

Daniela Rivera Pinzón*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

daniela.riverap@urosario.edu.co

**La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber
de información y a la responsabilidad de las
sociedades fiduciarias**

*The Real Estate Trust: An Outline About the Duty of
Information and the Responsibility of the Trust Companies*

*O truste imobiliário: um olhar sobre o dever de informação
e a responsabilidade das sociedades fiduciárias*

Artículo de reflexión: recibido 12/10/2021 y aprobado 22/11/2021

* Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia), especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, maestranda en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como abogada litigante y asesora jurídica en varias entidades del Estado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2688-8362>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.5160>

Cómo citar:

Rivera Pinzón, D. (2022). La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias. *Precedente*, 20, 123-154. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.5160>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Resumen

En el presente artículo, resulta menester analizar el rol de las *sociedades fiduciarias*, sus deberes legales y aquellas responsabilidades sobrevinientes ante los incumplimientos generados. Todo ello a partir de la observación del caso específico de una de las especies de dichas sociedades en particular, la *fiducia inmobiliaria*, cuyos deberes legales de observancia deben cumplirse en beneficio del fideicomitente, dentro del negocio jurídico correspondiente, actuando como profesionales bajo ciertos criterios.

Asimismo, analizaré el deber legal de observancia que corresponde al suministro de información que debe proporcionarse al fideicomitente, quien, a su vez, en los términos de lo previsto en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero — contenido en la Ley 1328 de 2009, en la cual se dictan “normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, conforme a lo preceptuado en el título I del Régimen de Protección al Consumidor Financiero—, ostenta la calidad de consumidor financiero, protegido por una serie de principios contenidos en el régimen expresado.

A tal efecto, referiré una serie de pronunciamientos jurisprudenciales, al igual que los conceptos esbozados por la Superintendencia Financiera, en los que se examina el tratamiento de la responsabilidad atribuible a las sociedades fiduciarias en el giro ordinario de sus negocios.

Palabras claves: sociedades fiduciarias; responsabilidad; fiducia inmobiliaria; deber legal de observancia; suministro de información; Régimen de Protección al Consumidor Financiero.

Abstract

In this article, it is necessary to analyze the role of the *trust companies*, their legal duties and those responsibilities arising from the breaches generated. All this from the observation of the specific case of one species of said companies, the *real estate trust*, whose legal obligations of observance must be fulfilled for the benefit of the settlor, within the corresponding legal business, acting as professionals under certain criteria.

Likewise, I will analyze the legal duty of observance that corresponds to the supply of information that must be provided to the settlor who, in turn, under the terms of the Financial Consumer Protection Regime, contained in Law 1328 of 2009, in which “rules on financial matters, insurance, the stock market and other provisions” are dictated, in accordance with the provisions of title I. of the Financial Consumer Protection Regime, also acts as a financial consumer, protected by a series of principles contained in the stated regime.

To this end, I will refer to a series of jurisprudential pronouncements, as well as the concepts outlined by the Financial Superintendence, in which the treatment of the liability attributable to the trust companies in the ordinary course of their business is examined.

Keywords: Trust Companies; Responsibility; Real Estate Trust; Legal Duty of Observance; Provision of Information; Financial Consumer Protection Regime.

Resumo

Este artigo analisa o papel das sociedades fiduciárias, seus deveres legais e as responsabilidades supervenientes em caso de infrações geradas. Tudo isto a partir da observação do caso concreto de uma das espécies das referidas sociedades em particular, o truste imobiliário, cujos deveres de conformidade legal devem ser cumpridos em benefício do comitente, no âmbito do negócio jurídico correspondente, atuando como profissionais sob determinadas critérios.

Da mesma forma, analisarei o dever legal de observância que corresponde à prestação de informações ao instituidor, que, nos termos do Regime de Defesa do Consumidor Financeiro - contido na Lei 1.328 de 2009, em que dita “regulamento em matéria financeira, seguros, bolsa e outras disposições”, de acordo com o disposto no Título I do Regime de Defesa do Consumidor Financeiro -, detém a qualidade de consumidor financeiro, resguardado por um conjunto de princípios contidos no regime expresso.

Para tanto, farei referência a uma série de pronunciamentos jurisprudenciais, bem como aos conceitos esboçados pela Superintendência Financeira, em que se examina o tratamento da responsabilidade imputável às sociedades fiduciárias no curso normal de seus negócios.

Palavras-chave: sociedades fiduciárias; responsabilidade; trust imobiliário; dever legal de observância; prestação de informações; Regime de Defesa do Consumidor Financeiro.

1. Introducción

La base que sustenta la celebración del *contrato de fiducia* es la confianza que se deposita en la figura denominada *fiduciario*, que va a ser el encargado de administrar los bienes que recibe, en pos de cumplir una finalidad específica encomendada, en beneficio de un tercero, que puede ser o no el llamado *fideicomitente* o *beneficiario*.

Si nos atenemos en especial a la fiducia inmobiliaria, diremos que se trata de un subtipo de *fiducia mercantil*. A su vez, estas también son consideradas una subespecie de las *sociedades de servicios financieros*, enmarcadas dentro de la figura más general, la denominada *sociedad fiduciaria*.

Las sociedades de servicios financieros son las únicas que gozan de la facultad de celebrar *contratos de fiducia mercantil* y originar patrimonios autónomos.

Esta característica es quizá la razón por la cual el contrato de fiducia reviste especial importancia para el fideicomitente, en razón de que, al tener la sociedad la potestad de originar un patrimonio autónomo, esto implica que los bienes que son objeto de constitución no se mezclan con los bienes que son propios de la sociedad fiduciaria; y es justamente este aspecto el que otorga la tranquilidad al fideicomitente de que los bienes que ha transferido serán administrados única y exclusivamente conforme a las instrucciones que ha impartido en el respectivo negocio jurídico.

Más precisamente, el artículo 29 del EOSE, que señala como “operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias” a aquellas que tienen la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio. Por lo tanto,

la de celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas. (Andi, 2013)

Puntualmente, a la fiducia inmobiliaria se le confiere el rol de financiar y sufragar una obra o proyecto inmobiliario de diversas envergaduras, encargándose de administrar los recursos y bienes ajenos, sin la necesidad de que intervengan otras figuras jurídicas, como, por ejemplo, el *mutuo*. Por lo cual se le brinda

esta concesión en virtud de la capacidad técnica, profesionalismo, sujeción a estrictos controles de conducta y respaldo económico del que goza, a la vez que es sometida a inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De esta vinculación entre múltiples partes emanan derechos y garantías que deben cumplirse, así como la necesidad de una regulación legal específica y rigurosa que contemple a su vez el resguardo de los derechos del consumidor financiero y que vele por el cumplimiento del deber legal de observancia que pesa sobre dichas entidades, el que estará a cargo del *organismo de control* pertinente.

El presente artículo tiene como principal enfoque analizar la omisión del deber de información a la luz del negocio fiduciario inmobiliario, en el que se parte de la idea de ser una de las pocas obligaciones de este negocio consideradas de resultado, abarcando la posible responsabilidad en la que puede incurrir una sociedad fiduciaria por la omisión a este deber y la normativa vigente para la protección de los futuros fideicomitentes-clientes.

2. El deber legal de observancia de las sociedades fiduciarias en general

Las sociedades fiduciarias, como anteriormente se ha mencionado, se encuentran bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual el presidente de la República ejerce inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan una actividad financiera, reguladora, bursátil o cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de recursos públicos, dado que les atañe la observancia de determinados deberes u obligaciones legales (Presidencia de la República, 2005), entre las cuales he de mencionar:

- Entregar a su clientela el producto o servicio financiero con debida diligencia y de manera adecuada.
- En concordancia con el principio orientador antes expuesto, brindar información clara, comprensible, expresa y precisa acerca de los productos o servicios que ofrecen las sociedades financieras. En este punto, es preciso reiterar que se trata de un suministro de información en diferentes momentos, es decir, que se recopila información, antes, durante y después de la celebración del vínculo contractual.

- Disponer de canales para la atención del consumidor financiero, como la figura del defensor del consumidor financiero, quien está llamado a ser un puente entre la sociedad fiduciaria y el cliente, potencial cliente o usuario, respecto a quejas que este interponga en contra de aquella, e inclusive a ser un vocero del consumidor financiero ante la respectiva entidad financiera.
- Evitar incurrir en cláusulas o prácticas abusivas que generen un detrimento a nivel contractual en el vínculo jurídico celebrado.
- La elaboración de contratos que regulen la relación entre el fideicomitente y la sociedad fiduciaria, cuyas condiciones contractuales resulten claras.
- Recibir las solicitudes, quejas o reclamos y brindar una respuesta clara y oportuna.

Resulta de vital importancia destacar que el no cumplimiento de dichas observaciones recae en la responsabilidad que puede atribuirse a las entidades en cuestión. La misma encuentra su fundamento en el “profesionalismo” y la “debida diligencia” (Cáceres, 2014, p. 14),¹ con que estos entes deben desarrollar su actividad.

Según la normativa colombiana, es un deber indelegable de las fiduciarias realizar con la debida diligencia² (Rodríguez Azuero, 2005) los actos necesarios para el logro de la finalidad que se les ha encomendado, la cual se apoya en los principios de buena fe, prudencia y protección que derivan en cumplir con el resultado que esperan quienes contratan.

Así, las sociedades fiduciarias responderán cuando pueda probarse que han faltado a este deber y puede aplicárseles el régimen de responsabilidad³

1 “Al ser la fiducia un negocio de sustitución, la pauta para medir la satisfacción de la carga prestacional es la debida diligencia y lealtad de un profesional, que en caso de no observarse implicará la ruptura a la separación patrimonial y la responsabilidad directa para la fiduciaria” (Cáceres, 2014. p. 19).

2 La normatividad colombiana señala que es un deber indelegable de la fiduciaria realizar con diligencia los actos necesarios para la consecución de la finalidad determinada en el encargo, diligencia que “se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan” (Rodríguez Azuero, 2005).

3 En relación con la responsabilidad civil contractual, la Corte Constitucional la definió así: “En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos,

(Corte Constitucional, C-1008, 2010.) que recepta la legislación colombiana, quedando sujeta la obligación de indemnizar voluntad de las partes reflejada en los distintos contratos suscritos.

3. El deber de suministrar información en particular

El deber a la información tiene su apoyo constitucional en los artículos 20, 78, 83 y 333 de la carta política y se encuentra vinculado al deber secundario de la buena fe, en cuanto este principio dota a dicho deber de contenido, eficacia y precisión.

Como podemos observar, en la Sentencia C-488/93 (Corte Constitucional de Colombia, 1993), que analizó la demanda de inconstitucionalidad que se dirigía en contra del inciso 2° del artículo 23 de la Ley 58 de 1958, se afirmó que el derecho a la información resulta indispensable para el desarrollo del negocio jurídico en cuestión. Se ha descrito en dicho caso jurisprudencial precedente que la información es un derecho natural de los seres humanos respecto a la adquisición de conocimiento, el cual resulta indispensable a la hora de brindar el consentimiento y suscribir el contrato en cuestión. En tal sentido, el tribunal aclara que

El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. (Corte Constitucional de Colombia, C-488, 1993)

Por lo cual, los individuos deben tener acceso a la información, concebido como un derecho adquirido que resulta universal a

toda persona –sin ninguna distinción– y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial (artículo 20 de la carta política). De ahí

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

que el derecho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente. (Corte Constitucional de Colombia, C-488, 1993)

En adición a lo expresado, determinó que el deber posee dos facetas: una positiva, que exige del profesional el deber de suministrar información en favor de la otra persona que carece de la misma; y una negativa, que implica el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir al error a la otra parte en la relación.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en reiteradas ocasiones que el derecho fundamental a obtener información, en el marco de las relaciones contractuales, “garantiza que las personas como partes negociales puedan ejercer a cabalidad sus derechos contractuales, legales y patrimoniales mediante los cuales se desarrollan las actividades ordinarias y se llevan a cabo los planes individuales de vida” (Corte Constitucional de Colombia, T-300, 2004).

Es decir, la interpretación que hace el tribunal máximo al respecto es la de otorgarle funcionalidad al derecho a informarse, pues posibilita las condiciones para el ejercicio de la libertad, a fin de que el ciudadano pueda proteger sus derechos patrimoniales, tutelados en la carta política.

3.1 *El deber de información en la fiducia inmobiliaria*⁴

El deber de suministrar información (Tovar-Llanos, 2020) que recaer sobre las sociedades fiduciarias encuentra su fundamento en la relación de consumo, que

4 El tratadista Sergio Rodríguez Azuero, como se cita en Tovar-Llanos (2020), explica la funcionalidad de la fiducia inmobiliaria en los siguientes términos: “Ahora bien, la visualización del papel de la fiducia en un proyecto inmobiliario parte de un esquema teórico de general ocurrencia. Es frecuente, en efecto, que existan disgregados distintos potenciales actores que han de juntarse en escena para lograr un resultado. Que una persona tenga un lote de terreno pero que no tenga los recursos ni la capacidad empresarial para acometer por sí sola su desarrollo. Que existan en el mercado entidades financieras en condiciones y aun deseosas de proveer los recursos. Que puedan conseguirse personas interesadas en la adquisición de las unidades de vivienda que van a construirse, pero que no están dispuestos a anticipar recursos al dueño del terreno ni al promotor sin contar con las seguridades específicas sobre el manejo de su dinero. Pues bien, con el propósito de diseñar acuerdos jurídicos con múltiples partes con intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, la fiducia aparece como una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucrada” (Tovar-Llanos, 2020, 473).

propende a brindar amparo a la parte considerada más débil o en desventaja en dicha relación, frente a los proveedores de bienes y servicios en el mercado, el consumidor final.

Tratándose de la actividad fiduciaria, este deber encuentra su fundamento en los artículos 97 y 98 del EOSF,⁵ que, en concordancia con el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, es el cuerpo legal que contiene las disposiciones en “Materia Financiera, de Seguros, del Mercado de Valores y otras disposiciones”, sancionado en el año 2009, que regula la relación de consumo que se genera al contratar con estos entes vigilados y tiene la finalidad de lograr una posición de equilibrio entre las partes; pues, si la misma es desventajosa y el proveedor o empresario no proporciona u oculta datos sobre los productos o servicios que ofrece, el consumidor se verá determinado respecto de dicho ocultamiento o negación a la hora de decidir.

Pasemos a señalar los aspectos más relevantes de esta norma:

En principio, este régimen incorpora una serie de conceptos legales que son transversales a cualquier entidad financiera que se encuentre bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera, como es el caso de conceptos estructurales.

A saber, el artículo 2 de la Ley 1328 (2009) define los efectos de la aplicación del régimen a los clientes respecto de aquellas personas jurídicas o naturales que se relacionan con las sociedades controladas, a partir de negocios jurídicos de origen contractual o legal, a fin de obtener a cambio de dicho acto jurídico el suministro de un servicio o producto, como objeto social del nexo generado. En su inciso b), dicho artículo define la concepción de los usuarios respecto a aquellas personas jurídicas o naturales que adquieren la utilización de los servicios de la sociedad vigilada, siendo o no clientes. Se define como *cliente potencial* a aquella persona jurídica o natural que se presenta en la relación con la entidad controlada, en una fase previa a las dos definiciones previas, donde se desarrollan las tratativas preliminares del contrato, para la suscripción a los servicios o productos ofrecidos.

Dentro de dicha normativa, se define al consumidor financiero como aquel usuario, cliente o su potencial que suscribe a una relación negocial con la entidad vigilada, que es definida por el apartado h) como aquellas sociedades sometidas a

5 “Los cuales incorporan regulaciones especiales de protección del consumidor financiero, como los deberes de información, atención y debida diligencia” (Villalba Cuellar, 2017, p. 149).

la fiscalización, inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (Congreso de Colombia, Ley 1328, 2009).

De dichas definiciones se desprende que el régimen contempla una relación compuesta por dos puntas (Corte Constitucional de Colombia, 1993) que, a saber, son:

- El consumidor financiero, que, como se explicó en párrafo precedente, puede tratarse de una persona natural o jurídica que ostenta la calidad de cliente, potencial cliente o, simplemente, un usuario.
- La entidad financiera especialista en el desarrollo de negocios fiduciarios, que para el caso en particular de este escrito se centra en las sociedades fiduciarias.

Además, el mismo cuerpo normativo lo ha contemplado en particular en su artículo 7 de la Ley 1328 (2009), referido a las obligaciones especiales de las entidades vigiladas con respecto al deber de información:

- Aportar la información que resulte necesaria al público, posibilitando la intervención de los defensores del consumidor financiero conforme a las instrucciones dadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Debida diligencia⁶ al prestar el servicio contratado o al entregar el producto en cuestión (Vargas, 2009).
- Informar al cliente o usuario a través del aporte de información que resulte comprensible, clara, oportuna y veraz, con publicidad transparente respecto a los productos y servicios ofrecidos.
- Disponer de un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC).
- Actuar de buena fe, evitando incurrir en abusos contractuales y de cualquier otra índole.

⁶ “La inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009).

- Elaborar los contratos y anexos que especifiquen las características del contrato, producto y servicios adquiridos por el cliente o usuario.
- No realizar cobros no informados ni pactados previamente con el consumidor financiero.
- No cobrar gastos generados en concepto de *gastos de cobranza prejudicial*.
- Reservar la información aportada al consumidor financiero, a fin de mantener cierta confidencialidad entre los sujetos intervinientes en el negocio jurídico, independientemente de que resulte suministrable ante autoridades competentes que lo soliciten.
- Especificar las condiciones y el estado en el que se encuentran los productos, brindando constancia cuando el consumidor financiero lo solicite a una fecha determinada.
- Atender a los reclamos y quejas que se generen, respondiendo oportunamente a las solicitudes realizadas.
- Proveer los recursos tecnológicos, físicos y humanos necesarios para brindar una atención oportuna y eficiente en las diversas agencias y sucursales.
- Posibilitar la realización de consultas gratuitas por parte de los consumidores financieros respecto al estado de los servicios o productos, por los canales de atención habilitados, al menos una vez al mes.
- Establecer un enlace directo entre el sitio web de la sociedad y el de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Denunciar ante la Superintendencia Financiera de Colombia el precio de los servicios y productos ofrecidos de forma masiva.
- Informar previamente los costos de la operación.
- Contar con los medios electrónicos y controles que resulten idóneos para que sea segura la transacción, protegiendo la confidencialidad de la información aportada.
- Colaborar con el defensor del consumidor financiero, las autoridades administrativas, organismos de control y autoridades judiciales.

- Guardar la información de los consumidores financieros, utilizarla oportunamente y evitar volver a solicitar la misma información. Más allá de ello, existe la obligación de mantener dicha información actualizada.
- Desarrollar campañas y programas de educación para la actividad financiera.

De lo anterior, se pueden entrever varios aspectos: por una parte, como base, este principio implica que el fideicomitente, en este caso asimilado a consumidor financiero, tiene derecho a recibir información que sea lo suficientemente clara acerca del producto o servicio financiero que contrata, de tal forma que en el contrato de fiducia mercantil sea la sociedad la que explique en forma amplia, clara y expresa al fideicomitente qué está contratando, cuál es el alcance de la celebración del respectivo negocio jurídico, cuáles pueden ser los efectos adversos frente a un posible incumplimiento atribuible a alguna de las partes y, en general, facilite la ejecución del vínculo contractual. En esencia, es el aseguramiento del suministro de información antes de la celebración del contrato de fiducia, durante su ejecución e, inclusive, posterior a su acacimiento por vencimiento del plazo o por terminación anticipada del mismo (Ley 1328, 2009).

Asimismo, se observa en la norma que existe una constante relación entre las entidades fiduciarias y el organismo regulador, aludiendo permanentemente a este último como canal con que el consumidor financiero cuenta a la hora de hacer valer sus derechos.

En ese entendido, es menester analizar el deber de información a la luz de cada una de las etapas del proceso:

3.1.1 Etapa Precontractual

Este deber es de gran importancia en todas las etapas del negocio inmobiliario y en la etapa precontractual cobra mayor relevancia, pues de la información suministrada va a depender el perfeccionamiento del contrato. Entonces, la fiduciaria debe entregar al fiduciante todos los detalles sobre las circunstancias, cualidades y efectos del contrato, entre otros elementos, que permitan tomar la decisión de contratar en condiciones que satisfagan los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de la buena fe.

En el mismo sentido, es con la finalidad de proteger al

Consumidor inmobiliario que la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) expidió la Circular Externa n.º 6 de 2012 (hoy en día incluida en la Circular Única de esa entidad), destinada a todas las personas naturales o jurídicas que vendan y/o promocionen inmuebles destinados a vivienda, la cual tuvo como finalidad garantizar el respeto del derecho de los consumidores a recibir información veraz y suficiente en relación con las características y propiedades de los bienes que se ofrecen al público. Esta norma, que actúa como norma especial y complementaria de la Ley 1480 de 2011, tiene el objetivo de proteger y reforzar la obligación de información a cargo del constructor y que recibe el consumidor inmobiliario, por lo que examinaremos su contenido. (Villalba, 2017, p. 288)

En consecuencia, desde el momento en que se inicia la publicidad de un proyecto (respaldado por una sociedad fiduciaria), la información que se suministre debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 1480 de 2011 y en la circular básica jurídica (República de Colombia, Super Intendencia Financiera de Colombia, 2014), en cuanto a que debe ser real y transparente, pues, si lo que se consagra en las vallas publicitarias, folletos, etc., no tiene los requisitos mencionados, da lugar a que se configure lo que se denomina *publicidad engañosa*, definida como: “puede suceder que la información que se brinda induzca al error o confusión al consumidor, este tipo de conducta configura una forma de ilicitud publicitaria” (Villalba, 2017, p. 188), advirtiendo que deberá informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria.

136

Es importante resaltar que, de los contratos suscritos, en aras de proporcionar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, se deberá entregar copia a la firma del contrato de fiducia respectivo. Por otra parte, la inobservancia de las instrucciones en cuanto a la publicidad de la fiduciaria en el negocio inmobiliario se considera una práctica insegura. (Medina y Vásquez, 2014, p. 24)

Sin embargo, en su mayoría, las sanciones interpuestas por la SIC por omisión al deber de información vinculadas con la publicidad engañosa⁷ son

⁷ En Resolución 13385 del 30 de abril de 2008, la SIC reiteró la sanción a una empresa inmobiliaria por incurrir en publicidad engañosa, al ofrecer a los consumidores unos apartamentos sin identificar

puestas directamente a las constructoras que promueven el proyecto y no a las sociedades fiduciarias, antes encargados de administrar los recursos para llevar a cabo el proyecto inmobiliario, pues en esta etapa la fiduciaria no podría llegar a tener alguna responsabilidad, debido a que su papel protagónico inicia cuando se perfecciona la voluntad de las partes y empieza la administración de los recursos.

Adicionalmente, como lo establece el tratadista Luis Gonzalo Baena Cárdenas (2017), es en esta etapa cuando la sociedad fiduciaria tiene la obligación de efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto. En ese entendido, la constructora debe informar al futuro fideicomitente quién es la sociedad encargada de administrar los recursos.

3.1.2 Etapa de ejecución o de desarrollo

Como lo estableció el Juzgado séptimo Civil del Circuito de Cali, Valle, en sentencia con radicado n.º 760013103007 2018 00187-01,

En esta etapa, donde se constituye un encargo fiduciario entre el inversionista y la fiduciaria, la responsabilidad de la última y su vinculación con aquel se extingue cuando se verifica por la fiduciaria el cumplimiento por el promotor (que en veces coincide con el constructor) de las condiciones contempladas en el contrato para la realización del desembolso del dinero aportado por los inversionistas vinculados a encargos individuales, entre los cuales se encuentra el punto de equilibrio, así como requisitos técnicos y jurídicos descritos en el respectivo contrato.

Información que, si el fideicomitente la requiere, debe entregársele sin problema alguno y sin pena de incurrir en sanción.

plenamente el área privada, el área construida y el área total. Al respecto dijo la entidad: “la inmobiliaria tiene la carga de la buena fe y transparencia dentro de lo que ofrece al público y la información suministrada debe ser suficiente y veraz, de tal forma que las dudas que surjan en los futuros compradores sean mínimas y no el resultado de la falencia en la que incurrió la inmobiliaria al brindar una información no sólo incompleta sino que falta tajantemente a la verdad, como es la de ofrecer un área correspondiente a una unidad de vivienda, a determinado precio, para posteriormente concretar el negocio con base en la misma suma, pero sobre un área inferior a la ofrecida, resultante de sustraer de la inicial la correspondiente a bienes comunes de uso exclusivo”.

Tal y como lo establece el tratadista Sergio Rodríguez Azuero, el deber de información es una obligación de resultado y no de medio, como lo son las demás obligaciones de las sociedades fiduciarias, pues realmente es una obligación instrumental cuyo indebido incumplimiento conlleva consecuencias graves y no permite que se llegue al resultado esperado, lo que termina resultando engañoso para el cliente.

3.1.3 Etapa de liquidación

Teniendo en cuenta que aquí la obligación principal de la fiduciaria ya ha cesado, no entraría a responder por problemas presentados en esta etapa y, por tal motivo, su vinculación con el proyecto llegaría a su fin por el cumplimiento del objeto. Sin embargo, como lo ha establecido la jurisprudencia, a pesar de que ya ha cesado su responsabilidad directa, la fiduciaria no puede negarse a entregar la información que sea requerida por el fideicomitente en esta etapa.

4. La fiducia inmobiliaria

Este apartado se centra en desarrollar la fiducia inmobiliaria. Aquí se busca delimitar su concepto, alcance y tipos de fiduciarias inmobiliarias existentes. Posteriormente, analizaré la responsabilidad que incumbe a las partes para, finalmente, mediante el desarrollo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, determinar el alcance que otorga la justicia a este negocio jurídico.

4.1 Concepto

La fiducia inmobiliaria, por tratarse de un subtipo de *fiducia mercantil*, posee sus mismas características, las cuales son definidas, a su vez, por el organismo encargado de llevar a cabo el control de estos contratos –hablamos de la Superintendencia Financiera de Colombia–, y encuentra su fundamento normativo en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017).

El mencionado ente define a los negocios fiduciarios como

actos de confianza⁸ en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de

⁸ Respecto a la fiducia inmobiliaria y a los negocios de confianza, es menester mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2008), en cuanto a que “la expresión

los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017)

Teniendo en cuenta esta definición, se pueden resaltar varios elementos, como los siguientes:

- En efecto, como se anunció en líneas anteriores, se trata de un contrato encaminado a generar consecuencias jurídicas de observancia para quienes deciden adoptar esta figura.
- Implica la transferencia de un bien o varios de ellos por parte de quien ostenta la titularidad, en favor de un tercero, con una finalidad específica.
- Se trata de un negocio jurídico en el que prima la confianza, como se indicó previamente y como lo señaló Luis Gonzalo Baena Cárdenas.

La confianza a la que nos estamos refiriendo es la que enuncia el deber del fiduciario de respetar y cumplir su palabra. O, dicho de otro modo, a la posición de peligro que se pone el fideicomitente al otorgar confianza al fiduciario o dejar a su cuidado un bien o una porción de su patrimonio debe corresponder una conducta leal, diligente del fiduciario, que lo fuere a ejecutar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad estipulada a favor del beneficiario. (Baena-Cardenas, 2017, p. 27)

Apuntando específicamente a la fiducia inmobiliaria y a pesar de que, como lo ha catalogado la doctrina, las definiciones dadas han sido vía materia administrativa y no legislativa⁹ (Congreso de la República, Ley 1480, 2011). Como lo ha expresado la Superintendencia Financiera, mediante la Circular

fiducia (fidutia, confianza, 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 (V.M. Trimarchi, voce *Negoziio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, XXVIII, p. 32). Es por esto que en el ordenamiento colombiano el fiduciario debe tener un profesionalismo altamente especializado, pues es la confianza, en la profesión, experiencia y condóminos lo que permite al fiduciante celebrar un negocio fiduciario y utilizar la figura de fiducia inmobiliaria para desarrollar un proyecto de construcción” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, 2009).

⁹ “El legislador ha omitido expedir cualquier regulación específica o particular acerca de la llamada fiducia inmobiliaria, se puede colegir que la celebración de esta especie de negocios fiduciarios debe sujetarse a los criterios generales consagrados en los artículos 1126 y siguientes del código de comercio respecto de la fiducia Mercantil, a las disposiciones legales aplicables de los encargos

Básica Jurídica, la fiducia inmobiliaria se define como aquel negocio fiduciario cuya finalidad es la administración de los bienes y los recursos respecto al proyecto inmobiliario correspondiente o la gestión de los recursos vinculados a la ejecución de dichos proyectos, congruente a lo dispuesto en el contrato (Fiduagraria, 2021).

En concordancia con lo anterior, el mismo ente de control, mediante concepto 23725, de 20 de mayo de 2010, enfatizó que la fiducia inmobiliaria tiene como objeto generar un negocio sobre bienes inmuebles, cuyo alcance puede definirse desde la administración hasta la realización de construcciones, urbanizaciones, condominios, complejos hoteleros, etc. Por lo que

Es decir que en la práctica, además de los esquemas de construcción sobre planos en los que la fiduciaria recibe un lote de terreno y un proyecto inmobiliario, existen otros en los que el objeto consiste no sólo en construir el complejo urbanístico sino también en realizar la venta de las unidades finales, por lo que es posible prever que al negocio fiduciario se vinculen unos terceros interesados en adquirir las respectivas unidades que serán construidas. (Bohórquez, 2015, p. 19)

Así las cosas, en este tipo de fiducia, la inmobiliaria implica que se administren bienes o recursos que se encuentran afectos a un proyecto inmobiliario o, inclusive, relacionados con el desarrollo de un proyecto.

Las partes que intervienen en la celebración de este contrato son: el *fideicomitente*, también llamado *beneficiario*, la *fiduciaria* y el *fideicomisario*. Sobre cada una de ellas pesarán obligaciones que estarán previamente estipuladas en el documento que suscriban, de acuerdo con su objeto, así como de las observancias a los derechos contemplados en la carta política.

La doctrina reconoce tres etapas para el desarrollo de la fiducia inmobiliaria: la etapa previa o preliminar (Baena-Cárdenas, 2009, p. 694), en la cual los fideicomitentes aportan a la fiduciaria los documentos que dan cuenta de la viabilidad del proyecto a través de estudios de títulos de los inmuebles, estudios de mercado, financiación, presupuesto, entre otros. Posteriormente, se encuentra la etapa de ejecución (Medina, Vásquez, 2014), en la que se celebran los contratos de promesa de compraventa y, después, los contratos de compraventa

fiduciarios y a las disposiciones contenidas en el Título Primero de la Ley 1328 de 2009 y en la Ley 1480 de 2011” (Baena-Cárdenas, 2017, p. 33).

a través de escrituras públicas. Por último, encontramos la etapa de liquidación (Hernández et al., 2011), en la cual se presenta la rendición final de cuentas por parte de la fiduciaria y se liquida el patrimonio autónomo, así como los demás contratos a que haya lugar.

Adicional a lo ya mencionado, es importante resaltar que, como lo dice Baena Cardenas (2017),

la fiducia inmobiliaria, se define e identifica por su función económico-social que le reconoce el ordenamiento jurídico, la cual no es otra distinta que la de proteger o salvaguardar de los terceros interesados en adquirir unidades inmuebles de un proyecto de construcción, quienes motivados por la probidad, seriedad y eficiencia de las sociedades fiduciarias se ven obligados a anticipar determinadas cantidades de dinero a cuenta del precio de los derechos sobre unos inmuebles que se van a construir [...], y que precisamente basado en esa función es que se tiene un régimen de protección especial. (p. 23)

4.2 Tipos de fiducia inmobiliaria

Existen diferentes modalidades de fiducias inmobiliarias, conforme lo ha indicado la Superintendencia Financiera (2010), en el numeral 8.2 antes expresado:

- **De administración y pagos:** En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En desarrollo de este negocio, la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

- **De tesorería:** Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.
- **De preventas:** Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto

inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

4.3 *Obligaciones y derechos de las partes*

La conducta de las partes debe estar permeada por la buena fe; es decir, todos los actores involucrados deben honrar las obligaciones adquiridas en el contrato dentro de los preceptos de la buena fe:

La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles [...]. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil, 2007, p. 18)

Entre las obligaciones principales del fiduciario, contempladas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se pueden mencionar las siguientes: 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; hacer seguimiento al uso de los recursos dados para la financiación del proyecto, evitando su desviación; revisar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe 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 (Barón, 2009, pp. 23-36).

A su vez, las figuras gozan de diversos derechos. El fideicomitente, entre otros, posee el derecho de revocar la fiducia cuando se hubiera reservado esa facultad en el acto constitutivo, y así exigir rendición de cuentas. Las fiduciarias, por su parte, se reservan el derecho de recibir remuneración por los servicios prestados

y de requerir la información que necesiten de los demás integrantes del negocio. Y por último, de entre los derechos que amparan a los beneficiarios, se puede mencionar el de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas, pedir la remoción del fiduciario por causa justa, entre otros (Superintendencia Financiera, 2021).

Las potestades mencionadas se hallan contempladas en la ley, más puntualmente en el Código de Comercio. La inobservancia o incumplimiento de todas o alguna de ellas dará lugar a que la parte perjudicada pueda habilitar mecanismos también contemplados en la ley, a fin de que se respeten dichos derechos y se aplique, de corresponder, la sanción pertinente a la parte que incumpla.

4.4 Principales inconvenientes advertidos

Una vez definido el concepto, enumerados los tipos de fiducia y delimitados los deberes y derechos que correspondan a las partes, pasemos a analizar algunos inconvenientes en torno a la cuestión, que pueden derivar en presentaciones ante la justicia por parte de los consumidores financieros.

- **Información insuficiente**¹⁰: se advierte que las empresas, muchas veces en claro abuso de su posición dominante en el mercado, no proporcionan la información suficiente, clara, pormenorizada, como lo dispone la normativa que ya hemos analizado, a los potenciales clientes, quienes, apoyados en la confianza hacia la sociedad, e ilusionados muchas veces por tratarse de la inversión en un proyecto que implica una vivienda a futuro, terminan aceptando el negocio jurídico, obligándose también con cláusulas que, de haber conocido cabalmente, no hubieran aceptado (Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020).

En el reporte de la Superintendencia Financiera, en el año 2020, se presentaron un total de 34 quejas por irregularidades en cumplimiento de

¹⁰ “Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, 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” (Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020, p. 15).

las obligaciones pactadas en torno a los contratos de fiducia, aunque de estas tan solo dos referían a la fiducia inmobiliaria y proyectos de construcción, mientras que otras siete fueron por entrega de información indebida. Esto comprueba que en la realidad es muy común que se presenten problemas en torno a lo ya mencionado y que terminen en una sanción de tipo administrativo interpuesta por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con lo establecido en la normativa del estatuto de protección al consumidor (Superintendencia Financiera de Colombia, 2020).

- **Incumplimiento por parte del constructor:** como ya advertimos, el proyecto se financia a través de la fiduciaria, con los bienes que le son entregados. Sin embargo, la obra en cuestión queda en manos de un constructor, quien, en principio, toma crédito y coloca en garantía los bienes que fueron entregados a la fiduciaria. Pero, muchas veces, con un solo crédito no alcanza y sigue obteniendo créditos que luego le resultan imposibles de cancelar. Así, el banco que otorgó dichos créditos exige el cumplimiento, que va a ser sufragado con el dinero de los aportantes a la fiducia de los remates que aquel inicie. Frente a la fiduciaria, los aportantes no presentan deudas, pero, ante este eventual incumplimiento y división de responsabilidad entre el constructor y la entidad, son claramente la parte perjudicada.
- **Imposibilidad material de concluir el proyecto:** por tratarse de proyectos a largo plazo (la ley en Colombia permite hasta 20 años para la realización del negocio), pueden ocurrir eventos de caso fortuito o fuerza mayor que dificultarían la atribución por culpa o negligencia a la sociedad en cuestión, entorpeciendo, además de la consecución del proyecto, el posterior reclamo ante la justicia.

En principio, en caso de un incumplimiento que le sea imputable exclusivamente al constructor, este tendrá que indemnizar, y el comprador debe acudir a la jurisdicción civil con la finalidad de declarar un incumplimiento de las obligaciones inicialmente pactadas, ya sea por retraso de la obra, por no entrega del inmueble, entre otros, lo que permite que a la luz de los principios de la responsabilidad civil se tenga que demostrar si hay una responsabilidad solidaria entre el constructor, la sociedad fiduciaria y el grado de culpa imputable a ella, pues, si esta 1) realizó diligentemente la gestión que le fue encomendada

(Rengifo-García, 2012) y transfirió los bienes objeto del contrato a su terminación, para lo cual es menester analizar lo dicho por Ernesto Rengifo García:

Si el fiduciario en desarrollo de su gestión entrega bienes a un tercero y estos perecen, y aquel ha obrado con culpa o imprudencia, el detrimento patrimonial recaerá en el fiduciario como titular del patrimonio autónomo y responderá con su propio patrimonio por las pérdidas; si por el contrario, obró de manera diligente, la pérdida del bien deberá sufrirla el fiduciario en calidad de titular del patrimonio autónomo, sin afectar su propio patrimonio. (2012, p. 156)

En ese entendido, es tarea de la jurisdicción civil analizar cada caso en concreto y determinar el grado de responsabilidad, partiendo de que el fiduciario responderá hasta por culpa leve¹¹ (Sentencia Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020), en concordancia con lo establecido en el artículo 1243 del Código de Comercio, régimen aplicable a la fiducia mercantil.

Adicional a lo ya dicho, en aras del deber de información, es deber tanto del constructor como de la sociedad fiduciaria poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

4.5 Pronunciamientos

En esta sección se analiza un laudo arbitral emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá en el que se examina el tratamiento de la responsabilidad atribuible a las sociedades fiduciarias en el giro ordinario de sus negocios. También, se examinan algunos conceptos jurídicos emitidos por la Superintendencia Financiera y la sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, Valle del 29 de julio de 2021, en donde se decide una demanda verbal de responsabilidad civil contractual y se examina el deber de información a la luz de la fiducia inmobiliaria.

Diremos primero que la ley contempla y conceptualiza la atribución de la responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes por parte de las sociedades fiduciarias.

¹¹ Teniendo en cuenta que las obligaciones de las sociedades fiduciarias son catalogadas por la Superintendencia Financiera como obligaciones de medio, sin que esto implique exoneración de responsabilidad por no cumplir con el resultado esperado (Juzgado Séptimo del Circuito de Cali, 2020, p. 16).

Sobre el particular, el Código de Comercio, en su artículo 1243, dispone que “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. En relación con la culpa leve, es necesario advertir que el Código Civil ha señalado que comprende lo siguiente en su artículo 63:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido [...]. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (Código de Comercio, 1971, art. 1243; Código Civil, 1998, art. 63)

De esta forma, se endilga responsabilidad a las sociedades fiduciarias por el inadecuado manejo del negocio jurídico celebrado con el fiduciante o fideicomitente. Ahora bien, en materia de responsabilidad atribuible al fiduciario, por su relevancia se destacan los fallos que a continuación se esbozan:

En laudo arbitral de Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust –antes Sociedad Fiduciaria Anglo–, de 20 de febrero de 2003, dispuso que a la fiduciaria que actúa como profesional se le hace exigible cierto grado de diligencia, cuidados y hasta incluso cierta previsibilidad, utilizando como referencia un modelo abstracto comparable en los hechos, “para deducir sí estuvo a la altura, o no, de lo que usualmente se esperaría de una entidad Fiduciaria –el patrón de conducta previsto por la Ley 222 de 1995, vale decir, el del comportamiento de un buen hombre de negocios–”.

Respecto a lo cual se tiene en consideración un deber de conducta, basado en un cierto grado de acatamiento de dicha actitud de cuidado en la realización de las actividades, siendo el “deber de aplicar el mismo cuidado y diligencia, en los asuntos inherentes al fideicomiso, que una persona competente dedicaría a sus propios intereses” (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003). Por ello, el Tribunal ha de evocar aquella imagen de quien debe estar atento a los acontecimientos, las expectativas que requiere dicha posición y las exigencias de desempeño correspondiente. Todo ello a fin de desarrollar la aplicación correspondiente a las disciplinas respectivas del buen orden en la gestión y administración, conservación de registros y documentos, cumpliendo las obligaciones del fideicomiso, así como rindiendo cuentas.

En la perspectiva de su accionar, el fiduciario encuentra una guía señalada por la estructura misma del fideicomiso en el cual interviene, es así

que resulta imperativo que se evalúen los hechos realizados por dicho Fiduciario en el contexto en el cual se ubicaba en los momentos en los cuales se presenta la secuencia de hechos por los cuales se le endilga responsabilidad, con el simple objeto de verificar si el Fiduciario realmente obró como lo habría hecho cualquier hombre de empresa, esto es, con la debida diligencia y dentro de singulares criterios o requisitos de prudencia. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Posteriormente, en este fallo, se ahonda en materia de responsabilidad, al expresar que la doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados criterios por evaluar respecto a la profesionalidad que ha de desempeñar la entidad, basándose en

Primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Por ello, la profesionalidad se va a determinar respecto al dominio que ha de tener la compañía fiduciaria sobre los riesgos que traen aparejados los productos o servicios, buscando de dicha manera, en efecto, evitar la generación de daños y perjuicios.

De acuerdo con lo que en el laudo se referencian los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, señalando la responsabilidad civil de aquellos profesionales que generen daños en ocasión del desarrollo de sus actividades. Lo cual [...]

no implica solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está sujeto a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional, de donde concluye que la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro, y puntualiza que la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde

la negligencia hasta el acto doloso. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Se ha previsto que la responsabilidad resultante de la actividad de los profesionales es puramente de naturaleza contractual, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato. Resulta menester observar que existe asimismo la responsabilidad extracontractual, con base en aquellos daños ocasionados a terceros que no son parte de la relación negocial pero se ven perjudicados por la ejecución de dichos servicios. Por lo tanto, se ha de generar responsabilidad por la acción u omisión que realice el profesional en su actividad.

Por otra parte, la Superintendencia Financiera ha venido reiterando, mediante el concepto 2003018295-1, 23 de mayo de 2003, que:

Así las cosas, resulta claro que la fiduciaria está obligada a actuar en forma diligente y prudente buscando siempre cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo, siendo preciso para alcanzar dicho objetivo el observar los deberes indelegables que le imponen tanto la ley como el contrato fiduciario, gestión que debe corresponder a la requerida a todo profesional con ocasión de la administración de negocios ajenos respondiendo hasta de la culpa leve en el cumplimiento de la misma, según lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio. (Código de Comercio, 1998)

En el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil de Cali, Valle del Cauca, se hace un análisis del deber de información a cargo de las sociedades fiduciarias, en cada una de las etapas del negocio, a la luz de determinar la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de actuar debida diligencia en el cumplimiento del objeto contractual, para lo cual tiene en su consideración lo establecido en los artículos 1602 a 1617 del Código de Comercio, para determinar el grado de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de un contrato, y mencionando que para que exista una real responsabilidad contractual se requiere:

i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación

que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)» (Corte Suprema de Justicia, SC380, 2018).

Sin embargo, en cuanto a lo que tiene que ver con la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, es claro en establecer el artículo 1243 del Código de Comercio que “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” y que esta cesará su responsabilidad.

Cuando se verifica por la fiduciaria el cumplimiento por el promotor (que en veces coincide con el constructor) de las condiciones contempladas en el contrato para la realización del desembolso del dinero aportado por los inversionistas vinculados a encargos individuales, entre los cuales se encuentra el punto de equilibrio, así como requisitos técnicos y jurídicos descritos en el respectivo contrato. (Sentencia el juzgado Séptimo Civil de Cali, Valle del Cauca, p. 14)

Posteriormente hace un análisis de las obligaciones y los deberes del fiduciario, en donde menciona el deber de información y deja en claro que el fideicomitente o cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual durante la ejecución, e incluso hasta su liquidación; y que su incumplimiento conlleva responsabilidad.

Con este fallo se deja precedente que el incumplimiento de obligaciones por parte de las sociedades fiduciarias sí da lugar a una responsabilidad, amparada bajo el régimen aplicable a las obligaciones de medio; sin embargo, tratándose del deber de información, el demostrar la simplemente diligencia no es casual para eximirse de responsabilidad y, pues, como lo ha dicho la jurisprudencia, esta es una de las pocas obligaciones de estos entes que no puede considerarse de medio, sino que por su naturaleza misma debe ser considerada como una obligación de resultado.

De los anteriores pronunciamientos, merecen destacarse los siguientes aspectos:

- Las sociedades fiduciarias, sin importar el tipo de negocio fiduciario que desarrollen, responden por culpa leve, en los términos arriba expresados.

Aquí es importante resaltar que se trata de una responsabilidad amplia, es decir, no distingue si se trata de responsabilidad proveniente por un inadecuado suministro de información o en general.

- El negocio fiduciario, desarrollado por las sociedades fiduciarias, parte de la presunción de que ostentan la calidad de profesionales, es decir, poseen un conocimiento profundo acerca de la operatividad de los productos y servicios financieros que ofrece.
- Al ser las sociedades fiduciarias profesionales expertas en el quehacer de sus negocios, como se expresó en el laudo arbitral analizado, le es exigible que cuenten con una capacidad y competencia especial.
- Este tipo de entidades financieras deben actuar con una diligencia debida, en beneficio del vínculo que buscan construir con un potencial cliente o consolidar el ya existente.

5. Conclusión

A modo de conclusión y para cerrar este escrito, se puede advertir sobre la importancia que revisten las sociedades fiduciarias, tanto por las atribuciones que poseen como ente que administra patrimonios autónomos como por la magnitud muchas veces de los proyectos que tiene a cargo.

Así, sin distinguir el tipo de contrato de fiducia en particular de que se trate, deben en general poseer los medios idóneos y necesarios que garanticen que su clientela reciba la información correspondiente respecto a los productos y servicios financieros en los cuales se encuentran interesados en contratar.

Asimismo, ha quedado probado que al fiduciante le son atribuibles una serie de cargas y obligaciones por la inobservancia en su actuar. Aquí, ya que en muchas ocasiones es clara la desventaja en la relación contractual en la que se encuentra el consumidor, sería importante dotarlo de mayores herramientas o mecanismos idóneos para cuando el suministro de información no sea claro u oportuno, además de los ya existentes a nivel legal e inclusive jurisprudencial.

Respecto de las sociedades fiduciarias, más allá de que deban adoptar regulaciones adicionales a las que ya pesan sobre ellas por parte del Estado, deberían propender a la autorregulación y control en el cumplimiento de sus deberes, junto con las obligaciones en beneficio del giro ordinario de sus negocios, para así consolidar y afianzar la característica primordial del contrato de fiducia:

la confianza sustentada en pilares más fuertes, como son los preceptos de lealtad y buena fe contractual.

De esta manera, si bien concordamos con la amplia protección que recibe el consumidor financiero por parte de los entes encargados de controlar a las entidades, nos parece importante que también se considere que el desarrollo de este tipo de proyectos beneficia a la economía del país, y resulta una herramienta atractiva a la hora de invertir, y que, debido a las múltiples vicisitudes que pueden presentarse por tratarse en muchos supuestos de proyectos a largo plazo, puedan ir armonizando tanto la legislación como la jurisprudencia y doctrina, propendiendo a mantener el equilibrio entre las partes.

Para cada caso en concreto que pueda presentarse por incumplimiento de obligaciones, y que deba discutirse en la justicia, se debe tratar de arribar a soluciones que permitan que ambas partes resulten beneficiadas de la relación jurídica que han celebrado. Siempre respetando el sentido que inspiró a dicha relación, así como la legislación vigente y los preceptos emanados de nuestra Constitución.

Sin embargo, es claro, las sociedades fiduciarias en Colombia sí deben responder ante terceros por la inobservancia de sus deberes legales, incluido el de suministrar información.

Referencias

- ANDI. (2013). *Fiducias: La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios*. <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>
- Baena-Cárdenas, L. G. B. (2017). *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*. Universidad Externado de Colombia.
- Barón, C. (2009). La información, deber de la fiducia en los proyectos de construcción. *Inventum*, 14(27), 23-36.
- Bohórquez, L. (2015). *El contrato fiduciario inmobiliario: un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa* (Tesis de grado). Universidad Católica de Colombia.

Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (EMA) vs. Lloyds Trust. (2003). Cámara de Comercio de Bogotá. https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21559/459_V_MONOMEROS_COLOMBO_VENEZOLANOS_vs._LLOYDS_TRUST_20_02_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cáceres, 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*, (52), 1-34.

Código Civil de Colombia. (27 de julio de 1998).

Código de Comercio de Colombia. (13 de Julio de 1971).

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

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Ley 1480. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (28 de octubre de 1983). Sentencia C-488/93 [M. P. Vladimiro Naranjo].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de marzo de 2004). Sentencia T-300/04 [M. P. Eduardo Montealegre].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (9 de agosto de 2007). Ref: Cas. 08001 31 03 004 2000 00254 01 [M. P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (30 de diciembre de 2008) Ref: 11001-3103-036-1999-01458-01 [M.P. William Namen Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de Julio de 2009). Ref: 11001-3103-039-2000-00310-01 [M. P. William Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de noviembre de 2011). Ref: Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01 [M. P. Ruth Marina Díaz Rueda].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2018). Rad. 2005-00368-01 [M. P. Aroldo Wilson Quiroz].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2020). Ref: Exp. 05001-31-03-014-2015-00222-01 [M. P. Luis Alonso Rico Puerta].
- Fiduagraria. (2021). *Fiducia inmobiliaria*. <https://www.fiduagraria.gov.co/fiducia-inmobiliaria.html>
- Hernández Limongi, M. P., Meza Rivero, M. E. y Penen Lastra, M. (2011). *Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia*. Legis Editores.
- Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali. (29 de julio del 2020). Proceso: Verbal – Responsabilidad Civil Contractual 760013103007 2018 00187-01; M.P. Sociedad Maquite S.A. Sentencia No. 56.
- Presidencia de la República. (25 de noviembre de 2005). Decreto 4327 del 2005. Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.
- Rengifo García, E. (2012). *La fiducia mercantil y pública*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia. (2014). Circular Básica Jurídica 029. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce---/parte-ii-mercado-intermediado-10083480>
- Rodríguez Azuero, S. (1997). *La Responsabilidad del Fiduciario*. Ediciones Rosaristas.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina*. Editorial Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *icade. Revista de la Facultad de Derecho*, (70), 7-55.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina* (6.^a ed.). Legis Editores.
- Rodríguez Izquierdo, L. S. (2011). *Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿responsabilidad compartida?* [Tesis de doctorado]. Universidad de la Sabana.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2003). Concepto 2003018295-1. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicacio>

nes&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18884&dPrint=1

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010). Concepto 2010023725. <https://studylib.es/doc/556305/2010023725---superintendencia-financiera-de-colombia>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2020). Quejas contra entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/consumidor-financiero/informacion-general/quejas-contras-entidades-vigiladas/quejas-contras-entidades-vigiladas-por-la-superintendencia-financiera-de-colombia-20650>

Tovar Llanos, M. J. (2020). *Responsabilidad de la fiducia inmobiliaria en Colombia frente al consumidor* (Tesis doctoral). Universidad Santiago de Cali.

Vásquez Torres, J. A. y Medina Vanegas, L. M. (2014). Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios.

Villalba Cuellar, J. C. (2017). La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (32), 279-313.