

Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria.

Tatiana Johanna Kwan Acosta

Para citar este artículo:

Kwan, T. (2023). Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria. *Vía Iuris*, (34), 1-39. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n34a2>

Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria *

Tatiana Johanna Kwan Acosta **

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2022
Fecha de evaluación: 13 de diciembre de 2022
Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2022

Para citar este artículo:

Kwan, T. (2023). Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria. *Vía Iuris*, (34), 1-39. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n34a2>

*Este artículo es resultado del proyecto de investigación en el área de derecho privado titulado “Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria” vinculado al grupo de Maestría en Derecho con énfasis en derecho privado de la Universidad del Rosario, (Periodo 2021). Bogotá, Colombia.

** Estudiante de la maestría en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y abogada de la Universidad Católica de Colombia, Correo electrónico de contacto: tatianakwan@yahoo.es , tatiana.kwan@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0962-5640> Google scholar: <https://onx.la/ad315>

Naturaleza de las obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria. Reflexiones en el negocio de fiducia inmobiliaria

Resumen

El presente artículo tiene la intención de motivar la discusión en cuanto a la naturaleza de las obligaciones y deberes de conducta de las sociedades fiduciarias, teniendo como enfoque especial el modelo de negocio de fiducia inmobiliaria. Para hacerlo, se planteó que en algunos casos los llamados deberes secundarios de conducta corresponden a verdaderas obligaciones, proponiendo en el estudio analizar si corresponden a obligaciones de medio o de resultado. Esta distinción se armoniza con las necesidades prácticas del consumidor inmobiliario, dados los sentimientos de seguridad y confianza que le generan la intervención de una sociedad fiduciaria en los diferentes proyectos constructivos. Para lograrlo, se realizó una revisión literaria que incluye a expertos en legislación fiduciaria, la carta política, reglamentos internacionales, circulares y sentencias, entre otras fuentes de información.

Palabras clave: Sociedades fiduciarias; fiducia inmobiliaria; deberes de conducta; consumidor.

Nature of obligations and overall duties of conduct of trust companies. Reflections from the real estate trust business.

Abstract

The purpose of this article is to motivate the discussion on the nature of obligations and conduct duties of trust companies, with a special focus on the real estate trust business model. To do so, it will be considered that in some cases the so-called secondary conduct duties correspond to true obligations, proposing in the study to analyze whether they correspond to obligations of means or of true result. This distinction harmonizes with the practical needs of the real estate consumer, due to the feelings of certainty and trust generated by the participation of a trust company in different construction projects. To achieve this, a literature review was carried out, including input from experts in trust legislation, the political charter, international regulations, information circulars and judgments, among other sources of information.

Keywords: Trust companies; real estate trust; duties of conduct; consumer.

Natureza das obrigações e deveres gerais da conduta da sociedade fiduciária. Reflexões no negócio de fiduciária imobiliária

Resumo

O presente artigo possui a intenção de motivar a discussão enquanto a natureza das obrigações e deveres de conduta das sociedades fiduciárias, tendo como foco especial o modelo de negócio de fidúcia mobiliário. Para isso, se indicará que em alguns casos os chamados deveres secundários de conduta correspondem a verdades obrigacionais, propondo no estudo analisar se correspondem as obrigações de médio ou verdadeiro resultado. Essa distinção se harmoniza com as necessidades práticas do consumidor imobiliário, devido aos sentimentos de segurança e confiança que geram a intervenção de uma sociedade fiduciária nos diferentes projetos construtivos. Para assim conquistar, realizou-se uma revisão literária que inclui expertos em legislação fiduciária, a carta política, regulamentos internacionais, circulares e sentenças, entre outras fontes de informação.

Palavras-chave: Sociedades fiduciárias; trust imobiliário; deveres de conduta; consumidor.

Natureza das obrigações e deveres gerais de conduta da sociedade fiduciária. Reflexões sobre o negócio de trusts imobiliários

Résumé

Cet article entend motiver la discussion sur la nature des obligations et des devoirs de conduite des sociétés de fiducie, en mettant l'accent sur le modèle d'affaires des fiducies immobilières. Pour ce faire, il sera soutenu que dans certains cas, les obligations de comportement dites secondaires correspondent à de véritables obligations, en proposant dans l'étude d'analyser si elles correspondent à des obligations de moyens ou de résultat. Cette distinction correspond aux besoins pratiques du consommateur immobilier, compte tenu des sentiments de sécurité et de confiance générés par l'intervention d'une société fiduciaire dans les différents projets de construction. Pour ce faire, une revue de la littérature a été réalisée, incluant des experts de la législation sur le trust, de la charte politique, des règlements internationaux, des circulaires et des jugements, entre autres sources d'information.

Mots clés: Sociétés fiduciaires; fiducie immobilière; devoirs de conduite; consommateur.

Introducción

En el actual desarrollo de los negocios inmobiliarios en nuestro país, es frecuente el uso de la figura de la fiducia inmobiliaria, como vehículo de ejecución práctica y comercial en el sector financiero, en el de construcción y, desde luego, en el mercado de personas interesadas en adquirir vivienda nueva, ya sea Vivienda de Interés Social (VIS), Vivienda de Interés Prioritario (VIP), No Vivienda de Interés Social (No VIS) o los interesados en adquirir inmuebles nuevos, como oficinas, locales, consultorios, etc..

La banca ha utilizado el contrato de fiducia inmobiliaria como garantía para la colocación de sus créditos constructores, de manera que el constructor cuente con una entidad idónea, también perteneciente al sector financiero, que administre los recursos que son entregados en mutuo comercial, así como el dinero que eventualmente se recaude de terceros vinculados al proyecto inmobiliario.

Podrían identificarse dos grandes relaciones negociales en esta figura jurídica del negocio de fiducia inmobiliaria, la primera de ellas compuesta entre la sociedad fiduciaria y el constructor, quien muchas veces concurre como fideicomitente y beneficiario. Este enlace se regula mediante el contrato fiduciario en el que se disponen las reglas de juego y se estipulan los alcances de la administración de recursos y de la ejecución de la obra propuesta.

La segunda gran relación, que es la que llama la atención de este análisis, es la que se presenta entre los consumidores inmobiliarios y la sociedad fiduciaria, quienes se vinculan con convenios necesariamente ligados al contrato fiduciario, como una separación de unidad inmobiliaria, promesa de compraventa o contrato de cesión de beneficio de área, dependiendo el estado de proyecto inmobiliario.

En esta instancia se les da a conocer el contenido del contrato fiduciario suscrito entre la entidad fiduciaria y el fideicomitente, o constructor, y se les explica el modelo del negocio

de fiducia inmobiliaria; por lo que a partir de la suscripción de este acuerdo de voluntades se activa el componente obligacional y los deberes de conducta en cabeza de la sociedad fiduciaria frente al consumidor que se ha ligado. En vista de estos acuerdos, finalmente los consumidores transfieren sus recursos a la entidad fiduciaria para que los administre y determine en qué momento serán dados al constructor para que ejecute las obras. Al ser terminadas esperan que se les titulen y entreguen las unidades inmobiliarias que han sido prometidas en venta o especificadas como resultas del beneficio convenido de cesión de área.

Las diligencias relacionadas con la administración de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y que están vinculadas, a través de contratos de promesas de compraventa o contratos de cesión de derechos de beneficio de área merecen especial atención, pues se les indica que la sociedad fiduciaria entrega los recursos al constructor si cumple un punto de equilibrio que previamente se ha calculado por expertos financieros; además se sugiere que durante la ejecución del proyecto, la sociedad fiduciaria realizará una rendición de cuentas y que el ejercicio del proyecto tendrá el acompañamiento de un interventor que rendirá informes de manera directa a la fiduciaria, y que será elegido de una lista que suministre la entidad financiera.

Reflexionando en el modelo de negocio de fiducia inmobiliaria y dada esta completa y aparentemente perfecta fórmula contractual, nos preguntamos el alcance de las obligaciones y los deberes secundarios de conducta que tiene la sociedad fiduciaria, de hecho, nos atrevemos a pensar, que muchos de estos deberes secundarios son verdaderas obligaciones; inclusive creemos que algunas son de resultado y no de medio, como clásicamente se han venido tipificando por la doctrina y la jurisprudencia.

Por ejemplo, pensemos si la “información” es una obligación o un deber secundario de conducta. Anticipamos que no solo es una obligación, sino que es de resultado. Ahora analicemos si la protección de bienes fideicomitidos es un deber o si es una obligación. Nos aventuramos a decir que es una obligación, pero ya de medio.

Esta distinción, resulta útil como lo explica Baena (2013) “para determinar el contenido y el alcance la prestación debida en la estructura de los distintos tipos de negocios fiduciarios” (p.149) y sería plausible adicionar a ello, que esta diferenciación es de suma relevancia para concluir elementos que puedan llegar a evidenciar el debido cumplimiento de las actividades de la sociedad fiduciaria encaminadas a la concreción de la finalidad del negocio contratado logrando consecuentemente establecer la responsabilidad de la sociedad fiduciaria.

Téngase en cuenta que el literal b del artículo 29 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero norma que los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrían tener por objeto asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley. Esta norma contiene en principio un limitante, pues se entendería como está redactada que las sociedades fiduciarias solo se limitarían a desplegar su esfuerzo, su profesionalismo, su diligencia y pericia para lograr la finalidad contratada y que por tanto no pueden garantizar el resultado de la gestión. En el mismo sentido, se encuentra redactado el artículo 1243 del Código de Comercio en donde se indica que la responsabilidad del fiduciario se extiende hasta por culpa leve.

Sin embargo, debido al avance de los negocios inmobiliarios, la figura de la fiducia inmobiliaria, resulta ser un adecuado instrumento que puede contener múltiples actividades encaminadas todas a lograr un fin específico, que pueden bien llegar al cumplimiento total, parcial del resultado buscado con la afectación de los bienes o en definitiva puede que no se llegue a culminar esa finalidad. Pese a ello, dentro de estas varias actividades a realizar por la sociedad fiduciaria, puede que el cumplimiento de algunas de ellas no logre directamente el cumplimiento de la finalidad para el que fueron afectados los bienes fideicomitidos, pero esto no las exime de su naturaleza de ser exigibles como verdaderas obligaciones de resultado.

De esta realidad inmobiliaria, se deriva el objetivo principal de este trabajo que es analizar cuáles son las obligaciones y deberes de conducta de la sociedad fiduciaria, teniendo

como enfoque especial el modelo de negocio de fiducia inmobiliaria; por lo tanto, en este artículo académico se plantean si los deberes generales de conducta son obligaciones de medio o si son verdaderas obligaciones de resultado, por lo que se propone una crítica personal en el tema.

Para motivar esta discusión se ha realizado una revisión literaria de expertos en el negocio de fiducia inmobiliaria, la carta política, reglamentos internacionales, circulares y sentencias, entre otras fuentes de información. Se incluye en este análisis un fallo reciente de la Sala de Casación Civil SC-3978 de 2022, en el cual presenta un especial lineamiento para aplicar analizar la responsabilidad de la sociedad fiduciaria contenida en el artículo 1243 del Código de Comercio. También se presenta como material jurisprudencial la sentencia 11001-31-03-003-2018-02591-01, 2020 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en la que se analiza el incumplimiento de los deberes y responsabilidades de la sociedad fiduciaria en el trámite de una acción de protección al consumidor financiero.

Metodología

Teniendo en cuenta que existen obligaciones y deberes de conducta de la sociedad fiduciaria, el presente artículo examina cuáles son de resultado y cuáles de medio. Para lograrlo se utilizó la metodología cualitativa, enfocada en el análisis teórico de las fuentes y su aplicación en el fenómeno específico del negocio de fiducia inmobiliaria para la adquisición de inmuebles. Este tipo de metodología “es una forma de acción social que enfatiza la forma en que las personas interpretan y dan sentido a sus experiencias para comprender la realidad social de los individuos” (Mohajan, 2018, p.2).

Para definir el método de decisión del problema se tuvo en cuenta el impacto que causa la figura de la fiducia inmobiliaria en el contexto colombiano; esto se llevó a cabo a

partir de la revisión de las obligaciones que tiene y de su carácter de confianza, respaldado por las obligaciones que le otorgan entidades como la Superintendencia Financiera, El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre otras. Esta revisión jurídica otorgó “la lógica de desarrollo del proceso, utilizado para encontrar la teoría que es el marco procedimental dentro del cual se llevó a cabo la investigación” (Remenyi et al., 1998, p.14).

Luego de analizar los nichos en los que la fiducia es relevante, como en el sector financiero o de construcción, se optó por entender sus responsabilidades en el sector inmobiliario. Las razones de selección de este segmento son [1] el impacto que genera en la población colombiana como representación de confianza, [2] la importancia que tiene el sector de la construcción en el PIB y [3] la necesidad de su rol administrativo dentro del modelo de la industria de finca raíz.

El principio metodológico de la investigación es el análisis de datos, gracias a que su dinamismo

entrelaza el reconocimiento de temas emergentes, la identificación de ideas de la realidad o unidades de significado y material adquirido de la literatura. El análisis intensivo de datos comienza con su recopilación y alistamiento. Cada transcripción se lee detenidamente en su totalidad. El objetivo en esta etapa es usar los datos para pensar e identificar patrones interesantes (Hammersley & Atkinson, 1983, p.27).

El análisis conceptual también se llevó a cabo para investigar las proposiciones que pudieran contribuir con los resultados, teniendo en cuenta que es una “base firme para el avance del conocimiento, ya que facilita el desarrollo de la teoría, cierra áreas donde existe una plétora de investigación y descubre áreas donde se necesita investigación” (Watson & Webster, 2020, p.13)

Esta información fue enlistada para posteriormente ser categorizada. Algunas de las responsabilidades que se analizaron de la sociedad fiduciaria fueron la protección de los bienes fideicomitidos, la previsión, la asesoría, prudencia, las prohibiciones asociadas a su ejercicio. Posteriormente se revisaron a la luz de la Constitución Política, de cuatro sentencias, el Código Civil, dos Decretos, cuatro leyes, entre otros reglamentos institucionales. Se definió cada una de las obligaciones y deberes para luego ser tipificada como deber de conducta, de medio o de resultado; esto fue posible gracias a toda la revisión de toda la literatura asociada a la fiducia inmobiliaria.

Luego de definir las variables de investigación de la pregunta problema, se recopiló información desde diferentes Bases de datos, relevantes de ciencias jurídicas, como Legal Collection, LexisNexis, Leyex.info, entre otras. También se utilizaron las extensiones para la búsqueda avanzada en Google Scholar; para la construcción del marco normativo se consultaron fuentes jurídicas en los sitios web de las autoridades nacionales. Esta información se procesó de manera estructural, por lo que se realizó su categorización de

forma temática para argumentar toda la estructura argumentativa planteada desde el planteamiento del problema.

Finalmente, el tipo de investigación usada fue la teoría fundamentada, ya que durante su desarrollo se aplicaron sus principios básicos: [1] descubrir métodos de comprensión de los procesos e interacciones sociales, y [2] generar una teoría basada en patrones fundamentales de la vida cotidiana. En este sentido se conceptualizó cómo es la relación entre beneficiario y fiduciario, y se generó una teoría para tipificar la naturaleza de la operación fiduciaria.

“Esta teoría es una forma adecuada de estudiar el comportamiento humano sobre un tema delicado, incluso en un contexto cultural diferente” (Wolcott, 2009, p.18). De acuerdo con Khan, 2014 citado por Mohadan, 2018, “es uno de los enfoques que se basa totalmente en los datos en lugar de tratar de generar una conclusión a partir de la teoría” (Mohadan, 2018, p.9). En otras palabras, no consiste en comprobar o negar una hipótesis, sino que “construye una teoría a partir de información no procesada o de la extensión de la teoría existente” (Yeh & Inman, 2007, citados por Mohadan, 2018, p.9).

Resultados y discusión

Obligaciones y deberes generales de conducta de la sociedad fiduciaria

Nuestra intención es motivar la discusión entorno a si realmente son deberes secundarios de conducta los que devienen del negocio de fiducia inmobiliaria, para llegados a este punto también proponer su estudio teniendo como criterio diferenciador si en verdad hoy por hoy,

con los avances del modelo de negocio fiduciario inmobiliario y las directrices contenidas en la Circular Externa 024 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son obligaciones de medio o de verdadero resultado.

Empecemos por decir que la obligación, en palabras de Ortiz (2010) es aquel “vínculo jurídico en cuya virtud una persona, llamada acreedor, puede exigir a otro llamado deudor, la realización de una conducta denominada prestación, consistente en dar, hacer o no hacer” (p.1). Por lo anterior es lógico que se necesita un acreedor a quien satisfacer la prestación, así como se necesita de un deudor a quien exigirle el crédito que la obligación genere.

Con todo, el carácter exigible de la obligación se encuentra causado bien sea porque se originó en un acuerdo de voluntades interpartes o por ser de forzoso cumplimiento en virtud de un mandato legal. Hacemos esta precisión pensando en las normas de orden público interno, pues no pueden ser modificadas por libre disposición de los sujetos.

En contraste con lo anterior, entendemos que el deber jurídico es una conducta que diferentes sujetos deben cumplir de forma indeterminada. Generalmente se origina en los principios generales del Derecho, como no causar daño a nadie o no enriquecerse sin causa en detrimento de otro (Aristóteles, 2006). Así mismo, García Maynez (1956) define el deber jurídico como “la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa” (p. 268).

Volviendo a nuestro tema fiduciario, diremos que, si bien estos deberes secundarios de conducta no están determinados expresamente dentro de lo que se pactó en el contrato fiduciario, lo cierto es que son de estricto cumplimiento, a causa de la configuración llamada integración contractual. Herrera (2011) lo define como

un fenómeno en virtud del cual se completan las obligaciones o deberes adquiridos por las partes en un contrato, considerando el alcance de la manifestación de la voluntad y

la naturaleza objetiva del vínculo, considerando las normas de orden público, la costumbre y el principio de buena fe (p.16).

Este mismo autor nos cuenta que la fuente de los deberes secundarios de conducta no es otra que “la integración del vínculo negocial, en particular, con el principio de la buena fe en su vertiente objetiva, por lo que su reconocimiento opera ipso jure, esto es sin requerir el pacto expreso de las partes” (Herrera, 2011, p.20).

En sentencia 05001-31-03-010-2014-01068-01 de la Corte Suprema de Justicia 2021, en un caso de estudio de responsabilidad fiduciaria, la sala hace referencia a los deberes secundarios de conducta, para determinar a su juicio como son de especial relevancia los deberes accesorios de información, consejo y previsión:

del principio de buena fe emergen otras reglas accesorias o agregadas que igualmente tienen fuerza vinculante, conocidas como normas o “deberes secundarios de conducta” que hacen parte del contenido de la obligación así no hayan sido pactadas expresamente en la convención. Para (Stiglitz 2010), éstas se explican en la distinción existente entre las pretensiones principales y aquellas otras que las complementan como manifestaciones de ese principio y son “el carácter más saliente de la buena fe contractual que se traduce en categorías genéricas , como de ser la cooperación y lealtad, y en directivas específicas que operan como desprendimiento de las anteriores, por ejemplo, la información, la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, el auxilio a la otra parte, etc” (cas.civ. Sentencia de octubre 27 de 2021, [SC-5430-2021], exp. 05001-3103-010-2014-01068-01, p. 46).

Por su parte, Solarte (2004) asegura que son “deberes colaterales (...), deberes complementarios o deberes contiguos , tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto que, aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe” (p.204) A su turno, Lorenzetti (2001), citado

por Herrera (2011), enlista algunos de ellos como “de conducta, de información, custodia, colaboración todos derivados del deber de cumplir de buena fe” (p.19).

Es por eso que puede presentarse que el deber secundario de conducta aunque hace parte del contenido de la obligación, no necesariamente lleve implícita una prestación determinada, es decir, de dar, hacer o no hacer; situación que eventualmente impide exigir su cumplimiento forzado en un acción ejecutiva, contrario a las prestaciones propias contenidas en el componente obligacional de un contrato; en este caso, la transgresión de estos deberes conlleva necesariamente a “la indemnización de los perjuicios irrogados” (Gherzi, 1998, citado por Herrera, 2001. p.22).

Respecto de la determinación de las prestaciones de un deber secundario de conducta, concluye Herrera (2011):

no pueden calificarse, en estricto sentido jurídico, como obligaciones originadas en un negocio jurídico, pues no se fundan en la autonomía de la voluntad de los contratantes, así como tampoco constituyen vínculos jurídicos en torno a prestaciones de dar, hacer, o no hacer, que puedan dar lugar a ejecución (p.20).

Estos llamados deberes de conducta operan durante todo el ejercicio del negocio, es decir, en las etapas precontractual, contractual y poscontractual de la relación negocial; de manera tal que no le es dable a ninguno de los actores desligarse de su cumplimiento, pues todos ellos concurren con unos intereses muy definidos siempre en búsqueda de cumplir la finalidad contratada.

Creemos que esos deberes de conducta deben extraerse dependiendo del contexto del contenido negocial, de las circunstancias propias en las que se desarrolla la relación, de las calidades de las partes y de las finalidades que se han propuesto cumplir, teniendo siempre en consideración los intereses de cada uno de los actores vinculados en el proceso.

Pero justamente aquí viene uno de los ejes del estudio, ya que de manera muy respetuosa consideramos que dentro del marco de la fiducia inmobiliaria no resulta pertinente tipificar la información o la protección de los bienes fideicomitidos como deberes secundarios de conducta, pues sostenemos que son realmente obligaciones.

No resulta novedoso pensar en que realmente estos llamados deberes resultan ser verdaderas obligaciones, por ejemplo, Unidroit (2010) en sus principios reconoce que la buena fe y la lealtad negocial son en realidad una obligación implícita del negocio jurídico; en esta medida, descarta que sea un deber secundario de conducta. Esta postura resulta interesante, ya que en esta propuesta al ser una obligación se podría exigir su cumplimiento forzado como cualquier contraprestación contractual; sin embargo, estos postulados solo operan en la esfera de contratos internacionales, lo que no significa que los descartemos como insumo para inspirar y argumentar nuestra posición.

En fallo proferido en sentencia 05001-31-03-017-2012-00104-01 de la Corte Suprema de Justicia 2022, se abordó el tema concerniente a los deberes profesionales de la sociedad fiduciaria conforme lo estipulado en el artículo 1234 del Código de Comercio y en la Circular Externa 29 de 2014, indicando que “se deducen como obligaciones a cargo de la fiducia: el de información, el de protección de los bienes fideicomitidos, la lealtad y la buena fe, la diligencia, profesionalidad y especialidad” (cas.civ. Sentencia de noviembre 23 de 2022, [SC-3978-2022], exp. 05001-3103-017-2012-00104-01, p. 32).

Del tenor literal del texto, en el punto de la información se puede observar que de manera indiscriminada se utiliza el termino deber y obligación, no obstante, de su contenido se puede extraer que prima el concepto de obligación, cuando indica “durante el desarrollo del contrato la obligación de información de la sociedad fiduciaria como profesional implica el deber de informar sobre los riesgos, así como de los demás aspectos inherentes al negocio celebrado” (cas.civ. Sentencia Noviembre 23 de 2022, [SC-3978-2022], exp. 05001-3103-017-2012-00104-01, p. 33). Esta última postura jurisprudencial coincide con el planteamiento que realizamos en este documento.

Obligaciones de medio y de resultado

Presentamos reparos cuando reflexionamos sobre la postura clásica, respaldada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, en la que se encuentra consolidada la teoría que presenta las obligaciones del fiduciario como de medio y no de resultado. De hecho, de esta premisa parte la dificultad en la que podría estar inmerso el consumidor inmobiliario al ejercitar su derecho de acción para declarar civilmente responsable a la sociedad fiduciaria ante un eventual incumplimiento.

Lo anterior se sustenta en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto Ley 663 de 1993, pues explica que se genera una prohibición general en el numeral 3 del Artículo 29 “los encargos y contratos fiduciarios que celebren las entidades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en los que así lo prevea la ley” (Decreto Ley 663, 1993).

Lo anterior sugiere que cuando la entidad fiduciaria acepta el contrato, se compromete a poner en marcha todo su equipo, esfuerzo, profesionalismo, conocimiento, experiencia y habilidades, todo esto para conseguir un objetivo; sin embargo, no se le obliga a lograr efectivamente ese objetivo, sino a desplegar correcta y oportunamente toda su operación en esta búsqueda.

Diferente a la norma, se piensa que esta prohibición general no puede ser absoluta en todos los negocios fiduciarios, pues la figura de la fiducia permite diseñar en sus distintas modalidades unas condiciones especiales, acordes con la realidad negocial, en las que se podrían llegar a asumir obligaciones de medio y no de resultado.

Esta misma apreciación la comparten autoridades en la materia, como Rengifo (2004), citado por Baena (2013), quien afirma que “las obligaciones del fiduciario

únicamente son de medio equivale a desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que este llamado a cumplir el negocio fiduciario” (p.145).

De igual manera, Rodríguez (2005) asegura que “son numerosas las hipótesis en las cuales las obligaciones independientes y principales derivadas de los negocios fiduciarios son típicamente de resultado” (p.279). Este tema en cuestión excede los alcances de este trabajo, razón por la que no ahondaremos en proponer hipótesis al respecto.

Para continuar con nuestra exposición, analicemos las marcadas diferencias en lo relacionado con las obligaciones de medio y de resultado. En principio nos apoyamos en la premisa de Hinestroza (2007), quien asegura que “el carácter distintivo de la relación obligatoria del deber de prestación resulta fundamental determinar qué es lo que el deudor debe y, por consiguiente, que es lo que el acreedor puede esperar y exigir de él” (p.239).

Las obligaciones de resultado, como dice Baena (2013), “son aquellas en las que el deudor se obliga a proporcionar, de manera directa e inmediata, la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación” (p.139) en sentido estricto, es lo que Hinestroza (2007) llama “la promesa del deudor de alcanzar un resultado” (p.247).

Podríamos decir que el acreedor se obliga a dar, hacer o no hacer algo, que sería la prestación determinada y el deudor tiene la certeza de que esa precisa actividad esperada será la recibida. En caso de no cumplirse en totalidad y a satisfacción ese resultado esperado, al acreedor no le queda más camino que tratar de exonerarse con alguna causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito ya que no puede alegar falta de culpa. Y es que, como lo afirma Baena (2013) “su cumplimiento o su incumplimiento dependen de la producción o no del resultado, y en cierta forma, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación” (p.139).

Por otro lado, hallamos las obligaciones de medio, en las que la prestación ya no es concreta y determinada, sino que se encuentra encaminada a un comportamiento del deudor, en este caso “el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido y emplear los medios idóneos, conforme las circunstancias, para alcanzar un determinado resultado útil para el acreedor, pero sin asegurarlo” (Hinestrosa, 2007, p.248).

Por todo esto no se le puede exigir al deudor el cumplimiento de la finalidad contratada, “por lo mismo que su obtención no es un riesgo suyo” (Hinestrosa, 2007, p.248), de modo que el acreedor solo puede esperar la diligente y correcta conducta; es interesantísimo plantear desde ahora que no se le imputa al deudor el fracaso del objeto contratado, salvo que su actuar resulte determinante y nefasto para truncar su éxito.

Coincidimos con los autores en sentido práctico, pues la relevancia diferencial de este tipo de obligaciones está dada por el manejo probatorio. Como lo explica el profesor Rodríguez (2005) “cuando de obligaciones de resultado se trata, la no obtención del mismo hace presumir la culpa del deudor incumplido y este tiene que probar la causa que lo libere de su responsabilidad” (p.278). Esto implica que, en la responsabilidad de carácter objetivo, la carga probatoria se encuentre en cabeza del acreedor, sin que pueda argumentar su diligencia en el actuar, ya que solo será eximente de responsabilidad una fuerza mayor o un caso fortuito.

El siguiente aspecto trata del manejo probatorio de las obligaciones de medio, en este caso la carga probatoria se invierte y queda en cabeza del acreedor “probar la negligencia o culpa del deudor” (Rodríguez, 2005, p.278). Este punto lo observamos con más detalle en las afirmaciones del profesor Hinestrosa (2007) cuando advierte que

si la obligación es de sola prudencia y diligencia (medios), por esmeradas que hayan de ser estas, en principio no sería lógico partir por el mero hecho de que no se logró el resultado apetecido, sino que para el deudor sea responsable por incumplimiento ha de

aparecer probada la culpa, lo cual da lugar a un juego alternativo de cargas probatorias (p.253).

Estamos de acuerdo con que “la culpa” es un factor determinante en la configuración del incumplimiento de las obligaciones y por tanto tiene un trato diferenciado frente a los dos componentes; sin embargo, no logramos relacionarlo con la realidad del negocio de fiducia inmobiliaria. El “goce de inmunidad”, tal como lo menciona Rengifo (1994), citado por Baena (2013) “puede mirarse como un favorecimiento gremial a favor de las sociedades fiduciarias para en cierta medida privilegiarlas frente a posibles manejos o actos imprudentes o negligentes en desarrollo de la actividad a ellas encomendada” (p.148).

En el sentido práctico y ante instancias jurisdiccionales, consideramos posible que ante una acción que busque declarar responsable al fiduciario por incumplimiento de una obligación de medio, nos atrevemos a manifestar que no habría impedimento para hacerlo, amparados en el principio de primacía de la verdad objetiva sobre la formal y la efectiva concreción de la justicia, y podemos advertir al operador judicial que dé aplicación a la carga dinámica de la prueba. En palabras de Trujillo (2006)

las cargas probatorias dinámicas configuran un principio de buena fe, conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa, debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa a transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia (p.30).

Hay que mencionar, las afirmaciones de Baena (2013), quien cita a Suescún (1994) hacen referencia a la necesidad de “hacer todos los intentos para tratar de aliviar la pesada carga probatoria que pesa sobre el fideicomitente y beneficiario” (p.150); afirmando que resultaría razonable que la prueba del incumplimiento sea al mismo tiempo la prueba de la culpa.

Es por esto por lo que resultaría un contrasentido pretender privilegiar la postura de la sociedad fiduciaria cuando el consumidor financiero goza de una protección legal establecida en el literal b del Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009. La Ley prohíbe de manera expresa “invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero”.

En sentencia 11001-31-03-003-2018-02591-01 de 2020 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se estudió un caso presentado por varios actores en ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero, concluyó respecto de la carga probatoria:

le correspondía a la llamada a juicio, por encontrarse “en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos” proveer las pruebas que acreditaran fehacientemente la plena satisfacción de sus obligaciones contractuales y deberes legales, particularmente para comprobar la diligencia debida en la constatación de la experiencia, trayectoria y solidez financiera de la constructora, máxime si en el libelo genitor se denunció que la conducta omisa de la Fiduciaria, respecto de la verificación de tales aspectos, comprometió el logro de la finalidad propuesta. (Sala civ. Sentencia Diciembre 09 de 2020, exp. 11001-31-03-003-2018-02591-01, p. 12).

Esto reitera que en el sentido práctico a quien le compete probar diligencia es al fiduciario, debido a su carácter profesional y especial; adicionalmente, se encuentra en una mejor posición para lograrlo, no en vano Rodríguez afirma que la normativa, en el Artículo 1604 de la Ley 84 de 1973 del Código Civil, contempla que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”. (Ley 84, 1973).

Siguiendo con nuestro estudio, concluimos que es plausible indagar el carácter aleatorio del resultado esperado, como mecanismo que nos permita discernir si estamos situados ante una obligación de medio o de resultado.

Volviendo a nuestra reflexión, creemos que del Artículo 1234 del Decreto 410 de 1971 se desprenden verdaderas obligaciones de medio y de resultado, tal como lo afirma Varón (1994), citado por Azuero (2005) se “señalan a cargo del fiduciario, tareas puntuales tan concretas, como la de informar, rendir cuentas, hacer inventario para poner ejemplos. Nadie concebiría allí que la obligación asumida fuera de medio” (p. 277).

Aun así, no compartimos el término “de deberes” que es utilizado en el Artículo 2.2.1.2 de la Circular 024 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera. Creemos que debió diferenciarse las verdaderas obligaciones ya de medio o de resultado con los deberes que puedan llegar a estar implícitos dentro de la propia obligación. A continuación, se mencionan algunos de ellos, pues de la redacción del texto se desprende que no son taxativos, sino meramente enunciativos.

Según esta normativa se consideran deberes los de (i) información, (ii) asesoría, (iii) protección de los bienes fideicomitidos, (iv) lealtad y buena fe, (v) deber de diligencia, profesionalidad y especialidad, (vi) deber de previsión y, (vii) lo referente a contenido de las cláusulas contractuales que refiere concretamente la Circular Externa 024 de 2016, tales como la prohibición de consignar contenidos que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contrato o exima de responsabilidades a la fiduciaria cuando la ley se las ha otorgado conforme los mismos lineamientos previstos en esa misma Circular –aquí realizamos la salvedad que se agruparon varios de los que se encuentran enlistados en el texto–.

Con la intención de explicar nuestro planteamiento es imperioso recordar que la naturaleza jurídica de una circular no es otra que la de ser un acto administrativo que contiene una manifestación unilateral de la voluntad de la administración, por lo que le es capaz de producir efectos jurídicos teniendo fuerza vinculante frente al administrado (exp. 11001-03-25-000-2009-00050-00, Sentencia del Consejo de Estado número 0999-09). De esto se infiere que no es viable para las entidades fiduciarias apartarse de su contenido e incumplir

los lineamientos instituidos, ya que afecta la seguridad jurídica de los ciudadanos, para nuestro propósito: la de los consumidores inmobiliarios.

Dadas las diferencias que hemos venido trabajando entre deberes y obligaciones, consideramos que en el marco específico del negocio fiduciario inmobiliario podemos establecer prestaciones determinadas, gracias a que existe la protección constitucional y legal que se encuentra en cabeza del consumidor financiero; diferente cuestión es que el grado de azar que puedan contener las clasifiquen bien sea de medio o de resultado.

Bajo esta hipótesis, es que ofrecemos una clasificación, a nuestro juicio más acorde con la realidad del negocio fiduciario y la finalidad práctica social que lo caracteriza, para decir que consideramos como legítimas obligaciones de resultado: la de información y la referente a las estipulaciones contractuales del contrato de fiducia; propias obligaciones de medio: la protección de los bienes fideicomitidos, la diligencia, la profesionalidad y la previsión, por último, como deberes propiamente dichos: los de asesoría, consejo, prudencia y lealtad. En cuanto a la buena fe, debemos decir que no la tipificamos como quiera que permea absolutamente todos los elementos que hemos identificado.

Obligaciones de resultado: información y estipulaciones contractuales indicadas en la Circular Externa 024 de 2016

Por mandato constitucional, el Artículo 78 de nuestra carta política prevé que se regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización (Constitución Política de Colombia, 1991).

Para nuestros efectos, el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, Ley 1328 de 2009, indica en el literal b) del Artículo 5 como uno de los derechos de los consumidores el de recibir información que sea transparente, clara, veraz, oportuna y verificable sobre las

características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados (Ley 1328, 2009).

En la Circular 024 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, que ya hemos dicho es un acto administrativo vinculante, se dictan instrucciones a las sociedades Fiduciarias, en las que se endilga un deber de información –para nosotros obligación de resultado– así:

de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (Superintendencia Financiera, Circular 016 de 2016).

La Superintendencia Financiera indica que se debe entregar un informe detallado que refleje el estado económico, jurídico, administrativo, contable y cualquier ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas y dictamina el carácter indelegable de esta actividad, justamente por la confianza depositada en el profesionalismo del fiduciario.

También se establece como término de rendición de cuentas a los terceros vinculados al proyecto, acreedores garantizados y fideicomitentes una periodicidad mínima de seis meses con remisión a más tardar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando. Adicionalmente y como aporte de suma importancia, se enlistan asuntos mínimos que necesariamente deben contenerse en la rendición de cuentas y de manera análoga en materia de fiducia inmobiliaria incluye tópicos que se deben agregar, dependiendo el tipo de negocio y el destinatario de la información. También prevé la

posibilidad de presentar informes periódicos si así quedó estipulado en el contrato de vinculación.

Este desarrollo temático es un avance importante de los asuntos por ser informados a los consumidores inmobiliarios, pues de alguna manera se compadece con la necesidad práctica de concretar ese derecho de información, al permitirle al usuario contar con un contenido informativo, en teoría expreso, completo, claro, comprensible y suficiente, que le permita comprender el estado de su inversión en el proyecto constructivo, y a partir de este conocimiento pueda tomar decisiones, modular escenarios, medir riesgos, obligarse en otros compromisos, accionar en defensa de sus intereses o tan solo continuar con la ejecución contractual.

Es de vital importancia esta concreción dada la finalidad exclusiva de la información, conforme lo dice Pérez (1990), citado por Baena (2013) “contribuir a formar un consentimiento contractual más libre, claro y reflexivo sobre los hechos de tal naturaleza que de haberlos conocido el consumidor financiero no hubiera celebrado el contrato o lo hubiere realizado en condiciones diferentes” (p. 324).

Con todo, hay que decir, como lo indica Solarte, (2004) que en esta etapa la sociedad fiduciaria debe dotar al consumidor inmobiliario de toda la información técnica, operativa, jurídica y sobre todo hacer saber los riesgos propios que puede contener este negocio. El mismo autor reafirma que la información adecuada solo se presentaría siempre y cuando la sociedad fiduciaria comunique a los fideicomitentes los riesgos implícitos en la operación y los eventuales problemas técnicos, financieros, operativos o jurídicos que puedan presentarse, incluyendo una descripción de los hechos que podrían dar lugar al traste con el logro de la finalidad (Solarte, 2014).

En ese orden de ideas creemos que es factible solicitar ejecutivamente a la sociedad fiduciaria el cumplimiento de la entrega de la información anteriormente expuesta, siempre y cuando constituya una clara obligación de hacer. Insistimos que es una obligación de

resultado, debido a que la prestación se encuentra determinada en cabeza del fiduciario; es este último quien tiene la carga de suministrar información al usuario financiero respecto de los pormenores del negocio. Máxime debido a la especialidad del fiduciario en este tipo de asuntos.

Este derecho de información es transversal a todas las etapas contractuales y por tal motivo la consideramos de crucial importancia en el desarrollo de la ejecución del contrato. Entre otros lineamientos, la citada circular refiere, como asuntos a informar, el extracto de las principales manifestaciones y conclusiones del interventor. Debe incluirse un resumen dado por el responsable de la construcción de la obra en el que se indique el grado de avance del proyecto y, si hay un retraso o suspensión se deberán indicar las razones de esa circunstancia, así como cualquier situación que haya afectado el proyecto inmobiliario y la ejecución del fideicomiso independiente de quien sea el responsable de ese evento.

Con esta información, el consumidor inmobiliario puede comprender, al menos de manera general el estado del proyecto inmobiliario y de su inversión, de modo que al presentarse un retraso podría tener las herramientas para que tome decisiones racionales frente a un sin número de posibilidades, como por ejemplo, planear su mudanza, decidir sobre la ejecución de contratos de arrendamiento, los gastos que pueda incurrir en el entretanto a que le entreguen su unidad inmobiliaria, el estado de desarrollo de las obras privadas y sociales; inclusive en un escenario más complejo, como ante un abandono de la obra, podría tomar medidas administrativas o judiciales ante incumplimientos del responsable de la construcción del proyecto. Por lo que necesariamente debe contar con esa información; aunado a ello viene el sentimiento de confianza del consumidor inmobiliario, pues claramente confía en que el fiduciario le informe estos pormenores.

Volviendo a la postura que proponemos, diremos que de ninguna manera la información que debe suministrar la sociedad fiduciaria puede catalogarse como un deber, pues es una clara obligación de resultado, pues de nuestro ordenamiento jurídico deviene la especificidad de las prestaciones, por lo que el consumidor inmobiliario tiene la certeza de lo

que se le adeuda, inclusive en caso de rendición de cuentas tiene la temporalidad en que debe ser satisfecha la prestación; por lo tanto, creemos que se encuentra en calidad de acreedor facultado a exigir lo que se le debe, al punto que consideramos plausible accionar tanto administrativamente como ejecutivamente a la sociedad fiduciaria en pro de hacer valer esta obligación.

En ese orden de ideas, no olvidaremos la etapa precontractual, pues allí existe otro rasgo identificador de la prestación de entrega de información al consumidor inmobiliario, si bien no es tan específica en las características de su contenido, encontramos que se puede desarrollar en el campo de la oferta. Aquí haremos uso de lo expuesto por Baena (2013) cuando nos indica que la oferta “ilustra al consumidor acerca de los productos y servicios financieros y de sus calidades, atributos, posibilidades para que pueda decidir con conocimiento a celebrar el contrato de que se trate” (p.330). Obsérvese que conforme lo normado por la Ley 1328 de 2009 en su Artículo 3, las relaciones entre entidades vigiladas, para nuestro caso las sociedades fiduciarias y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.

Esta etapa pre contractual en la cual se forma el consentimiento del consumidor inmobiliario que le permite contratar, la uniremos con el derecho a recibir información que se puntualiza con la oferta y los supuestos legales que deben contener los contratos de adhesión a suscribir por los usuarios financieros. En efecto, la oferta dota de conocimiento al consumidor financiero del producto a contratar, sus calidades, condiciones y el alcance del servicio, de igual manera, la normatividad jurídica obliga a la sociedad fiduciaria a instrumentar los convenios, para que no incurra en comportamientos abusivos o en inclusión de este tipo de clausulados.

También resulta plausible considerar que los lineamientos otorgados, por el legislador y por la administración, en lo referente al contenido de las cláusulas contractuales que refiere concretamente la Circular Externa 024 de 2016, tales como la prohibición de consignar

contenidos que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contrato o exima de responsabilidades a la fiduciaria cuando la ley se las ha otorgado conforme los mismos lineamientos previstos en esa misma Circular; contienen una prestación determinada, pues generalmente hacen referencia a una negativa, como es el caso de la prohibición de cláusulas que permitan al fiduciario alterar el contenido normativo del contrato; por lo tanto, no estamos situados en el campo de los deberes, sino en el de las obligaciones de resultado, gracias a que la obligación está predeterminada, lo que le permite al consumidor tener el convencimiento de lo esperado.

Obligaciones de medio: la protección de los bienes fideicomitidos, la diligencia, la profesionalidad y la previsión

Frente a la protección de los bienes fideicomitidos tendríamos que indicar que nuestra postura parte de la premisa que en el negocio de la fiducia inmobiliaria, los bienes son entregados y titulados a la sociedad fiduciaria, situación que es comprensible por la finalidad conceptual del negocio; por este motivo, algunas de sus obligaciones son las de realizar enajenaciones a favor de los consumidores inmobiliarios adquirentes del proyecto, efectuar cesiones de ley o restituirlos en una eventual liquidación del negocio fiduciario.

Si esto es así, el consumidor inmobiliario podría esperar un determinado comportamiento de la entidad fiduciaria con el que se procuren los máximos esfuerzos orientados a salvaguardar y defender jurídicamente los bienes que le han entregado, más allá, de un simple deber de conservación, custodia y cuidado.

Resultan ciertas las afirmaciones de Rodríguez (2005) cuando indica que estas actividades de la sociedad fiduciaria no son otras que “las de ejercitar las acciones judiciales y proponer las defensas que resulten pertinentes para conservarlos en su integridad jurídica” (p.306). Así, por ejemplo, inferimos que habrá necesidad de constituir pólizas, iniciar acciones judiciales de recuperación o reivindicatorias de ser el caso, defenderlos de ocupaciones de terceros, de simulaciones, resoluciones de contrato, demandas de nulidad,

etc., salir a defenderlos en acciones de responsabilidad, inclusive en aspectos ambientales, tributarios y, en general de cualquier acción judicial, constitucional o administrativa que se proponga en su contra.

De hecho, Baena (2013) es aún más estricto en la materia, al indicar que “la obligación de guarda de los bienes fideicomitidos es una obligación de hacer que consiste en desplegar una actuación de protección de estos (...) incluso su responsabilidad debe estar en el régimen de la culpa leve” (p.128).

Por la importancia resulta lógico exigir que la sociedad fiduciaria realice estas acciones directamente sin posibilidad de que las pueda delegar. Afirmamos esto porque en lo que atañe a los terrenos en los que se pretende desarrollar el proyecto inmobiliario, hemos observado múltiples contratos, en donde la sociedad fiduciaria entrega su tenencia al fideicomitente en virtud de un contrato de comodato, con el cual lo obliga, no solo al cuidado y mantenimiento durante todo el desarrollo del proyecto, sino que también lo compele a suministrar los recursos para su defensa y protección, y a impartir las instrucciones necesarias para el adelanto de las correspondientes acciones.

En la sentencia 11001-31-03-003-2018-02591-01 de 2020 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que trabajamos en líneas anteriores, también se analiza este tema, por cuanto los actores consumidores inmobiliarios, denuncian el abandono del inmueble en el que se va a desarrollar el proyecto, informando al operador judicial, que el sitio es inseguro y que es contante objeto de actos delictivos, que vienen desmantelando los materiales y elementos de obra de los apartamentos en construcción, hechos que fueron informados a la sociedad fiduciaria, entidad que fue pasiva ante esta situación, invocando justamente como elemento de defensa el contrato de comodato suscrito con el constructor. En esa oportunidad dijo el Tribunal:

lo cierto es que el proceder de la sociedad demandada se percibe desidioso, considerando que, en virtud del contrato de comodato precario, puede ejercer las

acciones propias del comodante y, en calidad de fiduciaria, “debe proteger defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista del contrato” como lo prevé la Circular Externa 046 de 2008. (Sala civ. Sentencia Diciembre 09 de 2020, exp. 11001-31-03-003-2018-02591-01, p. 23).

Distamos de esta práctica desde nuestro estudio, pues el sentido teleológico del negocio le adjudica esa carga a la fiduciaria, dado justamente su experticia, experiencia y al equipo técnico que la debe soportar; por ejemplo, hemos observado en la práctica, que ante un eventual litigio termina siendo el fideicomitente quien proporciona, tanto el apoderado que presta la defensa, como las instrucciones y estrategias para la conservación y guarda de los bienes. Opinamos que este comportamiento de cara a un consumidor inmobiliario no sería de recibo, pues francamente está delegando su obligación, la cual es indelegable por mandato legal conforme lo prevé el artículo 1234 del Código de Comercio. No se espera que la sociedad fiduciaria sea inactiva o que tan solo se limite a efectuar trámites administrativos.

La diligencia, la profesionalidad y la previsión

Para sustentar esta argumentación hay que partir de la fórmula contractual que presenta la fiducia inmobiliaria, debido a que la actividad que aquí se desarrolla afecta de manera directa el orden público interno y el económico. En buena parte se encuentran implicados en este ejercicio los dineros de los consumidores inmobiliarios quienes los han desembolsado, bajo esa confianza y sentimiento de seguridad que se generan frente a la intervención de una sociedad fiduciaria en el desarrollo negocial, sobre todo porque se encuentra en el camino vigilado y regulado por la injerencia estatal.

Este tipo de negocios tiene la finalidad de llevar a buen término la realización de un proyecto inmobiliario; de este modo se evidencia el interés ajeno que conlleva el encargo. Nótese la reflexión dada por Baena (2013) al indicar que los negocios fiduciarios traslaticios

y no traslaticios de derecho de dominio, en la medida en que se basan en la confianza, tienen como característica la presencia del elemento de la ajenidad o interés ajeno que preside el comportamiento del fiduciario.

Baena (2013), citando a Llamas (2004), expone que “la satisfacción del interés de un sujeto determinado, mediante el comportamiento de quien está sometido a un deber jurídico, es una de las notas más esenciales al concepto de obligación” (p.98).

Dentro de ese marco consideramos plausible que, dada la calidad de las partes intervinientes y la tipología del contrato se pueden construir las obligaciones a partir del comportamiento esperado. Baena (2013) asegura que “la exigencia de actuar en interés ajeno que caracteriza los negocios fiduciarios permite precisar el contenido de la prestación, en la medida en que se establece un criterio dirigido a reglamentar la conducta del fiduciario” (p.100).

La sociedad fiduciaria tiene un componente profesional en el desarrollo de la actividad, expuesto de manera acertada por Herrera (2009), quien cita el Laudo Arbitral del 24 de junio de 2009 en el caso de Víctor Raúl Romero contra Fiducentral. En este “se reconoce que un profesional es quien desarrolla una actividad, en forma habitual y onerosa, cuenta con una organización, tiene una posición de preeminencia o dominio profesional y su habilidad técnica o científica la colocan en un nivel superior” (p.28).

De otra parte, contamos con que, a la sociedad experta y profesional, como concedora de la materia, se le adjudica la carga de prever los diferentes riesgos que pueda afectar el negocio, transmitirlos en la etapa precontractual, y conforme el ente estatal, también debe precisar cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo (Superintendencia Financiera, Circular 016 de 2016).

Por ejemplo, siguiendo con la sentencia 11001-31-03-003-2018-02591-01 de 2020 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, la cual venimos utilizando, el operador judicial

analiza la obligación de precaver los riesgos por la sociedad fiduciaria dado su carácter profesional y experto en la materia:

toda sociedad fiduciaria “debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar el negocio “y “realizar el análisis de riesgo que involucra cada proyecto. (...) es que no era de poca monta examinar la experiencia y competencia administrativa de la constructora como quiera que conocer su idoneidad en “el proceso de planeación, organización, dirección y control de uso de recursos para lograr las metas de desempeño” en el proyecto inmobiliario era sin duda, una variable a tenerse en cuenta para anticiparse a la materialización de riesgos que podrían incidir en la operación de la construcción propiamente dicha y en el emprendimiento del negocio fiduciario, puesto que una buena gestión consiste en ejecutar los procesos de planear, dirigir coordinar y controlar (Sala civ. Sentencia Diciembre 09 de 2020, exp. 11001-31-03-003-2018-02591-01, p. 16).

Con este marco se lleva al consumidor inmobiliario a entender que puede esperar un determinado comportamiento de la sociedad fiduciaria con la que es plausible exigir que oriente todos sus recursos, su experticia, diligencia y previsión a obtener un resultado.

De hecho, es interesante la opinión de Baena (2013) respecto al actuar de los fiduciarios ya que lo llama una “obligación de actividad que deben cumplir con un nivel especialmente elevado o riguroso de diligencia, cuidado y previsibilidad, el cual tiene como referencia el modelo de buen profesional” (p. 103) todo esto para verificar lo hecho y lo dejado de hacer de cara al cumplimiento de la finalidad, para llegar a determinar el cumplimiento de lo que se esperaba. Insistimos en que esto no es otra cosa que la verificación del comportamiento esperado dentro del tipo de modelo de negocio.

En Sentencia 05001-31-03-017-2012-00104-01 de la Corte Suprema de Justicia (2022), la Corte ofrece como lineamiento no revisar la responsabilidad únicamente como lo norma el artículo 1243 del Código de Comercio en el que indica que la sociedad fiduciaria

responde hasta por culpa leve, sino que esta debe analizarse de manera integral, incluyendo el estatuto mercantil, de la Circular Externa 29 de 2014 y del esquema negocial, concluyendo:

pero la realidad actual es que la entidad fiduciaria administra recursos ajenos, determinado incluso en qué momento los traslada a los fideicomitentes lo que implica que la responsabilidad no puede analizarse bajo esa perspectiva, sino atendiendo que se trata de un “experto prudente y diligente”, cuyo actuar puede generar un riesgo social, por lo que la diligencia pedida es la de un buen hombre de negocios (Cas.civ. Sentencia Noviembre 23 de 2022, [SC-3978-2022], exp. 05001-3103-017-2012-00104-01, p. 35).

Las líneas anteriormente expuestas son las que nos llevan a sostener que en virtud del tipo de negocio y el contrato que lo instrumenta, en nuestra actualidad y con el entorno normativo que no es factible dentro del marco de la fiducia inmobiliaria se les dé a estos aspectos de diligencia, profesionalismo y previsión estatus de deberes, cuando realmente se desprenden sendas obligaciones de medio.

Deberes de conducta: asesoría, consejo, prudencia y lealtad

Al no estar en principio estos aspectos inmersos en el contrato, los juzgamos como deberes de conducta en donde se espera un comportamiento de la sociedad fiduciaria en el que desplieguen las acciones necesarias para que sean cumplidos de la mejor manera, gracias a que no se pueden determinar prestaciones salvo que llegue a presentarse alguna referencia específica en el instrumento contractual.

En cuanto al deber de asesoría o de consejo, el mismo ente de vigilancia estatal ha indicado que no se debe confundir con el de información, indicando expresamente que este implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente (Superintendencia Financiera, Circular 016 de 2016). En palabras de Solarte (2004), este deber supone una conducta activa en la emisión

de sugerencias, recomendaciones y consejos sobre la decisión a tomar, de modo que cuente con acompañamiento para la toma de sus decisiones.

El autor también sugiere que el deber de consejo va mucho más allá del simple suministro de la información, porque se espera que este deber de conducta sea desplegado para recomendar y sugerir a las partes involucradas, buscando el acompasamiento de su interés negocial con el de la finalidad contratada.

Adicionalmente, al emitir una sugerencia o un consejo per sé no se puede ser infalible, sobre todo, en nuestro ámbito de estudio de cara al consumidor inmobiliario, principalmente porque el fin último que es la ejecución del proyecto constructivo no depende de la fiduciaria. Nótese el apoyo jurisprudencial que trae Solarte, tomado del laudo arbitral del 31 de julio de 2000, dictado en el proceso de Beneficencia de Cundinamarca contra el Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A, “(...) Ahora bien, el consejo suministrado desinteresadamente, vale decir, sin que obedezca a una obligación estipulada, no compromete, en principio, la responsabilidad del profesional, a menos que haya actuado con intención maliciosa (...)” (Solarte, 2004, p.59).

También es necesario resaltar todo lo relacionado respecto al deber de prudencia, en el que coincidimos con Solarte (2004), quien indica que este se hace exigible en atención a la condición de profesional de la actividad, imponiéndole un actuar con un cuidado excepcional, considerando su experiencia y conocimientos particulares (Solarte, 2004, p.63).

De hecho, para Rodríguez (2005) no solo debe ser prudente discerniendo y distinguiendo de lo bueno y lo malo, sino que debe ser eficaz para lograr la debida consecución de la finalidad del contrato (p.272).

Para finalizar respecto al deber de lealtad hay que decir que los actos de la sociedad fiduciaria siempre serán orientados a lograr el fin común, en aquella perfecta fórmula contractual; de ser así no tendría cabida, como lo indica Rodríguez (2005) una pretensión

oculta de traicionar la confianza depositada en el acuerdo, que no sería cosa diferente que desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés (Superintendencia Financiera, Circular 016 de 2016).

Según Solarte (2004), “este deber de lealtad genera cargas adicionales en la sociedad fiduciaria, como prevenir situaciones de conflicto de interés y la adecuada resolución de ellos, desarrollando el concepto al exponer que debe evitar que en su cabeza se radiquen intereses incompatibles” (p.60) y la de seguir las instrucciones del fideicomitente de tal forma que, al cumplir fielmente esta dupla, podrá ejecutar en debida forma la finalidad contratada.

Conclusiones

Debido al modelo de negocio de fiducia inmobiliaria fiduciario y la finalidad práctica social que lo caracteriza, consideramos que puede contener múltiples actividades encaminadas todas a lograr un fin específico, en donde el cumplimiento de algunas de ellas no logre directamente el cumplimiento de la finalidad con la que fueron afectados los bienes fideicomitados; pero esto no las exime de su naturaleza de ser exigibles como verdaderas obligaciones de resultado.

Bajo esa premisa consideramos como legítimas obligaciones de resultado: la de información y la referente a contenido de las cláusulas contractuales que refiere concretamente la Circular Externa 024 de 2016, tales como la prohibición de consignar contenidos que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contrato o exima de responsabilidades a la fiduciaria cuando la ley se las ha otorgado conforme los mismos lineamientos previstos en esa misma Circular; como propias obligaciones de medio: la protección de los bienes fideicomitados, la diligencia, la profesionalidad y la previsión, por último, como deberes propiamente dichos: los de asesoría consejo, prudencia y lealtad.

En cuanto a la buena fe, hay que decir que permea absolutamente todos los elementos que hemos identificado.

Conforme a esta clasificación resulta plausible que el consumidor inmobiliario pueda acudir a la jurisdicción ordinaria, para que, por la vía del trámite ejecutivo, se ordene a la sociedad fiduciaria el cumplimiento de la obligación determinada.

Creemos que esta tipificación se armoniza con las necesidades prácticas del consumidor inmobiliario, pues lo dotan de herramientas, elementos e inclusive se le alivian cargas probatorias al momento de hacer efectivos sus derechos.

Aunado a ello, la clasificación resulta útil para ser utilizada como insumo en el análisis de una eventual responsabilidad de la sociedad fiduciaria en armonía con el artículo 1234 del Código de Comercio y el esquema negocial propio del negocio fiduciario inmobiliario.

Referencias

Aristóteles (2006). *Ética Nicomaquea*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Colihue

Baena Cárdenas, L (2013) *Reflexiones Acerca de la Responsabilidad Contractual del Fiduciario*. Universidad Externado de Colombia

Superintendencia Financiera. Circular Externa 024. Bogotá. 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (27 de octubre de 2021) Sentencia 05001-31-03-010-2014-01068-01, 2021 [MP Octavio Tejeiro]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (23 de noviembre de 2022) Sentencia 05001-31-03-017-2012-00104-01, 2022 [MP Martha Guzmán]

Congreso de la República. (1993, abril 2). Decreto Ley 663 de 1993. Por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Disponible en línea:

https://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema financiero_ero_html

Congreso de la República. (1971, marzo 27) Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Disponible en línea: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Congreso de la República. (1873, mayo 26) Por la cual se expide el Código Civil Disponible en línea: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República. (2009, julio 15). Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Disponible en línea: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html

Congreso de la República. (2011, octubre 12). Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Disponible en línea: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Congreso de la República. (1968, diciembre 26). Ley 66 de 1968. Por la cual se regulan las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de viviendas y se determina su inspección y vigilancia. Disponible en línea: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=310>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (Noviembre 3, 2011) Sentencia 0999-09 [MP Óscar García]

Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991)

Enciclopedia Jurídica. (2020). Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Disponible en línea: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/contrato/contrato.htm>

Hammersley, M. y Atkinson P. (1983). *Ethnography: Principles in Practice*. London: Routledge.

Herrera Osorio, F (2011) *Revisión General de los Deberes Secundarios de Conducta de las Sociedades Fiduciarias en el Contrato de Fiducia*. Derecho y Realidad

Hinestroza, F (2007) *Tratado de las Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia

Maynez, E. (1956). *Introducción al estudio del Derecho*, 7ma. Edición, Editorial Porrúa, México.

- Mohajan, H. K. (2018). Qualitative research methodology in social sciences and related subjects. *Journal of Economic Development, Environment and People*, 7(1), 23. <https://doi.org/10.26458/jedep.v7i1.571>
- Remenyi, D. S. J., Swartz, E., Money, A., & Williams, B. (1998). *Doing Research in Business and Management: An Introduction to Process and Method*. SAGE Publications, London.
- Rodríguez Azuero, S. (2005) *Negocios Fiduciarios*. Editorial Legis
- Solarte Rodríguez, A (2004) *La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta*. Vniversitas
- Stiglitz Ruben, S (2010) *Contratos Civiles y Comerciales*. Editorial La ley Buenos Aires
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil (09 de diciembre de 2020) Sentencia 11001-31-03-003-2018-02591-01, 2020 [MP Juan Suarez]
- Trujillo Cabrera, J (2006) *La Carga dinámica de la Prueba*. Editorial Leyer.
- Unidroit. (2010) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Disponible en línea: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>
- Watson, R. T., & Webster, J. (2020). Analyzing the past to prepare for the future: Writing a literature review a roadmap for release 2.0. *Journal of Decision Systems*, 29(3), 129–147. <https://doi.org/10.1080/12460125.2020.1798591>
- Wolcott, H. (2009). *Writing up Qualitative Research* (3rd Ed.). Thousand Oaks, CA: SAGE