

OBLIGACIONES DE RESULTADO A LAS FIDUCIARIAS EN LA EN EL PROYECTO DE CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA.

**OBLIGACIONES DE RESULTADO A LAS FIDUCIARIAS EN LA EN EL
PROYECTO DE CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE
LA FIDUCIA INMOBILIARIA.**

Laura Ossa Hoyos

Universidad Pontificia Bolivariana

NOTA DEL AUTOR

Estudiante de Derecho.

Artículo desarrollado como trabajo de grado en el marco de la practica corporativa,
asesorado por el doctor Néstor Raúl Londoño S.

Más información sobre este artículo la puede solicitar en: lauraossahoyos@gmail.com

Resumen

El proyecto de Circular Básica Jurídica que actualmente se debate en Colombia impone a las sociedades fiduciarias algunas obligaciones en el desarrollo de la administración y gestión de los negocios fiduciarios de carácter inmobiliarios, que pueden generar para estas obligaciones de resultado. La fiduciaria como gestora y administradora de recursos cumple obligaciones de medio y no de resultado, en cabeza de quien está el deber de garantizar que el proyecto llegue a término es el Fideicomitente constructor y/o gerente.

Palabras claves

Fiducia, Fideicomitente, Fiduciaria, Bienes Fideicomitidos, Fideicomiso, Fideicomiso Inmobiliario, obligaciones de resultado.

Introducción.

El negocio Fiduciario en Colombia ha tenido un crecimiento constante y notorio, desarrollando un papel preponderante en el mundo jurídico y comercial contemporáneo, debido a su flexibilidad existen numerosas operaciones mercantiles y civiles que se pueden realizar a través de este negocio, gracias a la confianza que generan las Fiduciarias y la estructura jurídica del contrato como tal su aplicación se ha popularizado y extendido a lo largo de los años, respondiendo su utilización a diferentes necesidades de los empresarios, caracterizado fundamentalmente por la seguridad y la confianza.

Esa característica de adaptabilidad del mercado fiduciario en Colombia mencionado en el párrafo anterior, ha permitido que se desarrollen diferentes productos fiduciario en virtud de los cuales se pueden estructurar tantos negocios como la mente del ser humano sea capaz de crear, teniendo únicamente como límite la ley y las buenas costumbres. Hoy en día los productos fiduciarios van más allá de los fondos comunes de inversión, creándose nuevos esquemas de productos como son: el Encargo Fiduciario, la Fiducia Mercantil y la Fiducia pública.

Debido a la dinámica del mercado inmobiliario y fiduciario en Colombia, la administración de recursos para proyectos inmobiliarios (Fiducia Inmobiliaria) es uno de los negocios de mayor crecimiento en la actividad fiduciaria, razón por la cual la intervención de las fiduciarias en los proyectos inmobiliarios se ha venido incrementando con el paso del tiempo, situación que permite generar confianza entre las diferentes agentes del mercado, trasladando la administración de recursos y bienes relacionado a un proyecto inmobiliario de las Constructoras a una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera,

como son las sociedades fiduciarias, fenómeno que permite la mitigación de los riesgos asociados a la construcción.

Es así, como el fortalecimiento de la fiducia en el desarrollo de la actividad inmobiliaria ha permitido un avance en la modernización del sector constructor, permitiendo gestionar de forma eficiente los riesgos que genera esta actividad.

De acuerdo a información de la Superintendencia Financiera el crecimiento en la fiducia inmobiliaria ha sido de un 34%, incrementando a \$33 billones los activos administrados en esta categoría, lo cual representa el 10% de los activos de la actividad fiduciaria, cifras que demuestran la confianza y seguridad que el negocio fiduciario le imprime a la construcción.

Igualmente, los empresarios del sector están optimistas en cuanto al crecimiento del negocio fiduciario y, especialmente creen que se encuentran dadas las condiciones para que la fiducia inmobiliaria en Colombia siga creciendo, debido al gran impulso que el Estado está dando con programas como las viviendas gratis y la necesidad de administrar recursos paralelos a 4G, provenientes de las Alianzas Público Privadas (APP).

Este artículo surge como respuesta a algunos interrogantes y problemas hallados en el desarrollo de la práctica corporativa en el sector fiduciario, relacionados básicamente con las obligaciones que las fiduciarias deben asumir en la administración de la fiducia inmobiliaria.

El propósito de Este es ampliar los conceptos e ideas sobre la estructura del negocio fiduciario en Colombia, y analizar las obligaciones de las sociedades Fiduciarias en el

OBLIGACIONES DE RESULTADO A LAS FIDUCIARIAS EN LA EN EL PROYECTO DE CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA.

desarrollo de la fiducia inmobiliaria, a través del estudio de los diferentes doctrinantes que han abordado el tema, de la Circula Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los laudos arbitrales, sin embargo, el punto central de este estudio es tratar de determinar si las obligaciones consagradas en el proyecto de Circular Básica Jurídica que actualmente se está debatiendo le impone una responsabilidad excesiva a las sociedades fiduciarias.

Se pretende dejar claro que alguna de las obligaciones consagradas en el proyecto de Circular Básica Jurídica le impone al fiduciario una carga superior a la que este según su profesionalismo puede asumir, en razón a que en el fondo le están imponiendo el deber garantizar un resultado, frente al cual este no tiene la capacidad ni la experticia para hacerlo.

El negocio fiduciario.

El contrato de Fiducia.

El contrato de fiducia es un negocio jurídico de confianza en virtud del cual una persona llamada fideicomitente entrega uno o más bienes y/o derechos a otro llamado Fiduciario, transfiriéndole o no la propiedad, para que este los administre y enajene según las instrucciones entregadas por el constituyente y cumpla con ellos una finalidad, así mismo, una vez finalizado el encargo encomendado La fiduciaria está obligada a restituir los bienes al Beneficiario.

Si los bienes dados en fideicomiso implica la transferencia plena de la propiedad estamos en presencia de la fiducia mercantil, regulada en el código de comercio a partir del artículo 1226 y siguientes, ahora si no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se configura el encargo fiduciario, en el cual también se persigue el cumplimiento de una finalidad en beneficio del fiduciante o de un tercero designado por el constituyente en el acto de constitución. (Ruiz Gutiérrez, 2013, pág. 03).

La persona que transfiere los bienes y/o derechos y realiza el encargo se llama Fiduciante o Fideicomitente, quién recibe los mismos es la Fiduciaria y en beneficio de quien se lleva a cabo el encargo se llama beneficiario. (Arrubla Paucar , 2013, pág. 124)

En Colombia el contrato de fiducia mercantil se encuentra regulado en el Código de comercio y este brinda una definición general:

Art. 1226. La fiducia mercantil en un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciario y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de Fiduciarios.

De lo anterior no nos queda duda que la Fiduciaria aunque ostenta la titularidad de los bienes transferidos su actuación es limitada, careciendo de facultades dispositivas, salvo aquellas necesarias para llevar a cabo la finalidad encomendada, y que según Sergio Rodríguez Azuero en su obra *Negocios fiduciarios* en caso de duda o de silencio del contrato, deberá entenderse que tiene tantas facultades como sean necesarias para obtener la finalidad (Azuero, 2005, pág. 182).

Es importante traer a colación la definición brindada por la Superintendencia Financiera de Colombia, órgano encargado del control y vigilancia de las sociedades que prestan servicios financieros.

Los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de una tercero.

Incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, pág. 241).

De lo anterior se puede concluir que el Fideicomitente al celebrar un contrato de fiducia con el Fiduciario lo realiza con el objetivo de que este último ponga todo su profesionalismo y conocimientos técnicos en pro de alcanzar la finalidad encomendada, generando una confianza que obliga a la fiduciaria a actuar con ubérrima buena fe.

Características del Negocio Fiduciario.

La Confianza.

La confianza es la base fundamental del negocio fiduciario, por el profesionalismo, diligencia que supone la actividad fiduciaria y esa gran confianza que generan las entidades financieras, el Fideicomitente entrega un encargo a la fiduciaria con una serie de prerrogativas y facultades, lo cual obliga a las fiduciarias a actuar con la mayor diligencia y cuidado.

En relación a la confianza y su reconocimiento como elemento esencial del negocio fiduciario, el Laudo Arbitral proferido en la controversia entre Molino Eduardo Molinari Placin & Cía. S. en C. (convocante) y Fiduciaria Fes S.A. (convocada), se estableció:

La confianza representa para las partes que la sociedad fiduciaria tiene la capacidad, el oficio, la ciencia, el arte y el conocimiento profesional suficientes como para obrar con toda diligencia y probidad en el desarrollo del negocio

fiduciario, lo cual resulta importante en el momento de medir el grado de responsabilidad de la parte convocada en el presente asunto (Laudo Arbitral Molinari Placin & Cía. S. en C. y Fiduciaria Fes S.A., 2004).

Un Gestor Profesional.

En el desarrollo del negocio jurídico fiduciario la Fiduciaria debe realizar el encargo encomendado con la mayor diligencia, cuidado y previsión posible, así, por la trascendental importancia y confianza que rodea este negocio y el riesgo que genera el desarrollo del mismo, el ordenamiento jurídico Colombiano ha reservado esta labor a entidades especializadas, especialidad que se basa en el amplio conocimiento y experiencia profesional que tiene en el desarrollo de esta actividad. El Código de Comercio en su artículo 1226 señala que sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias se les han permitido desarrollar negocios fiduciarios, toda vez que el fiduciario es un gestor profesional de intereses ajenos.

Es así como las sociedades fiduciarias participan en el negocio con la finalidad de promover la confianza entre las partes, al realizar con profesionalismo y transparencia el encargo encomendado en el contrato.

Entrega o transferencia de bienes y/o derechos.

Una de las características más importantes del negocio fiduciario es la transferencia de bienes y/o derechos, de lo cual se colige que el contrato de fiducia necesariamente conlleva a la pérdida de la calidad de propietario al fideicomitente respecto de los bienes y/o derechos fideicomisitos y, la adquisición de dicha calidad por parte de la fiduciaria, sin

embargo, esa propiedad que llega a ostentar la fiduciaria es limitada por la conformación de un patrimonio autónomo, por la finalidad a que esté sujeto y, la imposibilidad de adquirir de manera definitiva el dominio según lo dispuesto por el artículo 1244 del código.

El negocio no es entonces, de obligación de hacer transferencia de los bienes, sino de la transferencia misma y, como contrato real que es, el negocio requiere para su perfeccionamiento y cumplimiento de la finalidad, que el fideicomitente realice la tradición de los bienes cuando se trata de fiducia mercantil o le haga entrega de los mismo, cuando se constituye un encargo fiduciario.

Constitución de un patrimonio autónomo.

Los bienes fideicomitados conforman un patrimonio autónomo, distinto que no hace parte del patrimonio de la fiduciaria, cuya única finalidad es el cumplimiento del encargo encomendado, de forma tal que no se confundan con los bienes del fiduciario ni con los de otros patrimonios autónomos administrados por este último.

Con relación a este específico tema, la Superintendencia Financiera de Colombia, ha precisado que:

Los patrimonios autónomos constituidos, conformados o nacidos a la vida jurídica como consecuencia de la celebración de contratos de fiducia mercantil se radican todos los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados del acto constitutivo y, en este orden de ideas, el fiduciario es una administrador del patrimonio autónomo y cuando actúa lo hace como tal, independientemente de que

se considere que actúa como representante o por cuenta del fideicomiso. (Superintendencia Financiera, 2006).

El ordenamiento jurídico Colombiano no le reconoce personería jurídica al patrimonio autónomo que en virtud del *trust* se constituye, a pesar de ello, se le ha reconocido como sujeto de derechos, capaz, de adquirir derecho y obligaciones tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, permitiendo que concurra como demandado o demandante en controversias judiciales.

Una finalidad que cumplir.

El negocio fiduciario se celebra en la medida en que exista una finalidad para cumplir, determinando el comportamiento que debe tener la fiduciaria en el desarrollo del encargo encomendado.

La finalidad debe quedar establecida en el contrato de fiducia de forma clara y precisa, y las obligaciones, derechos, facultades y atribuciones del Fideicomitente y de la Fiduciaria están orientadas a que la finalidad se cumpla.

Tipos de fiducia.

La fiducia al ser un negocio jurídico que se caracteriza por su confiabilidad, versatilidad, rentabilidad y seguridad, permite que sea utilizada para llevar a cabo un sin número de finalidades, generando así el surgimiento a la vida jurídica de diversos negocios fiduciarios, sin embargo, en este artículo se tendrán a consideración los cuatro negocios fiduciarios más usados en la actividad comercial, que son: de garantía, de administración, de inversión e inmobiliaria.

Fiducia De Garantía.

El contrato de fiducia se utiliza como garantía, cuando el deudor transfiere irrevocablemente a la fiduciaria la propiedad de bienes muebles o inmuebles, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del Fideicomitente o de un tercero, a favor de uno o varios acreedores y que, en el evento de resultar impaga la obligación, la fiduciaria proceda a realizar la garantía conforme a lo establecido en el acto constitutivo, bien mediante la venta del bien o remate, previo avalúo y, con el producto de la misma proceda al pago de la obligaciones contraídas, ya mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada.

Fiducia De Administración.

En virtud de este negocio fiduciario el Fideicomitente le entrega bienes al fiduciario, transfiriéndole o no la propiedad, para que este ultimo los administre y desarrolle el encargo encomendado, destinando los bienes fideicomitados y sus rendimientos a la finalidad encomendada. Existen diferentes modalidades de la fiducia de administración entre ellas: i) administración y pagos, ii) administración de cartera, iii) administración de procesos concursales, entre otros.

Fiducia De Inversión.

La fiducia de inversión es el negocio fiduciario, cuya finalidad principal consiste en un encargo fiduciario encomendado por el fiduciante para que el fiduciario invierta y coloque a cualquier título sumas de dineros, conforme a las instrucciones irrevocables del constituyente.

El desarrollo de esta actividad se puede realizar a través de encargos fiduciarios o mediante contratos de fiducia mercantil, figuras que se diferencian esencialmente en que en mientras en la primera no hay transferencia de los bienes fideicomitidos y la titularidad de las inversiones permanecen en cabeza del Encargante, en la segunda necesariamente se da una transferencia irrevocable de los bienes fideicomitidos y se constituye con ellos un patrimonio autónomo.

Fiducia Inmobiliaria.

Es el negocio fiduciario en virtud de cual el Fideicomitente transfiere uno o más bienes afectos a un proyecto inmobiliario a la Fiduciaria, con la finalidad de que esta última administre los recursos y bienes asociados al desarrollo y ejecución del proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato de fiducia.

Las partes que conforman la estructura de la fiducia inmobiliaria son el Fideicomitente que puede ser el constructor o el promotor del proyecto, la sociedad fiduciaria, y el Inversionista que es la persona que se vincula con la finalidad de adquirir una o varias unidades en el proyecto.

La Fiducia inmobiliaria tiene dos modalidades a saber:

- De Administración y Pagos: en virtud de este negocio fiduciario el Fideicomitente transfiere un bien inmueble, mueble y recursos a la sociedad fiduciaria con la finalidad de que esta administre el proyecto inmobiliario y permita el desarrollo del mismo por cuenta y riesgo del Fideicomitente y, transfiera conjuntamente con el constituyente las unidades construidas a los beneficiarios.

La fiducia inmobiliaria de administración y pagos cuenta con tres etapas que son: i) Etapa preliminar o período Pre-operativo, ii) Etapa de desarrollo o período operativo, iii) etapa de liquidación.

- De Preventas: es el negocio fiduciario que tiene como finalidad que la Fiduciaria realice el recaudo de los dineros de los inversionistas interesados en adquirir una unidad en el proyecto, dineros que son administrados e invertidos mientras el constructor cumpla las condiciones de entrega de los recursos.

Obligaciones de la fiduciaria.

Las sociedades fiduciarias en ejercicio del negocio fiduciario adquieren principalmente obligaciones de medio y no de resultado, comprometiéndose a actuar de forma prudente y diligente en procura de lograr el fin previsto en el acto constitutivo, mas sin asumir la carga de garantizar que tal resultado se dará, respondiendo únicamente hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

El ordenamiento jurídico Colombiano dispone en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 29 como prohibición general que “los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley” (Presidente de La república, 1993).

En el fondo las obligaciones de la fiduciaria se soportan según el autor Sergio Rodríguez Azuero (2005), en principios tradicionales de buena fe, prudencia y de protección del resultado esperado.

Frente a este tema La justicia Arbitral se ha pronunciado y ha afirmado que:

Se ha reconocido que ciertos profesionales, y en particular las compañías fiduciarias, junto a las obligaciones de medio, que son las preponderantes, también pueden contraer obligaciones de resultado. Respecto de lo cual, la doctrina ha precisado que, por ejemplo, la prohibición general establecida en el numeral 3° del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tiene un alcance excesivo, pues según el contenido de las prestaciones, en un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de medio y de resultado. Es así como se explica que las obligaciones principales o de gestión —tales como la administración de los bienes, la adecuada inversión de valores y la obtención del mayor rendimiento, por ejemplo— son obligaciones de medio, mientras que otras prestaciones, consideradas como instrumentales y complementarias—verbigracia la separación patrimonial, o la rendición de cuentas— son obligaciones de resultado” (Laudo Arbitral Monómeros Colombo Venezolanos S.A contra Lloyds Trust S.A, 2003).

De acuerdo a lo anterior se concluye que existen obligaciones instrumentales que son de resultado, como la de rendir cuentas de su labor, la de informar, la de mantener los bienes fideicomitidos separados de los suyos.

Ahora bien, en los contratos de fiducia se establece claramente cuáles son las obligaciones tanto de la fiduciaria como las del fideicomitente, y conforme a ello, quienes tienen como tal la obligación de resultado en este tipo de contratos son los Fideicomitentes, quienes son los encargados de realizar las actuaciones más relevantes para que llevar a término la finalidad.

Obligaciones generales de la fiduciaria.

En el ejercicio de la gestión y administración de los negocios fiduciarios, las sociedades fiduciarias tienen unas obligaciones generales que deben cumplir, tales como:

El deber de cuidado y pericia

Según El Ordenamiento jurídico Colombiano en su artículo 1234 del Código de Comercio las Sociedades Fiduciarias en el desarrollo de su actividad deben emplear el cuidado y la pericia que emplea ordinariamente “el buen hombre de negocios” en sus negocios propios, respondiendo hasta la culpa leve.

La obligación de representación.

Según el Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar en su obra “Contratos Mercantiles-Contratos Contemporáneos” el negocio fiduciario un negocio representativo y como tal las fiduciarias deben actuar en representación del patrimonio autónomo, informándole siempre a los terceros tal calidad.

Obligación de transferencia de los bienes objeto del contrato a su terminación.

La Fiduciaria está en la obligación de restituir los bienes fideicomitidos, junto con sus rendimientos a la persona señalada en el acto constitutivo una vez se dé por terminado el Contrato.

Deber de información

En el desarrollo del negocio fiduciario la Fiduciaria tiene la obligación de brindar al Fideicomitente o Beneficiario cuando estos lo requieran información relacionada con la administración de la Fiducia.

Deber de llevar y rendir cuentas.

Las fiduciarias semestralmente tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios o fideicomitentes, rendición que debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo y contable del patrimonio autónomo.

Deber de lealtad y buena fe.

La Conducta que las sociedades fiduciarias deben **adoptar** en el desarrollo y administración de los negocios fiduciarios “(...) suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Obligaciones Especiales de la Fiduciaria en la administración de la Fiducia

Inmobiliaria en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera.

La Circula básica jurídica de la Superintendencia Financiera consagra como obligaciones de las sociedades fiduciarias en la gestión y administración de la fiducia inmobiliaria, a saber:

- Brindar la información adecuada y oportuna a los terceros y usuarios acerca del alcance y efectos que si participación tiene en el proyecto inmobiliario.

OBLIGACIONES DE RESULTADO A LAS FIDUCIARIAS EN LA EN EL PROYECTO DE CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA.

- Realizar los análisis de riesgo que cada proyecto pueda conllevar.
- 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.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que el constructor promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera.
- Divulgar oportunamente al público y a sus posibles clientes el alcance y efectos que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades.
- Realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto.

- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra, se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

1. Obligaciones de la fiduciaria en el proyecto de Circular Básica Jurídica.

Actualmente se está debatiendo un proyecto de Circular Básica Jurídica para modificar temas relacionados con el manejo y administración de la fiducia inmobiliaria, aunque los cambios propuestos en el mencionado proyecto no son muchos, esto ha permitido que las Sociedades Fiduciarias se cuestionen acerca de algunas cargas que actualmente la Superintendencia Financiera les impone en la gestión y administración de los negocios fiduciarios de carácter inmobiliarios, obligaciones que en el fondo convierte a la fiduciaria en un garante de un resultado que en la práctica es difícil de prever el éxito o no del mismo, En este capítulo se va a analizar varias de las obligaciones que se pueden tornar en una responsabilidad superior a la que en la práctica pueden adquirir las fiduciarias.

La premisa de la que se parte para afirmar que alguna de las obligaciones otorgadas a la fiduciaria, desbordan el límite de la responsabilidad a la que estas se pueden comprometer es, que el fiduciario es una sociedad que proporciona la negociación y adquisición de un inmueble resultante de un proyecto inmobiliario pero, no es él el garante del éxito de este, en razón a que la construcción inmobiliaria de cualquier naturaleza escapa de su objeto social exclusivo y excluyente.

Basta simplemente con dirigirnos al contrato en virtud del cual se constituye el patrimonio autónomo inmobiliario para darnos cuenta que dentro de las obligaciones de la

fiduciaria no se encuentra consagrada el desarrollo del proyecto ni mucho menos el deber de garantizar su éxito, estas obligaciones se encuentra dentro de los deberes que el fideicomitente como constructor o gerente del proyecto debe realizar, pues como bien se establece en los contratos de administración inmobiliaria el proyecto inmobiliario se desarrolla por cuenta y riesgo del Fideicomitente y con plena autonomía técnica y financiera de este.

De acuerdo con lo anterior, es el fideicomitente constructor o gerente del proyecto quien a la luz del contrato y la regulación nacional tiene la obligación de velar para que este llegue a término.

Alguna de las obligaciones consagradas en el proyecto de circular básica jurídica se pueden considerar desmedidas, que en el fondo le está imponiendo a las fiduciarias la responsabilidad de garantizar un resultado, aspecto que contradice lo reiterado una y otra vez por la doctrina, la jurisprudencia y las entidades de control y vigilancia, que las obligaciones principales de la fiduciaria son de medio y no de resultado.

Con respecto a este asunto la Superintendencia Financiera de Colombia en el años 2005 manifestó a través de conceptos que las obligaciones de las sociedades fiduciarias en la gestión y administración de los negocios fiduciarios son obligaciones de medio, fundamentado en el numeral 3° del artículo 29 del Estatuto Orgánico Financiero, que le prohíbe a las fiduciarias asumir obligaciones de resultado.

De esta forma se procederá a responder interrogantes que nos ayuden a determinar si la fiduciaria debe o no asumir alguna de las cargas impuestas por la Superintendencia Financiera:

¿Es la fiduciaria la responsable de garantizar las condiciones técnicas, financieras y jurídicas del proyecto para que este llegue a término, o la Superintendencia Financiera al consagrar esta obligación está imponiéndole cargas excesivas?

Como se ha dicho a lo largo de este artículo, las funciones de la Fiduciaria en el desarrollo de los negocios fiduciarios se circunscriben exclusivamente a actividades de administración, velando por el recaudo y gestión de recursos, de bienes muebles e inmuebles, para cumplir con ellos las instrucciones dadas en el acto constitutivo. En el caso concreto de fiducia inmobiliaria, ella no es la encargada de la ejecución y desarrollo de la construcción, ni mucho menos del éxito del proyecto inmobiliario, esta obligación se encuentra en cabeza del fideicomitente constructor o gerente del proyecto, quien desarrolla este por su cuenta y riesgo. En este tipo de fiducia ella vela por el cumplimiento de las obligaciones del Fideicomitente constructor, cumple instrucciones que este le dé, y realiza controles para evitar la desviación de recursos, reduciendo y minimizando los riesgos asociados a la construcción. Sin embargo, ella no está en la capacidad para asegurar y garantizar que el proyecto llegue a término, en razón a que no tiene la experticia que se requiere para determinar cuándo las condiciones técnicas y financieras de un proyecto están dadas.

Si nos dirigimos al acto constitutivo podemos darnos cuenta que en este se establece claramente las condiciones bajo las cuales la fiduciaria desarrollará su gestión, y en él se

deja claro que esta no es ni constructora, ni gerente, ni interventora, ni promotora, ni participa en manera alguna en el desarrollo del proyecto y como tal no es la responsable ni puede serlos de la terminación y calidad del proyecto. Es el Fideicomitente el encargado del desarrollo del proyecto, quien lo hace por su cuenta y riesgo y con plena autonomía, siendo él quien debe garantizar la viabilidad del proyecto.

En consecuencia, Cuando la Circular Básica Jurídica le impone a las sociedades fiduciarias la obligación de garantizar que se den las condiciones técnicas y financieras necesarias para que el proyecto sea viable y en este sentido exitoso, le está imponiendo cargas superiores de las que está en relación con su profesionalismo puede asumir, ya que como se ha dicho a lo largo de este proyecto estas sociedades no son especializadas en la ejecución de proyectos inmobiliarios, mucho menos tienen el conocimiento necesario acerca de cuáles son los parámetros técnicos y financieros que requiere cada tipo de proyecto, adicionalmente, y no menos importante la fiduciaria permite que el fideicomitente con plena autonomía técnica y financiera desarrolle por su cuenta y riesgo el proyecto. Es por ello, que las obligaciones que contraen las sociedades fiduciarias en los contratos de administración inmobiliaria no pueden de ninguna forma implicar la garantía del proyecto, sino que envuelve el deber de actuar con diligencia en su gestión, y en la administración de los recursos y bienes fideicomitidos como gestor fiduciario.

Adicionalmente, al imponerle este tipo de responsabilidades a las sociedades fiduciarias, la SF las está volviendo en unos garantes del resultado final, yendo en contra de la premisa que Esta Entidad ha expuesto varias veces consistente en que la fiduciaria está obligada a poner todo su empeño, compromiso y profesionalismo en pro de la finalidad,

pero sin asegurar la obtención de la misma, pues el responsable de garantizar esto según el contrato de administración inmobiliaria y la regulación nacional es el fideicomitente constructor y/o gerente del proyecto, debido a que Este es quien cuenta con los conocimientos y la experticia requerida para ello.

Vale la pena repetir que en estos casos son el constructor y/o el gerente de la obra quienes por su cuenta y riesgo y con plena autonomía técnica y financiera desarrollan el proyecto, razón por la cual son ellos quienes tienen la obligación de resultado en este tipo de fiducia y en consecuencia deben velar y garantizar que las condiciones para el éxito del proyecto estén dadas.

Varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sirven como fundamento al planteamiento propuesto en párrafos anteriores, vale referirnos a uno de ellos en donde el alto tribunal en sentencia de Casación Civil afirmó:

“Ya que la actora en el presente caso se limitó a endilgarle a la demandada un supuesto incumplimiento relacionado con la no entrega de los bienes adquiridos, así como la no terminación de la construcción y acabados, lo atinente a la no puesta en marcha del condominio recreacional, sin tener en cuenta que por la misma función que desempeña la fiduciaria, ésta se encarga de desarrollar tareas de intermediación más no de resultado” (Proceso Ordinario de Rita Josefina García Aragón en contra de Fiduciaria Popular S.A., 2009).

Otra cosa muy diferente es la garantía de las condiciones jurídicas del proyecto, en donde la fiduciaria en el desarrollo de la gestión si tienen la experticia y el conocimiento, pues estas sociedades cuentan con abogados expertos que diariamente se dedican a realizar el estudio y análisis de las condiciones jurídicas necesario para que un proyecto sea viable.

En conclusión el fideicomitente es quien desarrolle el proyecto bajo su exclusiva y única responsabilidad técnica, financiera y administrativa, como consecuencia es él quien debe garantizar que el proyecto cumpla con las condiciones para que este llegue a término.

¿A partir de la verificación del cumplimiento del punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe, la fiduciaria debe garantizar la viabilidad del proyecto?

La fiduciaria para proceder con el desembolso de los recursos al Fideicomitente, debe verificar que el constructor cumpla con los requisitos mínimos para llevar a cabo el desarrollo del proyecto, requisitos que se encuentran pre-establecidas en el acto constitutivo, tales como: la obtención de licencia de construcción y permisos exigidos, la vinculación de un número mínimo de inversionistas, que la propiedad del inmueble se encuentre en cabeza del constructor o de una fideicomiso que tenga como finalidad el desarrollo de un proyecto, entre otros. Sin embargo, a partir de esta verificación la Fiduciaria no tiene todos los elementos suficientes para determinar la viabilidad del proyecto, pues su labor como profesional es revisar los documentos que el Constructor le entrega y verificar su veracidad, documentos que no le permiten conocer elementos cruciales de un proyecto, como por ejemplo, financieramente cuánto cuesta el desarrollo y materialización de este, si el crédito constructor es suficiente o no para financiarlo, o si el terreno en el que se va construir es apto para el desarrollo del mismo.

Ella acredita el cumplimiento de los requisitos mínimos esenciales, pero al no contar con los conocimientos técnicos y la información financiera necesaria esta no puede garantizar que el proyecto es cien por ciento viable, si esto fuera así el sector fiduciario se tendrá que convertir en constructor e interventor, desdibujando su función de administrador y gestor de negocios fiduciarios, sometiéndolo a asumir un gran precio por el aprendizaje.

El fideicomitente es quien previo al inicio de la ejecución del proyecto inmobiliario realiza por su cuenta y riesgo estudios técnicos y de factibilidad, presupuestos, flujo de caja, licencias, planos arquitectónicos, programación general de este, permisos para el desarrollo de las obras, estudios de suelos y recomendaciones de cimentación, documentación que la fiduciaria en ningún momento del desarrollo del fideicomiso inmobiliario tiene acceso, siendo el Fideicomitente quien directamente cuenta con la suficiente información y conocimientos para determinar cuando el proyecto es viable o no.

CONCLUSIONES

Las sociedades fiduciarias en la gestión del negocio fiduciario adquieren principalmente obligaciones de medio y no de resultado, adquiriendo como deber actuar bajo estándares de prudencia, diligencia, lealtad y probidad en procura de lograr el fin previsto en el acto constitutivo, más sin asumir la carga de garantizar que tal resultado se dará.

De esta forma su labor como gestor fiduciario en el fideicomiso inmobiliaria no se relaciona con la ejecución y desarrollo de la construcción, ni mucho menos del éxito del proyecto inmobiliaria, Él es un simple administrador de los recursos y bienes fideicomitidos que vela por el cumplimiento de las obligaciones del Fideicomitente constructor, cumple instrucciones que este le dé, y realiza controles para evitar la desviación de recursos.

Este artículo tiene como conclusión final que alguna de las obligaciones consagradas en el proyecto de Circular Básica Jurídica, como garantizar las condiciones técnicas y financiera para que el proyecto llegue a término, le impone al fiduciario una carga superior a la que este según su profesionalismo puede asumir, en razón a que en el fondo le están imponiendo el deber de garantizar un resultado, resultado que debe ser garantizado por el Fideicomitente quien es el encargado de desarrollar por su cuenta y riesgo el proyecto inmobiliario.

Si lo que quiere la Superintendencia Financiera de Colombia es que las Fiduciarias asuman la responsabilidad de garantizar la viabilidad y el éxito técnico y financiero de los proyectos inmobiliarios que llegaren a administrar en virtud de un Fideicomiso Inmobiliario, el sector fiduciario se tendrá que convertir en constructor e interventor, desdibujando su función de administrador y gestor de negocios fiduciarios.

Referencias

Arrubla Paucar , J. A. (2013). *Contratos Mercantiles-Contratos contemporáneos* . Bogotá: Legis.

Azuero, S. R. (2005). *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: Legis.

Gutiérrez, C. A. (2013). *La responsabilidad del fiduciario, un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia y los Laudos Arbitrales*. Bogotá.

Laudo Arbitral Molinari Placin & Cía. S. en C. y Fiduciaria Fes S.A. (Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali 20 de febrero de 2004).

Laudo Arbitral Monómeros Colombo Venezolanos S.A contra Lloyds Trust S.A (Centro de Coniciliacion y Abrbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá 20 de febrero de 2003).

Presidente de La república. (02 de abril de 1993). *Decreto 663 de 1993- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Obtenido de Alcaldía de Bogotá : <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1348>

Proceso Ordinario de Rita Josefina García Aragón en contra de Fiduciaria Popular S.A., Exp. No. 11001-3103-025-2000-00519-01 (Corte Supre de Justicia Sala de Casación Civil 11 de Junio de 2009).

Ruiz Gutiérrez, C. A. (2013). *La Responsabilidad del Fiduciario, Un Análisis de la Jurisprudencia de la Corte uprema de Justicia y de Los Laudos Arbitrales*. Medellín.

Superintendencia Financiera. (2006). *Concepto 2006*. Obtenido de <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006023810.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (25 de agosto de 2005). Concepto 97016309-2. *Concepto 97016309-2*. Bogotá, Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Circular Externa 029*. Bogotá: Legis.

OBLIGACIONES DE RESULTADO A LAS FIDUCIARIAS EN LA EN EL PROYECTO DE CIRCULAR
BÁSICA JURÍDICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA.