayoría doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de que en el contrato de fiducia concurren obligaciones de medio y de resultado.

⁵⁶ Ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La responsabilidad...* Pág. 44

CAPÍTULO II - LA FIDUCIA INMOBILIARIA

1. Consideraciones previas

Como se anotó anteriormente, el proceso de construcción de proyectos implica varias etapas que van desde la concepción del negocio hasta su ejecución y liquidación, y requiere la celebración de diferentes contratos, para cuyo desarrollo los negocios fiduciarios son un vehículo ideal.

La primera etapa de la ejecución de proyectos inmobiliarios supone la búsqueda de lotes en los que ellos se puedan desarrollar. En muchos casos, se requiere adelantar negociaciones para adquirir los terrenos en los que se desea construir, determinar el tipo de negocio que se celebrará con los propietarios de éstos (si se les va a pagar el valor de los lotes o éstos entran como aporte de los propietarios al proyecto; o si se condiciona el negocio al cumplimiento de determinados requisitos como, por ejemplo, obtención de licencias y permisos, llegar al punto de equilibrio, etc.). Para determinar qué tan aptos son los terrenos sobre los cuales se desea desarrollar la construcción, será sensato hacer estudios que evalúen su viabilidad y su factibilidad técnica y financiera, elaborar los diseños arquitectónicos y realizar los estudios jurídicos y técnicos correspondientes, para finalizar con los trámites ante las autoridades y así obtener las autorizaciones y las licencias de construcción.

Una vez definido el proyecto y obtenidas las autorizaciones correspondientes, se procede a su comercialización mediante preventas (en especial, tratándose de construcción de

vivienda), de manera que, una vez se llegue al punto de equilibrio determinado por el fideicomitente, se proceda a construir la obra o, en caso contrario, ésta no se desarrolle.

Logrado el punto de equilibrio, se inicia la construcción del proyecto y se continúa con su comercialización. Una vez terminada, se hará la transferencia de la propiedad de las unidades generadas en el proyecto a los adquirentes.

2. Fiducia inmobiliaria en las diferentes etapas del desarrollo de proyectos

Como ya se ha indicado, para la ejecución de las diferentes etapas se pueden utilizar los negocios fiduciarios, género que recoge varias modalidades diferentes.

Las palabras fiducia inmobiliaria dan a entender que se trata de una fiducia que recae sobre un inmueble. En este sentido, por ejemplo, existen fiducias de garantía inmobiliaria y de administración inmobiliaria. Sin embargo, en la práctica, se habla de fiducia inmobiliaria para referirse a aquella que "... tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato".⁵⁷

Ahora bien, dentro de un mismo contrato de fiducia se pueden incluir diferentes etapas de desarrollo del proyecto inmobiliario, o pueden celebrarse múltiples contratos que se van sucediendo, de acuerdo con las necesidades y los intereses de las partes y que pueden ser

⁵⁷ SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 8.2.

celebrados con una o más fiduciarias. Para el efecto, se utilizan diferentes modalidades de fiducia, todas cobijadas bajo el nombre “fiducia inmobiliaria”.

A continuación se mencionan las principales modalidades utilizadas en el mercado fiduciario.⁵⁸ Éstas han sido creadas por los usos comerciales, y sus cláusulas, si bien tienden a ser similares, responden a los modelos utilizados por cada una de las fiduciarias y a los acuerdos a que lleguen las partes.

2.1. Fiducia de Parqueo

En la mencionada primera etapa es usual que los promotores o constructores utilicen la llamada fiducia de parqueo. Esta fiducia “... se caracteriza por establecer dentro de su objeto que la sociedad fiduciaria detente la titularidad del inmueble, en su condición de titular y vocera del patrimonio autónomo, hasta el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acto constitutivo o de las instrucciones que imparta el fideicomitente”.⁵⁹

Es una fiducia de administración en desarrollo de la cual se constituye un patrimonio autónomo. Su finalidad es radicar a nombre de la fiduciaria, como administradora del mismo, la propiedad de los bienes, los cuales serán entregados al fideicomitente a título de comodato precario, para que posteriormente sean transferidos a la persona que éste indique en el respectivo contrato. Durante el término de vigencia de la fiducia, los desarrolladores pueden iniciar los estudios y trámites necesarios ante las autoridades para adelantar la construcción.

⁵⁸ La SFC menciona como modalidades de la fiducia inmobiliaria las siguientes: De administración y pagos, de tesorería y de preventas. *Ibidem*. Sin embargo, en este trabajo se hará referencia a las denominaciones más utilizadas en la práctica.

⁵⁹ SFC. Concepto 2012043756-001. Agosto 2 de 2012.

Este tipo de fiducia no es exclusivo de los desarrollos inmobiliarios, pero es de común utilización en éstos para vincular “... propietarios aportantes de los inmuebles y personas naturales o jurídicas que realizan la construcción y la comercialización de los proyectos, facilitando a los constructores la adquisición del inmueble destinado al desarrollo del proyecto y su puesta en marcha una vez cumplidas las condiciones que para el efecto se hayan señalado.”⁶⁰

La forma en la que generalmente se estructuran los negocios fiduciarios inmobiliarios, cuando se utiliza en la primera etapa la fiducia de parqueo y luego la de administración inmobiliaria es que, al momento de terminarse la etapa de parqueo, se transforma dicha fiducia, por medio de un otrosí integral, en una de administración inmobiliaria.

Ejemplos de este tipo de fiducias son: (i) Las celebradas por una o más personas que quieran vender inmuebles en los que se puede desarrollar un proyecto inmobiliario, aún antes de haber iniciado su comercialización, para facilitar su negociación; (ii) Las constituidas por las mismas personas, como desarrollo de contratos que hayan celebrado con constructores (por ejemplo, promesas de contrato) para que, una vez se cumplan las condiciones convenidas, se transfiera la propiedad a una fiducia de administración que tenga por finalidad la construcción del proyecto inmobiliario⁶¹; (iii) Las constituidas por el constructor con inmuebles de su propiedad que transfiere al patrimonio autónomo para que,

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Las condiciones que se establecen depende de las necesidades que tengan las partes. Así, por ejemplo, se puede condicionar el negocio a que se obtenga la licencia de construcción, o a que en el proceso de preventas se llegue al punto de equilibrio.

una vez se haya definido el proyecto inmobiliario, se continúe con las demás etapas de desarrollo del proyecto urbanístico.

La fiducia de parqueo tiene varias ventajas que son resaltadas por las fiduciarias en su proceso de mercadeo como son: el que los bienes fideicomitidos se encuentran excluidos de la garantía de los acreedores y, en consecuencia, sobre dichos bienes no pueden recaer medidas cautelares; facilitar la adquisición del inmueble y hacer más sencilla la tramitación de diferentes permisos ante las autoridades, aún antes de la adquisición del inmueble, con la seguridad para el constructor de que después aquel le será transferido, y los propietarios de los bienes recibirán el precio pactado una vez se cumplan las condiciones acordadas; permite actualizar el valor de los inmuebles, para programar adecuadamente las cargas tributarias. Adicionalmente, otorga confianza y seguridad a las personas que participan del negocio inmobiliario. Así, quien va adquirir el lote, lo hará sin que existan los riesgos de que los propietarios de éste no cumplan con las obligaciones que podrían tener, por ejemplo, en las promesas de compraventa, pues el fiduciario recibe instrucciones irrevocables para trasladar la propiedad, una vez se cumplan las condiciones pactadas. De otra parte, si hay varios lotes que pertenecen a diferentes personas, el adquirente tendrá la seguridad de que se le transferirá la propiedad de todos ellos; si, por ejemplo, en lugar de utilizar la fiducia, celebrara varias promesas de compraventa, el constructor podría correr el riesgo de que todos los propietarios, salvo uno, cumpliera sus obligaciones, faltando alguno de los lotes que pudiere ser esencial para el desarrollo del proyecto. Finalmente, si alguna de las personas que enajenan el inmueble muere, no se presentarían los inconvenientes que se generarían si existieran contratos de promesa de compraventa.

2.2. Encargo Fiduciario de Preventas

Para los adquirentes de inmuebles es importante disminuir los riesgos de que no le sean devueltos oportunamente los dineros que hayan entregado a los constructores o promotores, en caso de que el proyecto no se ejecute o concluya. Para los constructores o promotores es importante no adquirir compromisos en firme mientras no hayan logrado el punto de equilibrio y obtenido todas las autorizaciones requeridas. La disminución de estos riesgos se logra a través del encargo fiduciario de preventas.

El encargo se celebra entre el fideicomitente (constructor y/o promotor) y la fiduciaria, quien asume la obligación de administrar los recursos aportados por las personas que se vinculan al proyecto. Éstos son entregados al constructor, para que los utilice en la construcción, una vez las vinculaciones hayan alcanzado el punto de equilibrio y se hayan obtenido los permisos y licencias necesarios para la edificación y enajenación de los inmuebles; si, por el contrario, no se logran los requisitos, la fiduciaria devolverá los recursos a las personas que los hayan aportado, en desarrollo del encargo fiduciario.

La etapa de preventas supone que las personas (denominadas en los documentos que firman con la fiduciaria, “futuros adquirentes del proyecto”⁶², “optantes”⁶³, “encargantes”⁶⁴,

⁶² BBVA. Carta de Instrucciones. En: https://www.bbvaassetmanagement.com/am/tlwgbincece/carta_instrucciones_contrato_tcm1245-462084.pdf Consultado el 24 de agosto de 2015.

⁶³Fiducor. Encargo Fiduciario En: https://www.fiducor.com/system/files/archivos-sac/Inversion_Preventa_Colectivo.pdf; Fiducor. Carta de Instrucciones. En: www.milleniunsa.com.co/docs/Carta%20de%20Instrucciones.doc

Bancolombia, que no los define pero al tratar el punto de equilibrio comercial dice que ellos se vinculan “a través de la suscripción de opciones de compra”. En: www.arquiurbe.com.co/.../p170-carta-instrucciones-fideicomitente.docx Consultados el 24 de agosto de 2015

fideicomitentes”⁶⁵, “fideicomitentes adherentes”⁶⁶), harán la separación de las unidades inmobiliarias en las que están interesadas. Para efectos prácticos, en este documento utilizaremos las palabras “futuros adquirentes”.

La vinculación de los futuros adquirentes se realiza de diferentes maneras. La más usual es mediante la carta de instrucciones, contrato suscrito por el futuro adquirente de una unidad, mediante la cual, de manera irrevocable, instruye a la fiduciaria para que (i) la fiduciaria reciba los pagos convenidos con el constructor; (ii) administre los recursos a través de un determinado fondo de inversión colectiva, al cual adhiere mediante la firma del correspondiente formato de aceptación en el que manifiesta que ha recibido y entendido la información que se encuentra en el prospecto y el reglamento de dicho fondo; (iii) entregue al constructor los dineros y sus rendimientos, una vez cumplidas las condiciones establecidas en el encargo; y (iv) se le devuelvan los dineros al futuro adquirente, si no se cumplen dichas condiciones en el término previsto.

⁶⁴ Fidubogotá. Encargo Fiduciario. En: http://www.manueljoseblanco.com.co/documentos/contrato_encargo_fiduciario.pdf Consultado el 24 de agosto de 2015

⁶⁵ Davivienda. Contrato de Encargo Fiduciario de Inversión.- celebrado con cada uno de los interesados en separar unidades inmobiliarias. En: <https://productos.davivienda.com/Portals/0/Fiducia/Contrato%20Encargos%20Fiduciarios%20de%20Preventa.pdf> Alianza Fiduciaria. Carta de Instrucciones. En: www.garcesyjaramillo.co/index.php?...Carta%20de%20instrucciones...ag... Consultados el 24 de agosto de 2015

⁶⁶ Fiduciaria Colpatría. Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria. En: <https://www.colpatria.com/Data/Sites/1/fiduciaria-colpatria/pdfs/contrato-de-fiducia-mercantil-individual-de-adhesion.pdf> Consultado el 24 de agosto de 2015

Las condiciones financieras del negocio se incluyen dentro de la carta de instrucciones, sin que ello la convierta en una promesa de compraventa; el futuro adquirente hace en la carta la declaración expresa de que conoce este hecho.

El otro mecanismo consiste en celebrar encargos fiduciarios de inversión para la separación de unidades inmobiliarias, contratos en los que los futuros adquirentes obran como fideicomitentes⁶⁷ y cuyo objeto consiste en que (i) la fiduciaria reciba e invierta las sumas de dinero del precio del inmueble; (ii) entregar dichas sumas al constructor, quien actúa como beneficiario del contrato, si se cumplen las condiciones previstas; o (iii) devolverlas, si el negocio no es viable.

En ambos casos, las fiduciarias exigen el diligenciamiento de un formulario de solicitud de vinculación suscrito por el futuro adquirente, como cumplimiento del programa de conocimiento al cliente exigido por la SFC dentro del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT); el resultado del estudio correspondiente, puede constituir causal de terminación de la carta de instrucciones o del encargo fiduciario.⁶⁸

⁶⁷ Si bien es cierto el art. 1226 del C. de Co. al definir el contrato de fiducia utiliza el término “fideicomitente” para referirse a la parte que en dicho contrato “... transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario...”, en la práctica es usado también para referirse a la persona que constituye un encargo fiduciario. Otros, sin embargo, prefieren el uso del término “constituyente”.

⁶⁸ Carta de Instrucciones Fidubogotá. Alianza Fiduciaria. Carta de Instrucciones. En: www.garcesyjaramillo.co/index.php?...Carta%20de%20instrucciones...ag... Alianza, www.garcesyjaramillo.co/index.php?...Carta%20de%20instrucciones...ag... Davivienda, Contrato de Encargo Fiduciario de Inversión, celebrado con cada uno de los interesados en separar unidades inmobiliarias. <https://productos.davivienda.com/Portals/0/Fiducia/Contrato%20Encargos%20Fiduciarios%20de%20Preventa.pdf>. Consultados el 24 de agosto de 2015.

Un punto final que es importante resaltar es que las preventas de inmuebles destinados a vivienda se pueden realizar sin que exista la licencia urbanística correspondiente⁶⁹. En este sentido es muy claro el art. 185 del D. 19 de 2012, que modifica el art. 71 de la ley 962 de 2005, al señalar que en los casos de preventas no se requiere radicar la licencia urbanística respectiva (lit. d.). En consecuencia, cuando se esté utilizando este esquema fiduciario, y no se presente la licencia urbanística, no se podrán celebrar promesas de compraventa pues para ello si será necesaria la radicación de dicha licencia.

2.2.1. Punto de equilibrio

La forma en la que se determina el punto de equilibrio en los negocios fiduciarios inmobiliarios es otro de los temas que ha generado controversias. A pesar de que en la ley no está definido, el punto de equilibrio es la condición que determina la viabilidad económica y comercial del proyecto inmobiliario y que permitirá, una vez alcanzado, que el fiduciario desembolse al constructor los recursos necesarios para iniciar su ejecución. Este es un tema que, en principio, corresponde definirlo al fideicomitente. Sin embargo, el fiduciario, al momento de decidir sobre la celebración del contrato y sobre el alcance del negocio, debe aplicar procedimientos de control interno para establecer si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar que el punto de equilibrio que ha sido establecido no compromete la viabilidad del proyecto.⁷⁰

⁶⁹ Sin embargo, la fiduciaria sólo desembolsará los recursos una vez se cumplan las condiciones previstas en el contrato. Con respecto a este tema, en un proyecto, que se ha venido discutiendo por parte de los diferentes interesados, para la modificación de la CBJ de la SFC (SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 5.2.1.9.) se plantea que, una vez alcanzado el punto de equilibrio en los negocios fiduciarios de preventa, las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se deben encontrar vigentes y deben cumplir los requerimientos legales pertinentes. En este sentido, lo que se quiere hacer, es cambiar la regulación actual en el sentido de que sería necesario contar con la licencia de construcción aprobada para que la fiduciaria desembolse los dineros recaudados.

⁷⁰ SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 5.2.4.

No existe una única forma de establecerlo, pero generalmente equivale a por lo menos el 60% de alguna variable. Así, por ejemplo, en ciertas ocasiones el punto de equilibrio se determina por una cuantía determinada representada en dinero, sobre el valor total de las ventas del proyecto;⁷¹ y en otras ocasiones se fija por el número total de unidades que se van a obtener por los futuros adquirentes, sin que haya una suma dineraria mínima.

Los problemas comienzan a surgir, por ejemplo, cuando en el contrato se establece que se podrá modificar el punto de equilibrio, lo cual consideramos que, a veces, desnaturaliza la razón misma del punto de equilibrio, como punto de no pérdida. La forma en la que generalmente se combate dicho problema es mediante la incorporación de una cláusula según la cual, para modificar el punto de equilibrio, se necesita contar con la aquiescencia de cada uno de los que hasta ese momento tienen la calidad de futuros adquirentes. Tampoco suena lógico que en ciertas ocasiones se pueda determinar el punto de equilibrio según el número de unidades vendidas, pues es claro que generalmente, dentro de un mismo proyecto, hay unidades de diferente valor económico (según su tamaño o piso en el que estén ubicadas, entre otros criterios), lo cual no permitirá reflejar la viabilidad económica. Otra de las preocupaciones con respecto a los puntos de equilibrio es el de las denominadas compras con vinculados, entendidos como aquellas personas que tienen una relación muy cercana con los fideicomitentes, como lo pueden ser sus familiares o socios. La forma en la que generalmente se garantiza la “no desnaturalización” del punto de equilibrio, es que no se computen las adquisiciones que se hagan por estas personas.

⁷¹ CCB. LA. Elvira Cortés y Mauricio Arévalo VS Fiduciaria Tequendama S.A. 6 de abril de 1999.

Por último, otro tema que genera inquietudes es el de los desistimientos que pueden realizar los futuros adquirentes, pues en muchas ocasiones el punto de equilibrio puede terminar siendo engañoso, ya que ocurre que dichas intenciones para adquirir se tienen en cuenta para el cómputo del punto de equilibrio, pero finalmente nunca se termina recibiendo el dinero para adelantar la construcción. Este es un tema que a pesar de generar problemas, en la práctica resulta difícil regular.

Consideramos que si lo que se quiere es establecer un punto de no pérdida que garantice la ejecución del proyecto inmobiliario, será necesario utilizar las fórmulas e incluir las cláusulas que efectivamente cumplan este objetivo

Uno de los cambios que se ha planteado con respecto al punto de equilibrio en el nuevo proyecto de CBJ de la SFC (Parte II, Tít. II, Cap. 1, num. 5.2.3.1.) es el exigir la indicación acerca de si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio, así como la de señalar la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el cumplimiento del mandato (SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, 5.2.3.2.).

2.2.2. Utilidades y pérdidas de los recursos entregados a la fiduciaria

Las fiduciarias administran, en fondos de inversión colectiva, los dineros que entregan los futuros adquirentes (antes del D. 1242 de 2013, denominados carteras colectivas)⁷², a los cuales debe adherir el futuro adquirente. El valor de la participación varía de acuerdo con

⁷² A pesar del cambio de la denominación, en algunos de los formatos que existen aún se les llama “carteras colectivas”.

las fluctuaciones que tengan las inversiones hechas con los dineros de los fondos. Ello implica que desde el momento de la entrega de los recursos por parte de los futuros adquirentes, hasta el día en que sean transferidos al constructor (si se cumplen las condiciones) o al futuro adquirente (si no se cumplen), se produzcan utilidades o pérdidas. A partir de estos supuestos, es necesario preguntar ¿quién corre con el riesgo de estas inversiones?

No parece existir duda respecto de las utilidades que se generen. En general, los documentos determinan que las utilidades corresponderán al constructor o promotor (si se cumplen las condiciones) o al futuro adquirente (en caso contrario). Esta previsión responde a una realidad económica: el constructor y el futuro adquirente convienen un precio en una fecha determinada y está garantizado que el mismo no se incrementará. Por ello, si se cumplen las condiciones para desarrollar el proyecto, es lógico que el constructor reciba los rendimientos, sin que éstos se imputen al precio del inmueble. Si no se cumplen, también es lógico que quien tenía la calidad de futuro adquirente reciba esos rendimientos.

La situación no es igual tratándose de las pérdidas. En esta materia, hay algunos documentos que son claros sobre quién asume dicho riesgo. Es el caso de un documento⁷³ en el que se indica que las reducciones en los rendimientos o en el capital corresponden al constructor (si se cumplen las condiciones) o al futuro adquirente (si no se cumplen). Otro

⁷³ Davivienda. Contrato de Encargo Fiduciario de Inversión, celebrado con cada uno de los interesados en separar unidades inmobiliarias. <https://productos.davivienda.com/Portals/0/Fiducia/Contrato%20Encargos%20Fiduciarios%20de%20Preventa.pdf>. Consultado el 24 de agosto de 2015.

documento⁷⁴ es claro en el sentido de que el riesgo de pérdida del valor de la inversión corresponde al futuro adquirente y que, si ésta se produce, tendrá que aportar los recursos correspondientes al valor de la pérdida, aunque no precisa el momento en que se debe producir dicho aporte.

Como se indicó, otros documentos no son tan claros. Así, por ejemplo, varios de ellos señalan, de manera general, que el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados es asumido por el futuro adquirente,⁷⁵ sin indicar qué significa esto. Por lo tanto, algunos podrían señalar que la asunción del riesgo supone que se deben transferir unos recursos adicionales para que el constructor o promotor no reciba, en ningún caso, una suma inferior de los aportes acordados. Otros, por el contrario, podrían entender que en la medida en que está sujeto a que se cumplan las condiciones, a aquellos se les deben entregar los recursos con sus “rendimientos”, lo cual implicaría los rendimientos positivos y los negativos (pérdidas); y que la asunción del riesgo sólo tendría efecto en caso de que no se cumplan las condiciones para que los recursos sean transferidos al constructor o promotor.

Finalmente, en otro caso, en el documento⁷⁶ se incluye una declaración del futuro adquirente en el sentido de que se trata de una inversión en una cartera colectiva (fondo de inversión) y que tiene claro quién debe asumir el riesgo por la pérdida del valor de las inversiones realizadas con los recursos entregados, unida a la previsión en el sentido de que

⁷⁴ Fiduciaria Bancolombia. www.arquiurbe.com.co/.../p170-carta-instrucciones-fideicomitente.docx
Consultado el 24 de agosto de 2015.

⁷⁵ Carta de Instrucciones BBVA.
https://www.bbvaassetmanagement.com/am/tlwgbincoc/carta_instrucciones_contrato_tcm1245-462084.pdf.

⁷⁶ Fiducor. Carta de Instrucciones. En: www.millenniumsa.com.co/docs/Carta%20de%20Instrucciones.doc
Consultado el 24 de agosto de 2015.

cuando se cumplan las condiciones, el constructor será beneficiario de los recursos que se invirtieron en el encargo fiduciario. Al igual que en el caso anterior, no es claro cuál es el alcance de estas disposiciones.

En general, puede advertirse que tiende a existir un desequilibrio entre constructor y futuro adquirente pues en la mayoría de los casos se pacta que los rendimientos los recibe el constructor y las pérdidas las asume el futuro adquirente, a pesar de que aquel fue quien eligió la fiduciaria y el fondo en el que se administran los recursos. Esta previsión implica un cambio importante frente a la promesa de compraventa pues si ésta se utilizara en lugar de la fiducia, los dineros serían recibidos por el promitente vendedor y éste correría con todos los riesgos de su inversión a partir del momento de su recibo. Todo esto en el marco de un contrato de adhesión (la carta de instrucciones o el encargo fiduciario) cuyas previsiones el futuro adquirente no tiene la posibilidad de discutir. Él simplemente adhiere a las condiciones o decide no suscribir los documentos.

Conforme a la explicación anterior, conviene preguntar si son abusivas las cláusulas que determinan que las pérdidas provenientes de los fondos de inversión deben ser asumidas por los adquirentes.

En general, se entiende que “son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”.⁷⁷ Como se indicó, es claro que en el caso planteado existe un desequilibrio no justificado en perjuicio del

⁷⁷ EC (ley 1480 de 2012). Art. 42.

consumidor y en favor del constructor, por lo que, en principio, podría ser considerada una cláusula abusiva, que se encuentra prohibida en el art. 42 del EC (Ley 1480 de 2011) y en el art. 11 del ECF (Ley 1328 de 2009) que prohíbe su incorporación en los contratos de adhesión.⁷⁸

Con respecto a las utilidades y pérdidas de los recursos entregados a la fiduciaria, en el citado proyecto de CBJ de la SFC se establece que las fiduciarias deberán identificar de manera clara y expresa el mecanismo que se escoja para invertir los recursos entregados a la sociedad fiduciaria, junto con la identificación del sujeto contractual a quien correspondan los rendimientos o pérdidas generadas por el mismo (Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num.. 2.3.5.). Cabe decir que esta disposición no está regulando el tema de las cláusulas abusivas.

Otro aspecto que genera inquietud es el relacionado con el tratamiento tributario de los rendimientos obtenidos en la inversión en el fondo de inversión colectiva. El art. 271-1 del Estatuto Tributario establece que para determinar el impuesto sobre la renta y complementarios, “...los fiduciarios deberán expedir cada año, a cada uno de los beneficiarios de los fideicomisos a su cargo, un certificado indicando el valor de sus derechos, los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio, aunque no hayan sido liquidados en forma definitiva y los rendimientos del último ejercicio gravable.” Una interpretación literal de la norma lleva a la conclusión de que quienes deben

⁷⁸ Según la CBJ, “se entienden por contratos de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrarlo adhieren otros fideicomitentes quienes sólo puede expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad”.

presentar declaración de renta sobre los rendimientos son los futuros adquirentes, a pesar de que quien generalmente los termina recibiendo es el fideicomitente. Dicha interpretación no parece ser lógica pues el fiduciario puede determinar a nombre de quién se generaron los ingresos. Este es un asunto que podría ser puesto a consideración de la DIAN para que se aclarara el alcance de la norma, interpretándola de acuerdo con la realidad económica, de manera que se certifique quién recibe el ingreso; de lo contrario, se estaría gravando a una persona con un impuesto por un ingreso que recibió otra.

2.2.3. Comisiones

En el art. 7, lit. g. del ECF se establece que una de las obligaciones especiales que tienen las entidades vigiladas es la de “abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero...” Resulta importante revisar si en la etapa de preventas las fiduciarias cobran comisiones por las inversiones realizadas y si éstas son informadas a los futuros adquirentes.

En algunas cartas de instrucciones las fiduciarias establecen la existencia de comisiones que deben ser pagadas por los futuros adquirentes, por la inversión que se hace de los recursos en los fondos de inversión⁷⁹. Sin embargo, en pocas ocasiones se dice expresamente a qué suma o porcentaje corresponde dicha retribución y remiten, en el mismo contrato, a consultar el reglamento del respectivo fondo de inversión de la entidad para saber el monto.

⁷⁹ Si bien los rendimientos de los recursos aportados corresponden al constructor en caso de que se cumplan las condiciones pactadas (punto de equilibrio, autorizaciones, etc.), si éstas no se cumplen, la fiduciaria debe devolver los recursos al futuro adquirente, evento en el cual el cobro de las comisiones afectarán su patrimonio.

La CBJ⁸⁰ establece que en los contratos relacionados con los negocios fiduciarios se deben incluir las remuneraciones, las cuales deben “...expresar los valores o factores sobre los cuales se determina la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma y oportunidad en que la misma debe ser liquidada y cobrada.” A pesar de que, como se dijo anteriormente, el deber de asesoría se debe observar cuando hay negocios fiduciarios de inversión, de la disposición contenida en el párrafo del art. 3.1.4.1.4. del D. 2555 de 2010 (adicionada mediante D 1242 de 2013) y desarrollada por la CBJ (Parte III, Tít. VI, Cap. V, Num. 2.), se podría concluir que en la etapa de preventas no es necesario observar dicho deber. De acuerdo con el mencionado D., la SFC debe establecer los criterios mínimos que se deben tener en cuenta para determinar los casos en que se requiera prestar el deber de asesoría especial, aclarando que, en todo caso, debe aplicarse en la promoción de fondos de inversión colectiva que realicen operaciones de naturaleza apalancada.⁸¹ En este caso, al no encuadrar en los criterios establecidos por la SFC y no tratarse de operaciones apalancadas, no es necesaria la observancia del mencionado deber. Sin embargo, en desarrollo del principio de buena fe que rige las relaciones contractuales, pareciere necesario que se indiquen expresamente los valores o factores sobre los cuales se

⁸⁰ SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 2.3.5.

⁸¹Art. 3.1.1.5.1 (adicionado mediante D 1242 de 2013). “Operaciones de naturaleza apalancada en los fondos de inversión colectiva. Son aquellas operaciones que permiten ampliar la exposición del fondo de inversión colectiva por encima del valor de su patrimonio.

Siempre que se encuentre establecido en el reglamento del respectivo fondo de inversión colectiva, se podrán realizar las siguientes operaciones de naturaleza apalancada:

1. Ventas en corto.
2. Repos pasivos y simultáneas pasivas.
3. Operaciones de endeudamiento.
4. Operaciones sobre instrumentos financieros derivados.
5. Cuentas de margen.”

van a determinar las comisiones, así como la manera en que se van a informar los cambios que se lleguen a producir, para comunicar adecuadamente a los futuros adquirentes sobre las mismas.

2.3. Fiducia de Administración Inmobiliaria

La fiducia de administración inmobiliaria es el vehículo que se utiliza en el desarrollo del proyecto, que tiene por objeto básico la constitución de un patrimonio autónomo con el inmueble transferido en fiducia (si no se realizó la etapa de parqueo), que se entrega en comodato precario al constructor, promotor o gerente con el fin de permitirles desarrollar por cuenta propia y a su riesgo, el proyecto; dependiendo de la voluntad de las partes, puede incluir o no el manejo de los recursos. Así mismo, en esta etapa la fiduciaria transferirá las unidades a los adquirentes.

Los fideicomitentes pueden ser varios y cumplen, en general, papeles diferentes: promotor, constructor, gerente, comercializador, interventor, o aportante, entre otros.

Los adquirentes que se vinculan al proyecto son designados, por lo general, como beneficiarios, conocidos más específicamente como “beneficiarios de área”, toda vez que el provecho que van a recibir de la fiducia será el área de las unidades inmobiliarias adquiridas; en este sentido, no tienen derecho a participar en los excedentes que resulten en la liquidación del fideicomiso ni el carácter de beneficiarios respecto de otros derechos y obligaciones. Formalmente, la designación de los beneficiarios de área se realiza mediante

el documento denominado “Carta de Designación de Beneficiario de Área”⁸², que es suscrito por los fideicomitentes (quienes tienen el derecho a designar a dichos beneficiarios) y el beneficiario.

En otros casos, para la adquisición de los inmuebles resultantes del proyecto no se utiliza el mecanismo de designación de beneficiario de área sino que se celebran promesas de compraventa que son suscritas por el constructor como promitente vendedor, aunque la propiedad del bien en el que se desarrolla la obra sigue en cabeza de la fiduciaria. Luego, dichas promesas son cumplidas por la fiduciaria, quien actúa como vendedora.

Es oportuno hacer algunas precisiones sobre el nombre dado a este tipo de fiducia. El carácter de fiducia de administración se puede predicar tanto de la de parqueo como de aquella a la cual se refiere este numeral: en las dos se administra un inmueble. Por ello, en la práctica, los contratos de fiducia de parqueo son titulados también como fiducia de administración inmobiliaria⁸³. Sin embargo, cuando se utiliza la denominación fiducia de administración inmobiliaria, en la práctica y por lo general, se hace referencia a la fiducia citada en este numeral.

⁸² En algún caso, en la carta de instrucciones se designó al futuro adquirente como beneficiario de área en el encargo fiduciario. Esta designación constituye una impropiedad pues en dicho encargo no se transfiere la propiedad de inmuebles a la fiduciaria y, en consecuencia, no puede haber beneficiarios sobre las unidades que se generen en desarrollo de la construcción del proyecto.

⁸³ Fiduprevisora. Contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria. <http://www.fiduprevisora.com.co/documents/Modelos%20de%20contratos/MODELO%20FIDUCIA%20INMOBILIARIA.pdf> Consultado el 24 de agosto de 2015.

2.3.1. Responsabilidad de la fiduciaria en la vinculación del inmueble

Se ha discutido sobre si las fiduciarias, bien sea en la fiducia de parqueo o en la de administración inmobiliaria, tienen algún tipo de responsabilidad al momento de vincular el inmueble al fideicomiso para la construcción del proyecto. Sobre este punto, hay que aclarar que entre las tareas que cumplen las fiduciarias hoy en día, no se encuentran las de construcción, promoción y comercialización de los proyectos inmobiliarios; sus tareas se limitan a gestionar negocios ajenos. En la CBJ⁸⁴ se establece que las fiduciarias deberán verificar “que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.” Por lo tanto, cabe concluir que las fiduciarias sí son responsables en la vinculación de los inmuebles, en los términos citados.

Uno de los instrumentos jurídicos que se utiliza dentro del proceso de vinculación del inmueble, es el estudio de títulos. En muchas ocasiones estos estudios son elaborados por terceros, y no por la fiduciaria. Aún bajo este supuesto, la responsabilidad de la fiduciaria se podría ver comprometida pues ella debe verificar que el contenido de dichos estudios haga viable la construcción del proyecto.

2.3.2. Naturaleza contractual de la carta de designación de beneficiario de área

Como se observó anteriormente, por lo general, es mediante la suscripción de la carta de designación de beneficiario de área por parte del fideicomitente constructor y el adquirente, que este último obtiene la calidad de beneficiario de área. Con respecto a la naturaleza de este documento, cabe preguntarse si es un contrato o no.

⁸⁴ SFC. CBJ. Parte II, Tít. II, Cap. 1, Num. 5.2.1.

La carta de designación de beneficiario de área suele contener una serie de estipulaciones y declaraciones como pueden ser: el monto y la fecha en que el beneficiario de área debe realizar los aportes de dinero, el conocimiento que éste tiene sobre la existencia del contrato de fiducia mercantil entre el fiduciario y el fideicomitente, la comprensión sobre el hecho de que la carta no constituye una promesa de contrato, las condiciones en las cuales se va a suscribir la escritura pública (día, hora, notaría, etc.), cómo y cuándo se va a efectuar la entrega del inmueble, quién asumirá los gastos de transferencia e impuestos del mismo, cláusulas penales en favor de los fideicomitentes, etc. Como se puede observar, se trata de un acuerdo de voluntades que genera obligaciones y derechos para las partes, por lo que se puede decir que la carta de designación de beneficiario de área, a pesar de ser atípico, sí es un contrato.

2.3.3. Cláusulas penales

En las cartas de designación de beneficiario de área suelen estipularse cláusulas penales⁸⁵, a título de estimación anticipada de perjuicios, en favor del fideicomitente en caso de que el beneficiario se retire del negocio, incurra en mora superior a un período determinado, o no concurra a otorgar la escritura pública, entre otros supuestos. Cabe preguntar si las sanciones que algunas veces se pactan, por incurrir en cualquiera de estas conductas, pueden llegar a ser exageradas.

La desproporción en las penas no es un tema exclusivo de los contratos de fiducia, pues también suele presentarse esta misma discusión en otras modalidades contractuales. Las cláusulas penales que suelen pactarse en negocios de bienes inmuebles generalmente son de

⁸⁵ Estas cláusulas también se incluyen en las cartas de instrucciones mencionadas anteriormente.

entre el 10% y 30% sobre el valor total de los mismos⁸⁶. En algunos casos las cartas prevén formas en las que se puede disminuir la posible multa, como puede ser que se pagará el menor valor entre un porcentaje de los aportes realizados hasta ese momento y un porcentaje del valor del inmueble, sin que, en todo caso, la cláusula penal pueda ser superior a un porcentaje del valor total de los aportes convenidos. Los problemas se pueden generar, particularmente, cuando no existe cláusula alguna que morigere la pena, pues es claro que es diferente pagar una cláusula penal de 20% sobre el valor total del inmueble cuando no se ha realizado ningún aporte, a incurrir en la misma sanción cuando falta pagar el 1% del bien. Con respecto a esto, ya ha habido pronunciamientos de tribunales que, frente a fiducias no inmobiliarias, siguiendo las estipulaciones contenidas en los arts. 1596 del C.C.⁸⁷ y 867 del C. de Co.⁸⁸, han reducido el valor de las cláusulas penales.⁸⁹ Es previsible que frente a determinados casos de fiducia inmobiliaria, en el futuro los tribunales se pronuncien en términos similares.

⁸⁶ En las cartas de instrucciones, en algunos casos, el porcentaje se calcula sobre el monto aportado por el futuro adquirente.

⁸⁷ “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

⁸⁸ “...Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

⁸⁹ CCB. LA. Fiduciaria del Valle S.A. VS Telejamundí S.A. E.S.P. 21 de septiembre de 2004.

CONCLUSIONES

La utilización de negocios fiduciarios para la adquisición de inmuebles ha influido en que haya, después de años en los que no la hubo, confianza hacia el sector de la construcción. Así, la participación de una entidad vigilada en la actividad inmobiliaria, ha generado en los intervinientes de estos negocios, una sensación de seguridad.

Para los adquirentes, dicha seguridad se ve reflejada en varios aspectos, como son: (i) que haya un “filtro” para evitar adquisiciones con dineros de origen ilícito, utilizado por una entidad externa dentro del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT); (ii) la existencia de un punto de equilibrio del proyecto para que, sólo una vez llegado a éste, se desembolsen los recursos recaudados al fideicomitente; (iii) la certeza de que, en caso de que no se alcance el punto de equilibrio, sus recursos le serán devueltos; (iv) al haber una entidad vigilada en el negocio, se disminuyen los riesgos de pérdida de los recursos entregados para la adquisición de los inmuebles.

Para los fideicomitentes, además de la existencia de un control de quienes adquieren los inmuebles y de la exclusión de los bienes de la prenda general, los negocios fiduciarios resultan útiles, entre otras razones, por: (i) la facilidad para programar las cargas tributarias; (ii) la confianza que se genera en los adquirentes, al haber una entidad vigilada en el negocio, lo que influye positivamente en la promoción y posterior adquisición de los inmuebles.

Sin embargo, es importante que a futuro se revisen ciertos aspectos para eliminar incertidumbres que se presentan en la celebración y ejecución de los negocios. En este sentido, debería haber certeza jurídica sobre si dichos negocios son reales, consensuales, o solemnes, así como sobre el alcance de determinadas cláusulas en las cuales hay un desequilibrio entre las partes. Igualmente, revisar las diferencias existentes entre la adquisición de inmuebles por medio de compraventas o a través de vehículos fiduciarios, entre otros aspectos.

En definitiva, hay que afirmar que, a pesar de las falencias que estas figuras puedan tener, los negocios fiduciarios han ayudado en gran medida al crecimiento del sector de la construcción en Colombia y, a pesar de que no es garantía de que en el futuro no hayan crisis en el sector inmobiliario, sí pueden disminuir las posibilidades de que éstas se generen.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes Normativas

Código Civil

Código de Comercio

Decreto 2175 de 2007

Decreto 2555 de 2010

Decreto 1242 de 2013

Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)

Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 de 2009)

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Estatuto Tributario

Ley 66 de 1968

Ley 45 de 1990

Ley 35 de 1993

Ley 1328 de 2009

2. Circulares y conceptos de la SFC

Superintendencia Financiera. Circular Básica Jurídica 029 de 2014.

Superintendencia Financiera. Proyecto de modificación de la CBJ.

Superintendencia Financiera. Concepto 25480. Junio 16 de 2009

Superintendencia Financiera. Concepto 2012043756-001. Agosto 2 de 2012.

3. Jurisprudencia (Arbitral y de las altas cortes)

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Leasing Mundial S.A. VS Fiduciaria FES S.A. 26 de agosto de 1997.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Elvira Cortés y Mauricio Arévalo VS Fiduciaria Tequendama S.A. 6 de abril de 1999.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Instituto Nacional de Interés Social y Reforma, Inurbe S.A. VS Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria S.A., FIDUAGRARIA. 8 de junio de 1999.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Carlos Arturo Camelo Caldas y otros VS Santander Investment Trust Colombia S. A. 2 de agosto de 2000

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Fundación Tomás Rueda Vargas VS Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia. 27 de abril del 2000.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Construcciones Ampomar Ltda. y otros VS Fidubandes. 9 de agosto de 2001

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Banco Davivienda VS Alianza Fiduciaria S. A. 20 de abril de 2004.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Fiduciaria del Valle S.A. VS Telejamundí S.A. E.S.P. 21 de septiembre de 2004.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Droguenal y Cía. S.A. y Droguería Nacional en Liquidación VS Fiduciaria Colpatria S.A. 26 de agosto de 2005.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral. Caja de Vivienda Popular VS Constructora Normandía S.A., Inversiones Normandía S.A. y Fiduciaria GNB Sudameris S.A. 26 de Septiembre de 2006.

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia 15275 del 13 de septiembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Sentencia del 14 de Febrero de 2006. Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1º de julio de 2009. M. P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 26 de Agosto de 2014.

4. Contratos y modelos de contrato

Alianza Fiduciaria. Carta de Instrucciones. En:

www.garcesyjaramillo.co/index.php?...Carta%20de%20instrucciones...ag... Consultado el

24 de agosto de 2015

BBVA. Carta de Instrucciones. En:
https://www.bbvaassetmanagement.com/am/tlwgbincoce/carta_instrucciones_contrato_tcm1245-462084.pdf Consultado el 24 de agosto de 2015.

Davivienda. Encargo Fiduciario.
En:<https://productos.davivienda.com/Portals/0/Fiducia/Contrato%20Encargos%20Fiduciarios%20de%20Preventa.pdf> Consultado el 24 de agosto de 2015

Fidubogotá. Encargo Fiduciario. En:
http://www.manueljoseblanco.com.co/documentos/contrato_encargo_fiduciario.pdf
Consultado el 24 de agosto de 2015

Fiduciaria Bancolombia. Carta de Instrucciones. En: www.arquiurbe.com.co/.../p170-carta-instrucciones-fideicomitente.docx Consultados el 24 de agosto de 2015 Consultado el 24 de agosto de 2015.

Fiduciaria Colpatria. Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria. En: <https://www.colpatria.com/Data/Sites/1/fiduciaria-colpatria/pdfs/contrato-de-fiducia-mercantil-individual-de-adhesion.pdf> Consultado el 24 de agosto de 2015

Fiducor. Carta de Instrucciones. En:
www.milleniumsa.com.co/docs/Carta%20de%20Intrucciones.doc Consultado el 24 de agosto de 2015.

Fiducor. Encargo Fiduciario En: https://www.fiducor.com/system/files/archivos-sac/Inversion_Preventa_Colectivo.pdf Consultado el 24 de agosto de 2015.

Fiduprevisora. Contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria. <http://www.fiduprevisora.com.co/documents/Modelos%20de%20contratos/MODELO%20FIDUCIA%20INMOBILIARIA.pdf> Consultado el 24 de agosto de 2015.

5. Doctrina

ÁLVAREZ-CORREA D., Eduardo. *Contratos Bancarios*. Universidad de los Andes. Bogotá. 1991.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, Contratos Contemporáneos*. Tercera Edición. Editorial Legis. Bogotá.

ASOCIACIÓN BANCARIA DE COLOMBIA. *Fiducia Mercantil*. Bogotá. 1986.

ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS DE COLOMBIA. *Aspectos Conceptuales del Negocio Fiduciario en Colombia*. Editorial Legis. Bogotá. 2015.

ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS DE COLOMBIA. *Nuevos Productos Fiduciarios*. Editorial ABC. Bogotá. 1993.

BAUCHE GARCIADIAGO, Mario. *Operaciones Bancarias*. Editorial Porrúa. México. 1974.

BONFANTI, Mario A. *Contratos Bancarios*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993

CÁRDENAS, Juan Pablo. *El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*. Universidad del Rosario, Asofiduciarias. Bogotá. 2014.

CARREGAL, Mario A. *Fideicomiso, Teoría y Aplicación a los Negocios*. Editorial Heliasta. Buenos Aires.

CASTILLO LARA, Eduardo. *El fideicomiso de garantía y su ejecución*. Editorial Limusa. México. 2011.

ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Fideicomiso*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2008.

GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, Joaquín. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Editorial Civitas. Madrid. 1978.

GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*.

En: *Revista de Derecho Privado* 35.Volumen XVII, Diciembre de 2005. Ediciones Uniandes Facultad de Derecho. Bogotá. 2005.

Ministerio de Vivienda y Desarrollo Social. *Déficit habitacional en Colombia cayó 46.3% gracias a los programas de vivienda que adelanta el gobierno nacional*. Abril de 2014. En: <http://www.minvivienda.gov.co/sala-de-prensa/noticias/2014/abril/d%C3%A9ficit-habitacional-en-colombia-cay%C3%B3-46-3-gracias-a-los-programas-de-vivienda-que-adelanta-el-gobierno-nacional> Consultado el 11 de Febrero de 2015.

PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. *Algunos Aspectos Sustanciales y Procesales de la Fiducia Mercantil*. Editorial Kelly, Bogotá D. E. 1989.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su Significación en América Latina*. Quinta Edición. Legis. Bogotá. 2002.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Ediciones Rosaristas. 1ª edición. 1997.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. 1ª edición. Bogotá. 2005.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México D.F. 1974.

CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo. *Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2004.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. En: Universitas No. 108, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. XIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. *La Fiducia y el papel del Supervisor Bancario: el caso colombiano*. Cartagena de Indias. 18 de septiembre de 2003. Pág. 18. En: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional...> Consultado el 24 de agosto de 2015.

USTARIZ, Luis Humberto. *Régimen de los conflictos de interés*. Edición: Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Bogotá. 1997.

VARIOS AUTORES. *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2006.

VARÓN PALOMINO, Juan Carlos y ABELLA ABONDANO, Germán Darío. *Derechos Fiduciarios y Mercado de Valores*. Ediciones Uniandes. Bogotá. 2013.