

La Ley 1480 de 2011 y su impacto en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las fiducias de administración y pagos, también llamadas fiducias completas en desarrollos inmobiliarios –Hacia un cambio de paradigma–*

Law 1480 of 2011 and its impact on the obligational structure of trusts as voices of administrative and payment trusts; also called full trusts in real estate developments –towards a paradigm change–

NICOLÁS ARANGO VÉLEZ**

* Fecha de recepción: 30 de agosto de 2019. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2019. Para citar el artículo: Arango N. "La ley 1480 de 2011 y su impacto en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las fiducias de administración y pagos, también llamadas fiducias completas en desarrollos inmobiliarios –Hacia un cambio de paradigma–". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n2.06>

** Abogado Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, Magíster Derecho Comercial Universidad Externado de Colombia año 2019, Jefe de Procesos Legales y Cumplimiento de la sociedad Industria Colombiana de Motocicletas Yamaha S.A. Contacto: narango@incolmotos-yamaha.com.co

RESUMEN

El negocio jurídico de fiducia mercantil ha permitido en las últimas décadas un crecimiento acelerado del mercado inmobiliario que ha impactado positivamente la economía nacional. En este, las entidades fiduciarias participan bajo diversas y elásticas tipologías y posiciones contractuales, convirtiéndose en eje central y en el motor de desarrollo económico y social del país, pues transmiten confianza y transparencia al consumidor y al constituyente fideicomitente, haciendo que el mercado inmobiliario adquiera una dinámica progresiva. En la mayoría de los casos, la decisión del consumidor a la hora de adquirir una unidad inmobiliaria va a estar soportada en el deber de seguridad y protección que otorga la entidad fiduciaria y que deriva de su experiencia, probidad, solidez, vigilancia y alta regulación.

Pese a lo anterior, se ha creado una línea interpretativa alrededor del marco obligacional propio de las entidades fiduciarias, que desdibuja las expectativas legítimas del consumidor inmobiliario, pues sin ningún matiz o excepción, excluye de plano la responsabilidad por el cumplimiento de los pilares básicos sustanciales consagrados en la Ley 1480 de 2011 –información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual–, considerando la normativa dispuesta en el Código de Comercio y la regulación particular del sector financiero, la base de su tesis. Contrario a ello, se aborda en el presente el análisis hermenéutico en la materia de una forma sistémica y armónica a la luz de los principios consignados en la Carta Política, integrando a la normativa sectorial, las normas generales de protección al consumidor y las instituciones propias del derecho privado con un nuevo enfoque constitucional. Lo anterior, en tanto se trata de un tema de especial relevancia constitucional, pues afecta el núcleo esencial de derechos constitucionales reconocidos en la Carta Política como el derecho a la vivienda, a la dignidad humana, a la igualdad y el deber de solidaridad.

De esta forma, se abre la posibilidad de considerar que, en ciertas categorías de negocios fiduciarios en materia inmobiliaria, puntualmente en fiducias inmobiliarias de administración y pagos llamadas también fiducias completas, dependiendo de la finalidad económica, de la actividad en la relación comercial y del rol asumido frente al consumidor inmobiliario, dichas entidades tengan una responsabilidad directa respecto de las obligaciones emanadas de la Ley 1480 de 2011, lo cual se cimienta en los siguientes ejes axiales: 1. La Ley 1480 de 2011 como régimen normativo integrado a la actividad fiduciaria a partir de: (i) Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011; y (ii) La conexidad contractual como institución hermenéutica de convergencia normativa – La construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor como causa supra contractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia; 2 El consumidor inmobiliario no persigue adquirir un producto

financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que obtiene la unidad inmobiliaria a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto, pues [...] "el fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente" [...]; 3. Como consumidor de un bien material, es titular de todos los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, cuyos bastiones fundamentales son: (i) La Información y Publicidad, (ii) La Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y (iii) La Protección Contractual. Los anteriores constituyen su principal interés, su finalidad última; 4. Conforme doctrina de gran autoridad en la materia², las entidades fiduciarias en su actuación como gestores, deben procurar la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario, y por ende el régimen de responsabilidad a deducirse de los dichos valores en juego, afirmación que emana del artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009³; 5. El consumidor como beneficiario en la mayoría de los casos, no es parte del contrato de fiducia inmobiliaria, es un tercero ajeno, cuya finalidad e interés es propio e independiente⁴; y 6. Las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo conforme lo normado en artículo 29.3 del Decreto 663 de 1993⁵, pues todo dependerá del análisis, la naturaleza, la finalidad del consumidor, la correlativa gestión para otro, el pacto contractual y demás relaciones que se susciten en la ejecución del respectivo negocio.

Palabras clave: Fiducia, consumidor, responsabilidad

ABSTRACT

The commercial fiduciary legal business has allowed in recent decades an accelerated growth of the real estate market that has positively impacted the national economy. In this, the fiduciary entities participate under diverse and

- 1 Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza "Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración", 31/07/2013.
- 2 BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª ed., pp. 98-104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.
- 3 (...). En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas 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".
- 4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P. William Namën Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01
- 5 "Prohibición general. 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".

elastic types and contractual positions, becoming the central axis and the engine of economic and social development of the country, as they transmit trust and transparency to the consumer and the trust constituent, making the real estate market acquire a progressive dynamic. In most cases, the consumer's decision when acquiring a real estate unit will be supported by the security and protection duty granted by the fiduciary entity and that derives from its experience, probity, strength, vigilance and high regulation.

Despite the above, an interpretative line has been created around the mandatory framework of the fiduciary entities, which blurs the legitimate expectations of the real estate consumer, since without any nuance or exception, it flatly excludes the responsibility for compliance with the substantial basic pillars enshrined in Law 1480 of 2011 – information and publicity, quality assurance, suitability and security and contractual protection –, considering the regulations set forth in the Commercial Code and the particular regulation of the financial sector as the basis of his thesis. Contrary to this, the hermeneutic analysis of the subject is addressed in the present in a systemic and harmonic way in the light of the principles set forth in the Political Charter, integrating the sector regulations, the general consumer protection standards and the institutions themselves, of private law with a new constitutional approach. The above, while it is a matter of special constitutional relevance, since it affects the essential core of constitutional rights recognized in the Political Charter as the right to housing, human dignity, equality and the duty of solidarity.

In this way, the possibility of considering, in certain categories of fiduciary businesses in real estate matters, punctually in real estate trusts of administration and payments also called full trusts, depending on the economic purpose, the activity in the business relationship and the role assumed against the real estate consumer, these entities have a direct responsibility with respect to the obligations emanating from Law 1480 of 2011, which is based on the following of axial axes: 1. Law 1480 of 2011 as a regulatory regime integrated to fiduciary activity from: (i) A systemic, historical interpretation and in accordance with the constitution of the scope of application regulated in article 2 of Law 1480 of 2011; and (ii) The contractual connection as a hermeneutical institution of normative convergence – The construction and adjudication of the real estate unit to the consumer as a supra contractual cause of the business underlying the trust agreement; 2 The real estate consumer does not seek to acquire a financial product, for example, a savings account, even though he obtains the real estate unit through a financial vehicle designed for the purpose, since [...] "the trust, in essence, is no more that a mere vehicle of an underlying business [...]; 3. As a consumer of a material asset, he is the owner of all the rights enshrined in Law 1480 of 2011 and concordant, whose fundamental bastions are: (i) Information and Advertising, (ii) The Quality, Suitability and Security Guarantee and (iii) Contractual Protection. The above constitutes

their main interest, their ultimate purpose; 4. According to doctrine of great authority in the matter, the fiduciary entities in their performance as managers, must ensure the satisfaction of the ultimate interest or purpose of the beneficiary, and therefore the liability regime to be deducted from the said values at stake, affirmation emanating from article 3 literal a) of Law 1328 of 2009; 5. The consumer as beneficiary in most cases, is not part of the real estate trust contract. The consumer is a third party, whose purpose and interest is independent; and 6. The obligations at the head of the fiduciary entities are not limited to the so-called media under a regime of subjective responsibility in accordance with the provisions of article 29.3 of Decree 663 of 1993, since everything will depend on the analysis, nature, purpose of the consumer, the correlative management for another, the contractual agreement and other relationships that arise in the execution of the respective business.

Key words: Trust, consumer, liability.

INTRODUCCIÓN

Generar estereotipos interpretativos rígidos en nuestro modelo constitucional ante una realidad innegable como lo es la desprotección del consumidor, frente a la vertiginosa aparición y evolución de negocios utilizados para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de vivienda, no es acertado. En el marco del Estado Social de Derecho concebido en la Carta Política de 1991, el derecho debe ser una herramienta que responda a realidades sociales y que propenda por soluciones justas y equitativas, lo que no significa desconocer la normatividad vigente que regula determinada materia, sino analizarla de forma sistémica, integrada y armonizada a la luz de los principios constitucionales.

El derecho de consumo en el sistema jurídico colombiano reviste gran relevancia, y esto se ve reflejado hoy, en decisiones jurisdiccionales que han irrumpido en terrenos hasta ahora impensados, dando una respuesta justa a los intereses del consumidor. En este sentido, vale la pena citar dos pronunciamientos que permitirán evidenciar nuestra línea hermenéutica, en sentencia del 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, resalta el derecho del consumo como materia que traspasa las tradicionales relaciones del derecho privado, planteando que [...] “se trata de una materia que traspasa las relaciones tradicionales propias del derecho privado, para extenderse a las que se ajustan entre el Estado y los diversos actores del mercado, en la medida en que tengan injerencia en los intereses de la colectividad; así, el derecho del consumidor puede situarse en relación con los derechos comercial, económico, de la competencia, de la distribución

y ambiental⁶ [...]; a su turno, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, dentro del proceso de protección al consumidor del sonado caso del edificio Space en la ciudad de Medellín⁷, remembrando sentencia de la Corte Suprema de Justicia, expone una tesis revolucionaria, dando prevalencia a los derechos del consumidor, por encima de las reglas con rango de ley que disciplinan los procesos de reestructuración empresarial. Se expuso en la citada sentencia:

[...] “la Corte Suprema de Justicia advirtió que la actividad judicial no puede asentarse hoy sobre percepciones estrictamente individualistas, sino es dado que se afiance tozudamente en el principio de la autonomía privada, pues por encima de esos dogmas se eleva la capacidad de imponer equilibrio donde la fuerza de la naturaleza o de las circunstancias no la hay, no debe asombrar entonces que ante la creciente irreprimible aparición de estos métodos de contratación, así como el surgimiento y fortalecimiento de novedosos fenómenos sociales como el de los consumidores, los empresarios y fabricantes, deban romperse rancios esquemas forjados en medio de un inflexible rigor para dar paso en cambio a la elaboración de respuestas útiles, justas y adecuadas desde esa perspectiva”⁸[...].

En la actualidad la resolución de los conflictos que se suscitan entre una entidad fiduciaria y un consumidor en el marco de desarrollos inmobiliarios, no es pacífica. No existe unicidad de criterio en torno al régimen normativo que debe regular dicha relación, y por el contrario, podemos decir que los razonamientos jurídicos se encuentran divididos. Por un lado, un sector considera que es la regulación especial dispuesta para el sector financiero y lo consignado en el Código de Comercio, el marco normativo aplicable; por otro lado, se plantea que la Ley 1480 de 2011 es plenamente aplicable y la llamada a disciplinar de forma integrada, e incluso principal, dicho negocio jurídico cuando de un lado existe un consumidor inmobiliario.

No se encuentra acertado afirmar categóricamente que las obligaciones particulares de información y publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad, contenidas en la Ley 1480 de 2011, escapan del espectro obligacional de las entidades fiduciarias de cara al consumidor inmobiliario, por el sólo hecho de pertenecer al sector financiero y contar con una regulación especial. Tampoco se considera pertinente aseverar de una forma absoluta, que es la Ley 1480 de 2011 la normativa que de forma

6 Sentencia SC 072. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Mayo 3 de 2005. Expediente: 5000 1310 3001 1999 04421 01.

7 <<http://www.eltiempo.com/noticias/edificio-space>>

8 Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: María Patricia Cruz Miranda. Radicado: 20141624702. Acción de Protección al Consumidor. Sentencia del 7 de septiembre de 2017. Andrea Henao Martínez, Raquel Martínez Restrepo, Camilo Tobón Bustamante, María Amparo Montoya De Sánchez, Luis Fernando Lopera Guevara Y Silvia Villegas Palacio contra las Sociedades Alsacia Constructora de Obras S.A., Lérica Constructora de Obras S.A., Gonelas S.A.S. en Liquidación y Calamar CDO S.A.S.

exclusiva y excluyente debe regular la relación fiduciaria – consumidor inmobiliario, cuando no hay duda de que aquella pertenece a un sector especial y particular que tiene una regulación propia.

El objetivo trazado, es generar un planteamiento con un enfoque armonizador entre las normas que coexisten en la relación fiduciaria–consumidor inmobiliario, puntualmente en las Fiducias inmobiliarias de administración y pagos, también denominadas *Fiducias Completas*, que perfectamente puede ser aplicable con ciertos matices y dependiendo del caso, a otras tipologías fiduciarias o incluso de encargos fiduciarios, rompiendo con el arquetipo interpretativo de la inaplicación del Estatuto General de Protección al Consumidor respecto a las obligaciones de las entidades fiduciarias.

Hablar del régimen obligacional y la responsabilidad de las entidades fiduciarias como voceras y gestoras de fideicomisos constituidos para desarrollar proyectos inmobiliarios, de cara al consumidor final, en realidad resulta problemático. El fideicomiso como negocio jurídico típico, fue acogido por la legislación colombiana en el año 1971 con la expedición del código de comercio, momento en el cual, si bien se encontraban normas dispersas en el ordenamiento que de forma exigua consagraban diversos derechos, no existía ni se hablaba de un régimen particular e integral de protección al consumidor. Son diez años entre la aparición del código de comercio y la expedición del primer cuerpo normativo que recoge el decálogo de normas de protección al consumidor en Colombia - Decreto 3466 de 1982. Pero incluso, no es esta última referencia la que da cuenta real de dicho distanciamiento histórico. El origen del negocio fiduciario mercantil y del derecho de consumo en Colombia, responden a realidades y momentos diversos. El primer antecedente del negocio fiduciario en el país, se encuentra en las leyes 51 de 1918 y 45 de 1923^[9], normativas con un claro y marcado alcance bancario, cuya finalidad respondía a una necesidad económica para ese entonces. Los intereses y derechos del consumidor de bienes y servicios no se hallaban inmersos en dicha regulación, ni en los políticos (al menos principales) de aquella época.

El primer antecedente normativo en Colombia del derecho de consumo data de 1981 con la expedición de la Ley 73, con la cual el Estado colombiano intervino en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, siendo expedido en el año 1982, el primer estatuto en la materia.

El fideicomiso aparece en la legislación colombiana con unos fines y en un momento muy diferente al actual en los aspectos social, económico, político y jurídico. Desde su consagración legal se han presentado enormes cambios estructurales en el sistema colombiano. Los bastiones constitucionales de aquel entonces son diversos a los presentes. Mientras el fideicomiso fue concebido bajo un régimen constitucional basado en el *estado de derecho*, la normativa

9 RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. 1ª ed., pp. 56-57. Bogotá. Legis Editores S.A, 2017. ISBN: 9789587674712.

que regula el derecho de consumo hoy, está cimentada en una constitución concebida como *social de derecho*, lo que cambia diametralmente el discurso jurídico frente a la materia, pues este modelo constitucional, entre otras cosas, [...] “se centra en la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto”¹⁰ [...]. De esta forma, las instituciones se han transformado y evolucionado. Esta realidad histórica es quizá, uno de los orígenes principales del que deviene la dificultad en la aplicación del régimen obligacional que recoge la Ley 1480 de 2011 en cabeza de las entidades fiduciarias. Cabe citar al respecto, lo expuesto por la Corte Constitucional frente a la concepción de las relaciones de consumo, antes de la constitución de 1991 y posterior a ella:

[...] “Como lo ha resaltado la Corte en decisiones anteriores, el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios tuvo un cambio significativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. En el periodo preconstitucional (sic), la relación entre los sujetos que concurren al circuito comercial de distribución de bienes y servicios (productores, comercializadores y consumidores) estaba basada en las reglas propias del liberalismo económico. Los consumidores, en su condición de adquirentes de los productos, estaban en un plano de igualdad de negociación con los oferentes de los mismos y, en caso que se encontraran desequilibrios en su compraventa, bien por desigualdades ostensibles en el precio o en la calidad exigible de las mercaderías, tenían a su disposición las herramientas propias del derecho civil para reparar el daño sufrido (resarcimiento de la lesión enorme, saneamiento por evicción o por los vicios ocultos del bien, responsabilidad civil contractual, etc.). Esto implicaba, como es obvio, la presunción que los productores, intermediarios y consumidores (i) acceden al mercado en idénticas condiciones; (ii) tienen a su disposición el mismo grado y calidad de la información; (iii) poseen idénticas condiciones de acceso a la solución jurisdiccional de los conflictos que se susciten en esas relaciones de intercambio”¹¹ [...].

En la relación jurídica que planteamos convergen dos instituciones: el Derecho de Consumo y el Contrato de Fiducia Mercantil. Ambas con un antecedente jurídico e histórico propio, que responden y anteceden a necesidades y finalidades algunas veces disímiles. Se encuentran en la misma relación: un consumidor y su necesidad de vivienda y un vehículo contractual de utilización frecuente por las ventajas que ofrece para el desarrollo de proyectos inmobiliarios denominado: *el Negocio de Fiducia Inmobiliaria* y particularmente *la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos* o la denominada *Fiducia Completa*. Ante esta situación: ¿cómo afirmar que en dicha relación prevalecen y se superponen las normas propias del sector financiero y del Código de Comercio frente a las normas generales de protección a los consumidores consignadas en la Ley 1480 de 2011, o viceversa?

10 Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

11 Sentencia C-749 de octubre 21 de 2009, Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

La estructura obligacional en cabeza de las entidades fiduciarias, se ha afinado por un sector en las normas que regulan el ámbito financiero excluyendo la integración de otros regímenes en la materia, tal como acontece con la Ley 1480 de 2011 – Estatuto General de Protección al Consumidor. Se ha dicho por una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, incluyendo en ella la justicia arbitral, que las obligaciones que asumen las entidades fiduciarias de cara al consumidor inmobiliario son las derivadas de la normatividad que integra el sector financiero, en especial, las que emanan del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993– y Estatuto de Protección del Consumidor Financiero –Ley 1328 de 2009. Conforme a esta interpretación, en las llamadas *Fiducias Inmobiliarias Completas*, se ha asumido que las obligaciones de las entidades fiduciarias respecto al consumidor inmobiliario, corresponden a un régimen de responsabilidad subjetiva de obligación de medio. En este sentido, se ha afirmado que la entidad fiduciaria es ajena o a lo sumo adquiere una obligación de medio en el cumplimiento de los derechos esenciales que aspira obtener el consumidor inmobiliario y que conforman los pilares básicos de la Ley 1480 de 2011.

Lo dicho en líneas anteriores es una interpretación que, en nuestro criterio, no se corresponde con los postulados del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993–, Estatuto de Protección del Consumidor Financiero –Ley 1328 de 2009– y Estatuto General de Protección al Consumidor –Ley 1480 de 2011–, todos ellos a la luz de la Carta Política. Una interpretación armónica desde nuestra óptica, da lugar para que en el caso de las fiducias inmobiliarias completas, o incluso en otras tipologías fiduciarias, dependiendo de diversos factores, tanto jurídicos como fácticos, dichas normas no se excluyan, y por el contrario se complementen, alcanzando maximizar los intereses, derechos y principios vertidos en la Constitución Política Colombiana en pro del consumidor inmobiliario, de lo cual se derivará un impacto importante en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de estos patrimonios autónomos.

1. MARCO GENERAL EN TORNO AL PROBLEMA

1.1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE ENFRENTA EL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE UNIDADES INMOBILIARIAS A TRAVÉS DE UN VEHÍCULO DE PROPÓSITO ESPECIAL DENOMINADO CONTRATO DE FIDUCIA INMOBILIARIA

En las últimas décadas el mercado inmobiliario ha tenido un crecimiento abrumador que ha impactado positivamente la economía nacional¹². No obstante,

12 “De acuerdo con los cálculos del gremio, la fiducia inmobiliaria crecería cerca de 27% al finalizar 2016, en términos de volumen de activos administrados. En número

la legislación colombiana y la interpretación normativa en la materia, no han ido a la par. A pesar del riesgo y de la responsabilidad social que la actividad inmobiliaria conlleva, y de los constantes ejemplos de incumplimientos a consumidores y trágicos casos que han dado lugar a la pérdida de vidas humanas y numerosas familias con afectaciones económicas, psicológicas y morales irreparables, la regulación normativa permite que en dicho mercado participe cualquier persona natural o jurídica sin mayores exigencias. Solo hasta el año 2016, y con ocasión de la tragedia del Edificio Space en la ciudad de Medellín¹³, se expidió la Ley 1796 de 2016 cuyo objeto fue generar medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, normativa que incluso, años después de su entrada en vigencia, no ha sido implementada íntegramente, y cuya redacción en cuanto al aseguramiento patrimonial contradice su propia finalidad.

Ante este panorama, han entrado al mercado inmobiliario las entidades fiduciarias, quienes participan bajo diversas tipologías contractuales. Estas, sin duda, son motor de desarrollo económico y social del país, pues transmiten confianza y transparencia al consumidor y al constituyente fideicomitente, haciendo que el mercado inmobiliario adquiera una dinámica progresiva.

En informe económico realizado por Camacol, se indica que la recuperación de actividad edificadora después de los años noventa, se fundamentó en el cambio del modelo del negocio, en el cual se incorpora un actor fundamental como lo son las sociedades fiduciarias, eje estructurante del negocio inmobiliario. Se enseña en el mencionado reporte que:

[...] "De acuerdo con el reporte consolidado de activos fideicomitidos de la Superintendencia Financiera, a septiembre de 2012 se encuentran administrados bajo la figura de fiducia inmobiliaria 4.324 activos por un valor de 16,9 billones de pesos, representando un crecimiento anual de 10% en el número de activos y de 18% en el valor de los mismos (Tabla 1)". [...] ¹⁴.

Si bien en el consumidor existe desconfianza a la hora de adquirir una unidad inmobiliaria por el contexto socio jurídico en que se ha desenvuelto la actividad, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, su decisión va a estar soportada

de negocios, se estima un crecimiento de 15% anual, para alcanzar cerca de 8.000 administrados al cierre del año". Revista Dinero. Edición – Impresa. Publicado 26 de mayo de 2016. <<http://www.dinero.com/edicion-impresa/finanzas/articulo/se-espera-un-crecimiento-en-los-negocios-de-fiducia-inmobiiliaria-este-ano/224011>>

13 "Edificio Space, el sueño que hace cuatro años desplomó las ilusiones de 161 familias en Medellín" <<https://noticias.caracol.com/medellin/edificio-space-el-sueno-que-hace-cuatro-anos-desplomo-las-ilusiones-de-161-familias-en-medellin>>

14 CAMACOL-Estudios Económicos-Informe Económico n.º 41 noviembre de 2012. Sandra Forero Ramírez- <https://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/Informe%20Econ%C3%B3mico-%20Nov2012-No%2041_0.pdf>

en la seguridad que otorga la entidad fiduciaria por su experiencia, probidad, solidez, vigilancia y regulación. Pese a esto, la interpretación de gran parte de la doctrina y jurisprudencia, ha creado una línea interpretativa que excluye de plano la responsabilidad por la información y publicidad, la efectividad de la garantía, y la protección contractual contenidas en la ley 1480 de 2011, o a lo sumo, han atribuido un alcance de responsabilidad estructurado bajo las denominadas obligaciones de medio, en cabeza de las entidades fiduciarias. Este arraigo hermenéutico se fundamenta en las normas que regulan el sector financiero, en especial el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993 artículo 29.3 que establece: *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*¹⁵. Así mismo, en cuanto a que la misma se ha considerado propietario instrumental y no un titular pleno y absoluto del derecho real de dominio de los bienes fideicomitidos¹⁶. De esta forma, la delimitación de responsabilidad, o el indebido encuadramiento en obligaciones de medio cuando deben ser por naturaleza de resultado, además de implicar una generalizada desconfianza del público en el sistema financiero, deja desprovisto al consumidor de una protección integral en cuanto al interés que persigue.

El problema radica en que, tratándose de desarrollos inmobiliarios ejecutados a través de un negocio de fiducia inmobiliaria completa, encontramos dos sujetos que son eje central y que tienen un régimen normativo particular diverso. Por un lado, tenemos un negocio fiduciario del cual deriva un patrimonio autónomo cuyo vocero es una entidad fiduciaria, vigilada, controlada y regulada por las normas que conforman el sector financiero y a la cual, por tanto, le son aplicables las normas propias de dicho sector; por el otro, tenemos al consumidor inmobiliario, quien como se ha manifestado, adquiere un inmueble a través de un vehículo financiero y no un producto financiero en sí. Pero sumado a ello, alrededor de dicho negocio, también confluyen otros sujetos y negocios jurídicos conexos o imbricados en dicha relación, lo cual nos saca de las relaciones tradicionales reguladas en los códigos. El problema se agudiza más cuando uno y otro régimen en cuanto a obligaciones y responsabilidad, pareciera repelerse, pues superficialmente puede entenderse que el sector financiero parte de una calificación de obligaciones de medio y

15 Circular Básica Contable y Financiera y remisión de información (C.E 100 de 1995); Circular Básica Jurídica (C.E. 029 de 2014); Ley 795 de 2002, Decreto 847 de 1993; y las normas que particularmente regulan dicho negocio jurídico consagradas en el Libro Cuarto Título XI del Código de Comercio.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: casación n.º 0293.

de responsabilidad subjetiva, mientras el general de protección al consumidor, se inclina por una responsabilidad objetiva con obligación de resultado.

Por otro lado, tal como acontece con muchos otros modelos contractuales complejos en una economía moderna y acelerada, en el negocio de fiducia inmobiliaria en relación al consumidor, encontramos un complejo entramado contractual, del cual el consumidor no fue parte, incluso a la hora de vincularse no conoce y mucho menos le es informado. La relación de la cual germina dicho negocio, y las demás íntimamente relacionadas y conexas, son desconocidas para dicho tercero adquirente. Alrededor del negocio de fiducia inmobiliaria cuyo fin es el desarrollo inmobiliario, existe todo un universo contractual estructurado entre el fideicomitente, la entidad fiduciaria y los demás partícipes, que llevan a entrar en terrenos jurídicos no tradicionales y que dificultan encontrar soluciones únicas.

Lo cierto es que no puede desconocerse que los partícipes del negocio fiduciario tienen un régimen regulatorio diverso y particular, y que ninguno de los dos puede excluirse y desnaturalizarse en procura de la protección de uno de ellos. Se abre entonces la necesidad de escrutar cómo, en qué casos y de qué forma, pueden integrarse las normas de uno y otro régimen, y en este sentido, determinar como la Ley 1480 de 2011 en sus pilares básicos permearon e impactaron el régimen obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las llamadas *Fiducias Completas* en desarrollos inmobiliarios, rompiendo diversos paradigmas que se han sentado en la materia.

1.2. LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS O TAMBIÉN LLAMADA FIDUCIA COMPLETA COMO MODELO CONTRACTUAL EN EL CUAL SE PRESENTA UNA MAYOR INTERRELACIÓN ENTRE LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA, CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO.

Las tesis propuestas para definir la naturaleza del negocio fiduciario y los esquemas que se han utilizado y diseñado en torno al mismo, incluso los modelos dispuestos de forma reglamentaria por la Superintendencia Financiera, no llegan a ser arquetipos que tipifiquen de forma exclusiva y exhaustiva el régimen legal y obligacional de las entidades fiduciarias, sin que con esto se exprese, que juegan un papel irrelevante, pues [...] "las finalidades del fideicomiso dentro del tráfico pueden ser tan amplias y extensas como el mismo talento y la creatividad humana" [...] ya que [...] "existe una amplia gama de actividades económico-jurídicas que pueden ser realizadas a través de la fiducia mercantil" [...] por lo cual [...] "ha sido calificada como un negocio de carácter instrumental"¹⁷ [...].

17 Ídem.

Una de las notas características del contrato comercial de fiducia, y específicamente de la fiducia inmobiliaria, es que él mismo es en esencia un vehículo contractual elástico o flexible de carácter instrumental, que permite realizar cualquier tipo de finalidad lícita, y amoldarse a las necesidades y a los pactos privados. En él, la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante, de manera que “los tipos de negocios fiduciarios reconocidos en Colombia abarcan de manera casi que ilimitada, todos los actos y negocios jurídicos lícitos, salvo aquellas excepciones legales que reservan taxativamente determinadas actividades a estatutos especiales”¹⁸. Aunado a la versatilidad de dicho negocio jurídico, también es una particularidad propia que converja en el mismo no solo uno, sino múltiples sujetos y contratos que se hallan ubicados y regulados por diversas ramas y áreas del ordenamiento colombiano, lo cual hace que no pueda deducirse un marco obligacional único.

Pues bien, este negocio jurídico de tanta complejidad, conlleva no generar conceptos inflexibles, ya que todo dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas en que se desenvuelva. No obstante, “hay ciertas reglas ya marcadas [...] por tipos no consagrados en la ley pero con plena delimitación social [...] que por [...] partir de la observación de la realidad permite una correcta interpretación del negocio jurídico, dando los criterios necesarios para su acertada calificación”¹⁹ [...]. En este sentido, en tanto no es posible, ni el objeto del presente artículo abarcar de forma casuística el problema, sino generar conceptos generales que puedan ser una base o punto de partida en torno a este, nos centraremos en uno de los modelos de fiducia inmobiliaria, que conforme a la tipicidad social que le es propia, y los pocos lineamientos consagrados normativamente, permite identificar un mayor grado de participación en el proceso de desarrollo inmobiliario. Para este propósito, será la *Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos*, denominada también como *Fiducia Completa*, definida y descrita de forma reglamentaria por la Superintendencia Financiera de Colombia, el modelo fiduciario del cual partirá el presente.

Se encuentra en el negocio de fiducia propuesto, una mayor interrelación entre el consumidor inmobiliario y la entidad fiduciaria; un mayor grado de participación de esta en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual. En esta tipología, la entidad asume un rol integral que incluye, entre otros: la administración, el desarrollo, la supervisión y la tradición o entrega jurídica de la unidad inmobiliaria. No obstante, cabe aclarar en este punto que conforme a la autonomía privada que se convierte en eje de su disciplina, bien pueden las partes pactar que la fiduciaria asuma uno o alguno

18 Asociación Nacional de Industriales. Documento titulado: Fiducias: “*La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios*”. < <http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>>.

19 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos Mercantiles*. Tomo II *Contratos Atípicos*. 5ª Edición, pp. 24-25. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2014. ISBN: 958-9276-26-1.

de los anteriores roles, o incluso otros diversos que no correspondan propiamente a esta tipología, luego se parte de una concepción amplia en términos de participación. Esta participación completa, conlleva necesariamente a que su actividad esté íntimamente conexas, de forma directa, con los derechos esenciales dispuestos en la Ley 1480 de 2011 en relación al consumidor.

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una disposición que tipifique particular e íntegramente la estructura jurídica de la denominada fiducia inmobiliaria completa. Se ha dicho incluso respecto de la fiducia inmobiliaria como género, que la misma [...] a pesar de la indiscutible tipicidad social que tiene, carece de una disciplina orgánica propia o específica, distinta de la "normatividad marco", que regula el contrato de fiducia contenida en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio ²⁰ [...] y que las disposiciones reglamentarias contenidas en la Parte II, Título II, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera, [...] carecen de la virtualidad jurídica suficiente para ser consideradas como una disciplina orgánica reguladora de la denominada fiducia inmobiliaria²¹ [...].

Como una aproximación al concepto de la Fiducia Inmobiliaria Completa, se puede citar como antecedente normativo reglamentario la Circular Externa 007 de 1996 emanada de la Superintendencia Bancaria, que definía el Fideicomiso de Administración de Proyectos de Construcción como:

[...] Aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato [...]

En esta disposición reglamentaria, se reconoce uno de los elementos básicos que, a este concepto, se presenta en este tipo contractual, el que se puede denominar como *la integralidad de participación* en el proyecto constructivo, pues nótese que involucra las actividades de administración, desarrollo y transferencia.

Si bien es cierto hoy no está vigente dicho acto reglamentario, pues las tipologías se hallan descritas en las disposiciones contenidas en la Parte II, Título II, Capítulo Primero de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera – Circular Externa 29 de 2014, lo cierto es que la misma ya evidenciaba la existencia y los rasgos característicos de la denominada fiducia inmobiliaria completa, que como se dijo anteriormente, tiene

20 BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición, pp. 30-31. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

21 Ídem.

una marcada tipicidad social propia, a la cual se integran los pactos privados y normas imperativas.

La Superintendencia de Financiera de Colombia también ha tenido la oportunidad de abordar el tema, resaltando como característica propia de esta tipología, el grado de participación de la entidad fiduciaria, así como las tres etapas en que se desenvuelve comúnmente un proyecto inmobiliario: una previa, una de desarrollo del proyecto, y, por último, la de liquidación y escrituración. Se expuso en el mencionado concepto²²:

[...] “El desarrollo de esta figura ha permitido reconocer distintas modalidades que, de una parte, se diferencian por el grado de la participación de la fiduciaria, cuyas obligaciones podrían comprender desde las completas que correspondan al esquema anterior hasta las más simples de administrar los recursos dinerarios empleados en el proyecto inmobiliario, para garantizar su oportuno y exclusivo empleo. [...] En la denominada fiducia inmobiliaria clásica, por tratarse del esquema más utilizado, es posible reconocer tres etapas. La previa o preliminar destinada a revisar la documentación básica, como títulos, permisos de autoridades, planos y estudios de factibilidad, pero, sobre todo, a la consecución de los inversionistas potenciales, esto es, las personas que estarían dispuestas a ‘comprar’ en planos y que, valiéndose del esquema fiduciario, pueden hacerlo desde ese momento sin riesgo alguno. En efecto su vinculación supondrá inicialmente, comprometerse a poner la suma que según el flujo de fondos está prevista como cuota inicial de los inversionistas, la cual será depositada en el fondo común ordinario, o invertida rentablemente. La segunda corresponde al desarrollo propio de la obra y se caracterizará por la celebración de los contratos de obra y suministros, bajo la dirección de una gerencia de obra, que en algunas ocasiones asume el fiduciario y con la supervisión de un ingeniero interventor. [...] Y la última dice con la liquidación del proyecto, incluyendo las escrituraciones de las unidades resultantes, la tramitación de las subrogaciones ante las entidades financieras que han concedido créditos para la construcción y que ahora lo sustituyen por créditos individuales a largo plazo para los compradores y la rendición final de cuentas propia del negocio fiduciario.³ [...] De conformidad con lo expuesto, las sociedades fiduciarias, la mayoría de las veces, con ocasión del contrato de fiducia mercantil, desarrollan la actividad de fiducia inmobiliaria comprometiendo únicamente a administrar los recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales compradores, asumiendo simplemente el manejo de la tesorería del proyecto. [...] En otros casos, puede comprometerse con el fideicomitente a ser ella misma quien se encargue de administrar y desarrollar el proyecto inmobiliario, para lo cual contrata personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del contrato de fiducia” [...].

22 Superintendencia Financiera. Concepto 2004043706-2 del tres de septiembre de dos mil cuatro. <<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/doctrinas2004/fiduciaimobsofcfidiv051.htm>>.

A su turno, la doctrina nacional y extranjera también se ha referido al nivel o grado de participación de la entidad fiduciaria en todo el proyecto constructivo, como nota característica que diferencia esta modalidad contractual. Se ha resaltado que un proyecto de construcción [...] no se agota en un acto único, sino que se instrumenta a través de un iter, que normalmente abarca las siguientes etapas a nivel "macro": el diseño del esquema del negocio; el armado del contrato de fideicomiso y sus anexos; su comercialización entre potenciales inversores; el desarrollo de la obra; su entrega, la escrituración y extinción [...] ²³; y que por ende, dicho vehículo o contrato fiduciario debe:

[...] "adecuarse, en lo que concierne a su diseño, planificación, comercialización y adjudicación, según el caso, a sus particulares características, además de reglamentar las cuatro etapas que comúnmente comprenden un proyecto basado en la construcción de una obra (ya sea a través de su afectación al régimen de propiedad horizontal o bien, para el loteo de un barrio privado o cerrado, o bien, a los fines de la construcción de un complejo de dúplex en grandes ciudades, según el caso), como son; la transferencia de la propiedad fiduciaria del conjunto de activos fideicomitidos del proyecto (tanto el terreno (de existir en tal instancia) como los fondos aportados para la construcción) a favor del fideicomiso; la administración del proyecto durante su ejecución, concertando operaciones tanto a nivel interno como externo; la asignación de beneficios por parte del fiduciario a favor de los beneficiarios; y finalmente, la adjudicación de la propiedad plena de las unidades terminadas, por parte del fiduciario, a favor de los fideicomisarios, o bien, alternativa o conjuntamente, su comercialización a favor de terceros" [...] ²⁴.

El Profesor Baena Cardenas, respecto del grado de participación, ha dicho que "en la denominada fiducia inmobiliaria clásica se reconocía tres etapas: la previa o de determinación de la viabilidad jurídica, económica y financiera del proyecto; la de ejecución de la construcción; y la de liquidación del proyecto" ²⁵ y que hoy:

[...] se reconocen en el mercado distintas modalidades que se diferencian entre sí por el grado de participación que la sociedad fiduciaria tiene, el cual puede comprender únicamente la administración de recursos destinados a la construcción de la obra provenientes del fideicomitente o de los potenciales adquirentes,

23 RUIZ DE LOPEGUI, GERVASIO. La obra al costo: un modelo de negocio. Capítulo incluido en la obra de Tabakman, Damián. Fideicomisos al costo. Bienes Raíces Ediciones. 2011, p. 201.

24 Papa, Rodolfo G. Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios. Publicado en: la Ley 02/12/2014, 02/12/2014, 1—la Ley 2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

25 BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición, p. 30. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

asumiendo solo el manejo de la tesorería del proyecto, o puede comprender la administración y desarrollo integral del proyecto, para lo cual contrata a personas expertas en el tema de la construcción y transfiere las unidades construidas a quienes corresponda de acuerdo con el respectivo contrato fiduciario [...]»²⁶.

Otras voces de reconocida autoridad en la materia, bajo el título de *Clásica, tradicional u omnicomprendiva*, la reconocen como [...] una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas [...], que supone [...] la transferencia de un lote de terreno al fiduciario, que pasa a integrar un patrimonio autónomo, con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados [...], y que de contera asegura [...] la recaudación de cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto²⁷ [...].

En la actualidad, la Fiducia de Administración y Pagos es utilizada en la etapa de desarrollo material del proyecto inmobiliario. Esta tipología está descrita en la Circular Externa 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia como:

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

Se considera que la llamada Fiducia Completa no se agota en la simple administración, pagos y transferencia de las unidades construidas, pues es nota característica, además, el desarrollo integral del proyecto o *integralidad de participación*, aspecto perfectamente viable al ser el negocio fiduciario en esencia flexible y no contradecir ninguna disposición imperativa. Luego al margen de que en esta definición haya desaparecido el desarrollo, lo cierto es que el mismo se subsume en la gestión propia de administración, pues hace parte de su tipificación social.

Abordar el tema desde este tipo, permitirá transpolar las conclusiones establecidas incluso hacia otras subespecies, puntualmente a la fiducia de preventas, en cuanto las mismas tienen un gran contenido de relatividad, pero

26 Ídem.

27 RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, op. cit., p. 474.

para ello, se debe fijar a partir del modelo escogido, las bases interpretativas del presente trabajo.

Se ha resaltado en este acápite la importancia de enmarcar esta investigación en un tipo contractual, "pues contribuye a su correcto conocimiento, precisamente por partir de la observación de la realidad y además permite una correcta interpretación del negocio jurídico, dando los criterios necesarios para su acertada calificación^{28"}, no obstante, es de resaltar que el vínculo jurídico que surge entre una entidad fiduciaria y el consumidor inmobiliario, tiene distintas clases y fuentes de obligaciones, bien sea legales, otras contractuales, y no se agota de forma exclusiva en una determinada la tipología como la propuesta, como tampoco en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio o la normatividad que integra el sector financiero. Es decir, el contrato comercial de fiducia inmobiliaria y particularmente el denominado *Completo*, como vehículo contractual utilizado en la etapa de desarrollo de proyectos inmobiliarios, no reviste reglas exhaustivas, por el contrario, la regulación típica o el tipo social, dará unas pautas generales, luego a este deben integrarse las disposiciones imperativas, tal es el caso de la Ley 1480 de 2011 y complementarias para el sector inmobiliario, y claro, la autonomía de la voluntad como uno de los ejes axiales de este tipo de negocios. Integrando estos, se puede identificar la mayor o menor cercanía o relación con el consumidor; o la mayor o menor injerencia en las actividades que de una u otra forma involucran los derechos de publicidad e información del proyecto; la actividad contractual en lo que concierne a la adquisición de la unidad inmobiliaria, esto es, la protección contractual en la fase de desarrollo; y la garantía de calidad, idoneidad y seguridad.

Sin perjuicio de todos aquellos deberes generales, es posible identificar notas características de las funciones más relevantes en la etapa de desarrollo del proyecto inmobiliario, ejecutado a través de la Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos, que impactan al consumidor inmobiliario en relación con sus derechos. Estos roles son perfectamente determinables como pautas generalizadas, y se deducen del marco general que tipifica el contrato comercial de fiducia en el Código de Comercio, de las regulaciones reglamentarias expedidas en torno al mismo, y de la praxis comercial en la materia. Luego no se abordará en consecuencia obligaciones que, aunque de suma importancia, para efectos de este trabajo no se relacionen con las bases sustanciales del estatuto general de protección al consumidor.

Si bien no es posible contractualmente desligar por completo la etapa previa y la de desarrollo por la función jurídico económica que engloba todo un proyecto, lo cierto es que en la fase de desarrollo, la entidad fiduciaria como representante del patrimonio autónomo conformado, tiene participación

28 ARRUBLA PAUCAR, op. cit., p. 24.

directa en la estructuración contractual de vinculación y la firma o perfeccionamiento del mismo, esto es, concurre a la celebración del negocio jurídico de vinculación, bien directamente, ora en compañía y en conjunto con el constructor o desarrollador. Luego también participa directamente en la escrituración y tradición o entrega jurídica. Estos dos momentos negociales, son de trascendental y vital importancia, pues impactan de una u otra forma, los tres pilares básicos que en materia sustancial consagra la Ley 1480 de 2011, sobre lo cual se hará referencia más adelante.

Frente al desarrollo o ejecución material del proyecto, es posible (aunque de poco uso), que el encargo conlleve el compromiso con el fideicomitente para que el fiduciario sea quien además de administrar, desarrolle directamente el proyecto, contratando con terceras personas la construcción, lo que de suyo compromete la obligación de garantía de calidad, idoneidad y seguridad. Así mismo, también podría adquirir la obligación, no de desarrollo directo, pero sí la celebración de los contratos de obra y suministros, lo que no descarta también una asunción de responsabilidad frente a la garantía del producto dependiendo de las circunstancias jurídicas y fácticas. Sobre este tópic, lo que queremos significar es que la ejecución material, y de contera la responsabilidad por la garantía de calidad, idoneidad y seguridad, o por vicios ocultos de la cosa, o por la falta de entrega o entrega defectuosa, no puede desecharse de plano, ya que "la intensidad del vínculo obligatorio, esto es, la medida del compromiso que adquiere el fiduciario, varía según las circunstancias particulares en que se celebra el negocio fiduciario, atendida la finalidad a la que quedan afectados o se encuentran afectados los bienes fideicomitidos"²⁹.

Ahora bien, dicho vehículo de propósito especial para la ejecución, desarrollo y transferencia de las unidades resultantes, requerirá de una sucesiva actividad contractual, bien con consumidores (llámese compradores, beneficiarios de área, inversionistas, fideicomitentes) o con terceros contratistas conforme el encargo que se le haya encomendado en cuanto al desarrollo material. De suyo que se trate de [...] contratos de fiducia mercantil que sirven de régimen general para que se lleven a cabo en adelante sucesivos negocios de diversa índole [...] en particular para que se lleven a cabo operaciones de cesión de derechos de beneficio fiduciario con los terceros interesados³⁰ [...]. Sobre este punto, se mencionó que la finalidad última es la transferencia de las unidades inmobiliarias, lo cual viene necesariamente precedido de un contrato inicial con el cual nace la relación en la etapa de desarrollo (llámese contrato de vinculación como beneficiario de área, o contrato de promesa

29 BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, op. cit., p. 112.

30 BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*, op. cit., p. 187.

de compraventa), y en una etapa previa llamada de preventas de un negocio jurídico denominado comúnmente como encargo fiduciario de inversión.

Corolario de lo dicho en cuanto a información, publicidad y protección contractual, desde la etapa previa hasta la culminación del encargo, la entidad fiduciaria asume un rol fundamental, pues es quien concurre –directamente o en conjunto– a la celebración de los mencionados contratos. Dicha función no se agotará en este acto previo, perdurará durante toda la etapa constructiva, en tanto como experto y por la ubérrima confianza que transmite al consumidor y que de suyo éste le deposita, tiene el deber de informar de forma idónea y oportuna todo cambio o mutación en cuanto a las características, tiempos, condiciones, entre muchos otros, sin querer significar con ello que quede relevada de responsabilidad.

1.3. LA REGULACIÓN DEL NEGOCIO Y ACTIVIDAD FIDUCIARIA, FRENTE A LA LEY GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: UNA APROXIMACIÓN A LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS INMERSOS EN LOS DIVERSOS REGÍMENES LEGALES

Las sociedades fiduciarias, y en general la corriente interpretativa asumida por la Superintendencia Financiera, respaldan la tesis según la cual, son las normas del negocio fiduciario consignadas en el Código de Comercio y las que integran el sector financiero, las llamadas a disciplinar la relación, en tanto se trate exclusivamente de la actuación de la fiduciaria en el marco de dicho esquema contractual. Esta posición, lleva a considerar la existencia de una separación de regímenes normativos paralelos e independientes entre sí, en una operación económica única, que es el desarrollo y transferencia de una unidad inmobiliaria. Por un lado, se encontraría un sistema normativo que regula la relación entre desarrollador/promotor/constructor y consumidor; y por el otro, la que disciplinaría la operación entre desarrollador/promotor/constructor/consumidor y la fiduciaria, lo que de suyo nos llevaría a excluir la integración de la Ley 1480 de 2011 – Estatuto General de Protección al Consumidor en la relación Fiduciaria – Consumidor Inmobiliario.

Se debe resaltar que gran parte del problema tiene como punto de partida este análisis segregado y paralelo de la regulación jurídica expedida para un sector y sujeto específico, tal es el caso del fiduciario como parte contractual cualificada, desconociendo dos conceptos fundamentales: 1. El ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas³¹; y 2. El negocio

31 Sentencia C-836/01. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil. 9 de agosto de 2001 [...] La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución [...].

jurídico de fiducia inmobiliaria como vehículo de propósito especial cuya finalidad última es la *operación económica de desarrollo inmobiliario*, en el que se encuentra por consiguiente un cosmos normativo igualmente conexo, que no se pueden fragmentar.

Bajo este supuesto, se pueden hallar multiplicidad de aspectos problemáticos por su aparente incompatibilidad, no obstante, se hace referencia a los siguientes conceptos que para este criterio, son la principal fuente de disparidad interpretativa en cuanto a la integración de la Ley 1480 de 2011 al régimen obligacional de la entidades fiduciarias: (i) La entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo –*Gestor de intereses ajenos y la denominación de propietario instrumental de los bienes fideicomitidos*–; y (ii) La obligación de medio en cabeza de la entidad fiduciaria, frente al régimen de responsabilidad de la Ley 1480 de 2011 –*Régimen general de responsabilidad objetiva*–.

1.3.1. La entidad fiduciaria como vocera de un patrimonio autónomo – Gestor de intereses ajenos y la denominación de propietario instrumental de los bienes fideicomitidos –

El patrimonio autónomo como derivación del negocio de fiducia comercial, es una de estas instituciones que ha suscitado múltiples controversias, entre otras cosas, por la forma en que fue regulado típicamente, al ser utilizado como instrumento de gestión de variedad de negocios en múltiples sectores de economía colombiana nacional dadas las ventajas que ofrece y su amplio amoldamiento a las necesidades económico negócias; por sus especiales características; y por entrar, en algunos casos, en tensión con derechos superiores reconocidos en nuestra Carta Política, tal como acontece con el derecho de consumo. Como lo describe el Profesor Rodríguez Azuero³², es un negocio adaptable a complejas circunstancias, con amplio espacio para la imaginación, que puede considerarse nada en sí, pero que sirve para hacer mucho.

Resaltamos dos características especiales del negocio de fiducia y del patrimonio autónomo derivado del mismo, que dan lugar para considerar que a la fiduciaria, en el esquema de fiducia inmobiliaria de administración y pagos, no le son exigibles las disposiciones de la Ley 1480 de 2011: La primera de ellas, es la entidad fiduciaria como gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa como vocero o administrador de ese patrimonio autónomo; y la segunda, el fiduciario como propietario instrumental de los bienes fideicomitidos.

Frente a la primer característica señalada – el fiduciario como gestor de intereses ajenos –, se debe decir que las concepciones más arraigadas y renuentes a aceptar una vinculación del régimen general de protección al

32 AZUERO RODRÍGUEZ op. cit., p. 136.

consumidor a la actividad fiduciaria, y que proponen en su tesis la división del marco regulatorio en un proyecto constructivo, radican en el patrimonio autónomo como si se tratara de un ente con personalidad propia, todos los derechos y obligaciones, atribuyendo al fiduciario la calidad de administrador y una labor de simple diligencia, comprometiendo únicamente a dicho patrimonio, y desligándolo de una responsabilidad directa³³. Esta calidad de vocero, gestor o para otros, representante del patrimonio autónomo, pareciera un blindaje jurídico de cara a la responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a los derechos del Consumidor Inmobiliario, pues su actuar se irradiará hacia este patrimonio y no ante sí, sumado a que su responsabilidad, en voces del artículo 1243 del Código de Comercio, se reduce a la culpa leve o incluso menor en atención a la autonomía de las partes vertida en el acto constitutivo.

Por otro lado, ligada a la connotación de la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, con los aparentes efectos que conlleva, está la característica especial del derecho de propiedad que detenta dicha entidad, el cual se ha considerado como *formal, tenue, especial o restringido*, e incluso escindida en una propiedad formal y una beneficiosa en cabeza del beneficiario³⁴. Lo anterior derivará en la consideración de que dichos bienes transferidos, y de contera lo que se haga con los mismos, será responsabilidad del fideicomitente, del beneficiario, o del propio patrimonio de afectación. De allí que también se estructure la separación de patrimonios como prenda general de las acreencias derivadas de la gestión, pues los bienes fideicomitados estarán comprometidos por las gestiones propias del contrato de fiducia, mientras que los bienes propios de la fiduciaria, estarán ligados a sus actos propios, o a su actuar con dolo o culpa en el cumplimiento de sus compromisos.

Luego entonces en el plano sustancial y de responsabilidad de la fiduciaria frente al consumidor inmobiliario por los deberes de información y publicidad, protección contractual y garantía, existirá siempre un ámbito problemático que se deriva de estas dos especiales características, pues podría sostenerse que las consecuencias de la actuación se irradiarán hacia el patrimonio sujeto de derechos y obligaciones, cuyo respaldo como prenda de garantía serían los bienes fideicomitados, al tratarse de una gestión propia del encargo en cabeza de la fiduciaria.

33 Concepto número 2006023810-001 del 26 de julio de 2006, la Superintendencia Financiera de Colombia.

34 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto n.º2000020332-2 del 14 de Julio del año 2.000.

1.3.2. LA OBLIGACIÓN DE MEDIO EN CABEZA DE LA ENTIDAD
FIDUCIARIA FRENTE AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY 1480
DE 2011 – RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Otro de los tópicos inmersos en la normativa que disciplina el sector financiero y que genera controversia en torno al tema propuesto, es la llamada obligación de medio y de contera, el régimen de responsabilidad subjetiva en cabeza de las entidades fiduciarias, pues lleva consigo una aparente oposición frente al régimen de responsabilidad objetiva sobre el cual, en términos generales, se edifica la Ley 1480 de 2011.

El artículo 29 del Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –establece como prohibición general a las entidades fiduciarias, la asunción por estas obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley. De esta forma, se ha dicho que la capacidad de las sociedades fiduciarias que deriva de su objeto social conforme el artículo 99 del Código de Comercio, está circunscrita a la realización de los negocios a que alude el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por ser un objeto eminentemente reglado, y en tanto asuman vínculos jurídicos de resultado, existirá una falta de capacidad para actuar, o incluso en un acto contrario a la ley que derivaría en objeto ilícito.

Se sostiene entonces que la fiduciaria está obligada a actuar de forma diligente y prudente con miras a que se cumpla con la finalidad e instrucciones dadas por el fideicomitente en el acto constitutivo, en representación del patrimonio autónomo y como propietaria instrumental de los bienes fideicomitidos. En esta gestión, se precisa que su responsabilidad es subjetiva bajo las denominadas obligaciones de medio, respondiendo solo hasta la culpa leve tal como lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio³⁵.

El punto neurálgico frente al tema no termina por la calificación de la obligación, sino en la graduación de la culpa, pues el artículo 1604 del Código de Comercio parte de una culpa leve que puede atenuarse conforme los pactos privados entre constituyente y fiduciaria. De esta forma, la responsabilidad frente al consumidor pendería de una obligación subjetiva bajo la denominada obligación de medio, con una gestión de diligencia leve o grave, por lo cual el fiduciario en caso de un incumplimiento, se exoneraría simplemente demostrando diligencia y cuidado.

35 Conceptos Superintendencia Financiera n.º 97010911-2. enero 9 de 1998 y n.º 2003017321-1 mayo 14 de 2003.

1.3.4. EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA FRENTE A LOS ASPECTOS INMERSOS EN LAS NORMAS QUE CONFLUYEN EN LA OPERACIÓN ECONÓMICA.

Conforme los aspectos descritos, la responsabilidad de las entidades fiduciarias que participan en proyectos inmobiliarios en Colombia, se estructura por un sector de la jurisprudencia y la doctrina como una responsabilidad de medio con culpa probada e indirecta, la cual podría hacerse efectiva sólo con los bienes fideicomitidos en cabeza del patrimonio autónomo y no con el patrimonio propio del fiduciario. Este arraigo hermenéutico se estructura bajo las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil en el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993 artículo 29.3 que establece: *"Prohibición general. 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"*³⁶. Bajo este juicio interpretativo, las obligaciones de efectividad de garantía, de información y publicidad, y de protección contractual frente al consumidor, son ajenas a la entidad fiduciaria, o a lo sumo, se encuadran erróneamente como obligaciones de medio. Lo anterior, en cuanto a que la misma se ha considerado propietario instrumental y no un titular pleno y absoluto del derecho real de dominio de los bienes fideicomitidos³⁷. De esta forma, la delimitación de responsabilidad, o el indebido encuadramiento en obligaciones de medio cuando deben ser por naturaleza de resultado, además de implicar una generalizada desconfianza del público en el sistema financiero, deja desprovisto al consumidor de una protección integral en cuanto al interés que persigue.

El planteamiento a partir de los ejes axiales que se abordará en el Capítulo Tercero, si bien no parte del desconocimiento de las anteriores características, sí se aparta del alcance que se les ha dado, y en este sentido, se propone abordar y sustentar la afirmación según la cual, a partir de la promulgación de la Ley 1480 de 2011, ha habido un impacto en el régimen obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de las llamadas *"Fiducias Completas"* en desarrollos inmobiliarios, puntualmente en lo que concierne a información y publicidad, garantías y protección contractual, respondiendo a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad por la información y publicidad, garantías y protección contractual reguladas en la Ley 1480 de

36 Circular Básica Contable y Financiera y remisión de información (C.E 100 de 1995); Circular Básica Jurídica (C.E. 029 de 2014); Ley 795 de 2002, Decreto 847 de 1993; y las normas que particularmente regulan dicho negocio jurídico consagradas en el Libro Cuarto Título XI del Código de Comercio.

37 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: casación n.º 0293.

2011 de las entidades fiduciarias vinculadas a un proyecto inmobiliario en las llamadas "Fiducias Completas"?

2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS EN LOS DESARROLLOS INMOBILIARIOS – UN ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO

Argentina al igual que Colombia cuenta con un Estatuto General de Protección al Consumidor contenido en la Ley 24.240 de 1993 modificada por la Ley 26.361 de 2008 denominado "Ley de Defensa del Consumidor". Este tiene una estructura sustancial similar al estatuto colombiano, en cuanto a derechos y deberes de proveedores, productores y consumidores; información y publicidad; así como garantía, seguridad y protección contractual. Al igual que en nuestro sistema normativo, el derecho de consumo tiene una derivación constitucional del artículo 42 de la Carta Política que establece:

[...] Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control [...]

El derecho de consumo en Argentina surge de una nueva realidad contractual, en la que se entiende que existe una parte débil y otra fuerte en el contrato; un mercado plagado de formas contractuales sofisticado y no muy comprensivo para el consumidor medio; y una comercialización globalizada, tecnológica y masiva. De esta forma, se abre paso a un nuevo esquema contractual que se aparta de los principios tradicionales liberales de la contratación privada.

Por su parte y como ocurre en Colombia, en la legislación Argentina el fideicomiso está definido como un negocio jurídico y no como una persona, tipificado en el artículo 1666 del Código Civil y Comercial unificado, entendido como el contrato que se perfecciona: *"cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario"*. Como notas características de dicho contrato, resaltamos las siguientes: i)

sólo podrán ser fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales (art. 1673); ii) quienes serán titulares de una propiedad fiduciaria (art. 1682); iii) surgiendo de dicha transferencia un patrimonio autónomo separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1685); y iv) cuya vocería la detendrá la entidad fiduciaria (art. 1689).

Como puede verse, el negocio jurídico del fideicomiso tiene la misma estructura sustancial en ambas legislaciones. Es un negocio jurídico de afectación e instrumental, del cual surge un patrimonio autónomo diferente de su titular, y cuyo vocero será una entidad fiduciaria autorizada y perteneciente a sistema financiero, vigilada por el Banco Central, quien estará legitimada para ejercer todas las acciones en procura de la defensa de los bienes fideicomitidos, luego en argentina al igual que en Colombia, se suscita la misma discusión y opciones interpretativa en la materia, encontrando diversa doctrina y decisiones judiciales que han resuelto de forma armónica dichos conflictos, de lo que se desprende la importancia en su análisis.

Es por las consideraciones expuestas por las que se toma como referencia la legislación argentina, dado que al igual que en el mercado colombiano, el sector constructivo ha tenido una dinámica parecida a la nuestra, en la cual las entidades fiduciarias se han convertido en un actor fundamental de fides que ha sido motor de desarrollo. Luego la normatividad que disciplina por un lado el contrato de fiducia, y por otro los derechos del consumidor – las cuales tienen similar estructura a la nuestra –, han aparejado múltiples controversias doctrinales y judiciales, que han dado lugar a sendos avances en la materia, lo cual presentaremos a continuación.

2.1. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

En proceso decidido mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy del 22 de marzo de 2007, se debate un caso en el que el Banco Hipotecario S.A. actuó en calidad de fiduciario del patrimonio autónomo constituido por Biella S.A (constructor), sobre el cual se construyeron viviendas que posteriormente presentaron defectos estructurales. Se destacan algunas líneas sobre la defensa esgrimida por la fiduciaria:

[...] el Banco compareció sólo como titular del dominio fiduciario sobre el que se construyeron las viviendas, el que le fuera transmitido a fin de garantizar el préstamo otorgado a Biella S.A. para la ejecución de las obras. Ésta empresa fue la única vendedora. El Banco sólo se comprometió a suscribir la escritura traslativa de dominio a cada uno de los compradores, lo que no lo convierte en vendedor. Habiendo actuado como fiduciario en garantía, no le cabe la responsabilidad [...] En el sexto alega la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor destacando que su parte se limitó a financiar la obra. No a ejecutarla ni a vender las

viviendas construidas. Esa ley no es aplicable a la operatoria de los bancos, que se encuentran bajo la órbita del B.C.R.A. (ley 21526 y modif.) única entidad a la que le compete el control y supervisión de sus operatorias, en el ejercicio de poder de policía que tiene asignado. Al aplicar la ley de defensa del consumidor, se ha tergiversado el rol que le cupo al Banco derivado de la línea de crédito referida, tornando en arbitrario el decisorio. [...]

La sentencia referida frente a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al caso, y en particular al actuar de la fiduciaria, concluye que:

[...] A fin de dirimir el presente, corresponde, previo a todo, dejar establecido si, como lo determinó el Tribunal de la causa y lo propicia la Fiscalía General, es aplicable al caso la ley 24240 de defensa del consumidor, para luego establecer el rol de cada una de las demandadas y la actuación que desplegaron. [...] Como bien lo puntualiza el a-quo, los actores son adquirentes de inmuebles nuevos con destino a vivienda, condición no controvertida en el sub lite, que los ubica en la previsión del art. 1, inc. c de la ley 24240. [...] Para decirse excluido del alcance de las disposiciones de esa ley, invoca el Banco Hipotecario que su actuación está regulada por la ley 21526 y sus modificatorias, y es desplegada bajo la exclusiva supervisión del Banco Central de la República Argentina, única entidad a la que le compete el control de sus operatorias.- [...] Aun cuando resulta incuestionable la sumisión de la entidad al contralor del Banco Central porque así lo dispone esa ley 21526 "de entidades financieras" y su modificatoria 25782, no hay disposición alguna que la excluya del ámbito de aplicación de la 24240 si su participación, operatoria o negocio jurídico se anuda con quien reviste, en los términos del artículo primero de esta ley, la condición de consumidor y resulta, como tal, tutelado por esa preceptiva y por la norma del art. 42 de la CN. Para más, el art. 2 de la ley 24240 impone el cumplimiento de las obligaciones previstas en ese plexo a "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios". No habiendo previsión que excluya a las entidades financieras de ese universo de obligados, nada justifica la pretensión del Banco Hipotecario S.A. en tal sentido. Donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete. Ese es, por lo demás, el criterio de acreditada doctrina que comparto (cfr. Stiglitz en "Últimas resistencias contra la protección del consumidor", JA 1999-II-843 y Mossset Iturraspe "El cliente de una entidad financiera -de un banco- es un consumidor tutelado por la ley 24240", JA 1999-II-841).

En providencia del Tribunal de la Cámara Federal de Apelaciones del 12 junio de 2008, cuyas partes fueron Montenoví, Yolanda Nilda c. Biella S.A. y otro, se resalta que [...] La cuestión no es pacífica, dado que existen opiniones y jurisprudencia a favor y en contra de que ello ocurra, como tampoco lo es la propia legalidad del fideicomiso en garantía, que no está expresamente contemplado en la ley 24.441 y que para cierta doctrina, importa expandir

el *numerus clausus* de la previsión de derechos reales, [...] empero, en tan dispendiosa tarea de desentrañar una correcta aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en un negocio de compleja estructura, se decide por acoger un criterio inspirado en los principios tuitivos de la Carta Política Argentina, indicando que:

[...] En la difícil tarea de desentrañar esta cuestión, no puede perderse de vista el principio de reserva (art. 19 C.N.) y el status constitucional de los derechos del consumidor. [...] Respecto a la jerarquía del derecho del consumidor, su incorporación en el art. 42 de la Constitución Nacional tuvo la directa finalidad de equilibrar la relación, principalmente cuando el consumidor queda en desventaja frente al poder económico y libertad de disposición sobre el contenido del negocio que tiene la otra parte de la relación (caso típico de los contratos seriados o de adhesión). [...] Por ello, la L.D.C. establece en su art. 3° (como lo hacía su predecesora y en general, toda la legislación sobre la materia) que (en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá el más favorable al consumidor); lo que conjuga con la pauta (contra preferente), en el sentido de que no debe privilegiarse al autor de las cláusulas predisuestas en los contratos de adhesión. Volviendo a la ley 26.361, y para que no queden dudas respecto del encuadre legal, se expresa (las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica). Por otra parte, se trata de normas de orden público (art. 65 de ley 24.240, que sigue vigente tras la nueva normativa); que prevalecen frente a cualquier regulación inter-partes. [...] A ese marco se suma la teleología del régimen de la ley 24.441, cuyo Mensaje de Elevación indicó como uno de sus fundamentos el de proporcionar a la sociedad argentina instrumentos jurídicos institucionales aptos para implementar y hacer realidad la cláusula constitucional que impone al Estado asegurar a todos los habitantes el acceso a una vivienda digna. [...] Queda patentizado, en cambio, que si el banco asumió el carácter de fiduciario y beneficiario prioritario de la garantía sobre los bienes fideicomitidos (Ver definiciones del contrato de fideicomiso, a fs. 50vta. y 51 vta.) lo que conlleva la tarea de administración del emprendimiento (cfr. Lorenzetti, (Tratado de los Contratos) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, Tomo III, p. 308), no pudo dejar de controlar el estado y avance de la construcción; lo que además está previsto como facultad irrevocable en el contrato de fideicomiso (fs. 52 vta. pto 4.2.). Por lo tanto, debe responder por la omisión de este deber y por la no ejecución de la obra. [...] Esta conclusión, por lo demás, comulga con sólida jurisprudencia y doctrina en el sentido de que El banco que se constituyó en fiduciario y principal beneficiario del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora es responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor -en el caso, el predio vendido no contaba con las tareas previstas- pues, por el rol asumido en la operación, debió controlar que los bienes fideicomitados bajo su administración, se encontraran correctamente terminados, o bien hacerse cargo de las eventuales reparaciones (Cám. Nac. de Apelaciones en lo Cont. Adm. Federal, Sala II, 14/06/2005; Banco

Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires), con nota de Nicolás Malumíán, (El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor), la Ley, 2005-E, 435. [...]

En otro debate diverso, decidido por la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, se ventila una causa cuya génesis parte de la estructuración de sendos documentos de exoneración de responsabilidad y de variación unilateral de las condiciones de un proyecto constructivo por parte de la fiduciaria, plasmados en contratos de preventa y firmados con el consumidor, a quien se le trasladan los mayores costos sin posibilidad de rechazo, so pena de ser rescindidos los contratos. Así las cosas, se abordan como problemas jurídicos: (i) la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor; (ii) las cláusulas de adhesión y abusivas; (iii) del deber de información de la fiduciaria conforme la Ley de Defensa del Consumidor; y (iv) la responsabilidad directa de la fiduciaria por el proyecto constructivo en su calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo conforme la Ley de Defensa del Consumidor. En sentencia del 31 de julio de 2013, la Cámara decide el proceso abordando los problemas jurídicos, decidiendo dar lugar a la causa y proteger los derechos del consumidor inmobiliario. Respecto de la normatividad aplicable y la especial protección que tienen los adquirentes finales de las unidades inmobiliarias que no son parte del contrato que dio lugar a la fiducia, se sostuvo que:

[...] Estos fideicomisos inmobiliarios, sean de garantía o de administración, aún no financieros, son formas instrumentales jurídicas que ofrecen mayor seguridad y menores riesgos que otras formas asociativas para determinados negocios jurídicos, reduciendo fundamentalmente y de manera significativa el riesgo del inversor. [...] En este tipo de fideicomiso debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato. Y no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, que tanto unos como otros, para que puedan exigir al fiduciario el cumplimiento del encargo, éste debe estar claramente determinado, como así también en el propio interés del fiduciario puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto. [...] Mayor protección incluso requiere los terceros de buena fe que para la adquisición de un departamento, por ejemplo, participan como beneficiarios del fideicomiso, en el mejor de los casos como compradores, pero en muchos como fiduciantes; es decir, como inversores de la construcción del edificio al costo, con derecho a la participación de los beneficios en un porcentaje total de la obra traducida en una o más unidades que les corresponda. [...] La protección

del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. [...] En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario. [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato. [...] Por ello, en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad "habitacional" la relación será claramente de consumo. [...] La ley de defensa del consumidor, al incorporar en la nueva reforma expresamente los "negocios inmobiliarios", categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad. [...] Delineados estos conceptos, y bajo el prisma de la ley n.º 24.240, que resulta aplicable a la presente causa, analizaremos el contrato celebrado para determinar si la acción resulta procedente. [...]

Descendiendo a la resolución del litigio, se estima que si bien el negocio fiduciario en los esquemas constructivos tiene especiales características, el mismo no puede prevalecer sobre la finalidad típica del negocio, que en definitiva es la terminación y entrega de las unidades constructivas en los términos ofrecidos al público.

Para finalizar este punto, la jurisdicción contencioso administrativo de la Argentina también ha tenido oportunidad de abordar el tema. En proceso decidido en sentencia del 9 de mayo de 2017, por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resuelve una acción promovida por el Banco Hipotecario de la Ciudad de Buenos Aires en contra de La Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, dado que esta entidad le impuso una sanción de multa en calidad de fiduciaria por violación de los contenidos de la publicidad, de los requisitos mínimos en los contratos de venta y protección contractual y vicios o desperfectos en la cosa, consagrados en los artículos 8, 10 y 18 de la Ley de Defensa del Consumidor. Lo interesante del caso, tal y como ocurre en Colombia,

es que la defensa de la fiduciaria se afincaba en que al estructurarse el negocio a través de un contrato de fiducia, dicha entidad no respondía con su patrimonio y de forma directa sino con los bienes fideicomitidos, y adicional a ello, la ley de Defensa del Consumidor no le era aplicable en su calidad de vocero de dicho patrimonio de afectación, pues era la Ley 24.441 su régimen

de regulación, a la par que su compromiso en el acto constitutivo se circunscribía al recaudo de las cuotas de adquisición.

Podemos decir que en Argentina al igual que en Colombia, se suscita el mismo debate en cuanto a la inserción del régimen contenido en la Ley de Defensa del Consumidor a la actividad fiduciaria como una obligación directa en su gestión. Disímiles posiciones se han forjado frente al tema, pero gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que si bien es una difícil tarea por la estructura típica del negocio de fiducia, que supone un actuar del fiduciario como vocero de un patrimonio autónomo y no en su propio nombre, además de pertenecer a un sector específico regulado por la Ley 21526 y por estar controlada y vigilada por el Banco Central, lo cierto es que al margen de ello, el consumidor inmobiliario tiene un estatus constitucional derivado del artículo 42 de su Carta Política, que tiene la directa finalidad de equilibrar la relación frente al poder económico y la libertad de disposición de los contenidos negociales, siendo uno de sus fundamentos el de propiciar instrumentos jurídicos aptos para implementar y hacer realidad las cláusulas constitucionales que imponen al Estado asegurar a todos los habitantes, el acceso a una vivienda digna.

2.2. REFERENCIA DOCTRINAL

Al abordar la problemática de la defensa del consumidor inmobiliario en el fideicomiso y del daño punitivo como criterio indemnizatorio, Chialvo³⁸, al referirse a la relación de consumo y particularmente al proveedor como una de las partes, ha llegado a incluir dentro de dicha categoría, al fiduciario, argumentando que [...] en esa relación de consumo el fiduciario responsable de un emprendimiento de construcción inmobiliaria debe responder en virtud de las disposiciones de esta ley frente a los compradores (entendiendo que estos pueden asumir la forma de fiduciantes, beneficiarios y terceros compradores, estos últimos en virtud de la responsabilidad solidaria), interpretación que obedece a la circunstancia de que el fiduciario es titular del dominio, si bien con las características fiduciarias [...], puesto que el mismo es quien en muchos casos [...] contrata con los compradores y en la mayoría de los casos en que se utiliza esta figura, quien dirige o controla el proceso negocial y de construcción, generando la apariencia de confiabilidad basada en su gestión [...], luego estas nuevas realidades negociales que rompen el equilibrio contractual [...] lógicamente requieren una nueva respuesta desde el derecho³⁹ [...].

38 CHIALVO, TOMAS PEDRO. Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. "A propósito del Daño Punitivo". <www.saij.jus.gov.ar>.

39 Ídem.

Frente a la protección del consumidor en los esquemas fiduciarios y la responsabilidad de la entidad fiduciaria, desde su etimología constitucional, se ha dicho que [...] la característica central de la relación contractual es la confianza o fe depositada en la persona encargada de realizar aquel fin [...] fides que resulta ser un elemento esencial del contrato [...] en lo que respecta a la función del derecho como protector del beneficiario de tal negocio fiduciario, justificado en aquella confianza depositada en el fiduciario [...], por tanto [...] el derecho constitucional irradia un gran despliegue en aquellos casos que el beneficiario del negocio fiduciario reviste también un papel de usuario o consumidor⁴⁰ [...]. Cuando un beneficiario o adquirente tiene la calidad de consumidor en un esquema de fiducia inmobiliaria, es al fiduciario a quien le asisten obligaciones en su esfera personal y no como mero vocero de un patrimonio autónomo, en tanto que:

[...] el fiduciario de un contrato de fideicomiso adquiere —por las características de las partes y del contrato mismo- una posición de poder bifronte: a) Por cuanto es experto designado contractualmente para la administración de los bienes fideicomitados y alcanzar el resultado pactado, y; b) Por cuanto es un proveedor de un servicio (administrador fiduciario) en una relación de consumo con uno o más beneficiarios de ese contrato de fideicomiso. [...] semejante poder de decisión por parte del fiduciario requiere —en un régimen jurídico que pretende ser catalogado justo- de las siguientes pautas:—normas de conductas específicas y determinadas para los actos reglamentables (por ejemplo lo estipulados en el artículos 1684, 1688, 1689, 1698, entre otros del Código Civil y Comercial de la Nación), y;—principios interpretativos en beneficio del fideicomiso, pero también de los beneficiarios del negocio fiduciario (regla general de conducta del fiduciario estipulada en el artículo 1674, primer párrafo del mismo código). Para ambos aspectos y en el hipotético caso de incumplimiento de tales obligaciones, la ley debe concebir además un régimen de responsabilidades del fiduciario —que lleguen incluso a su esfera personal-, en atención al quiebre de confianza en la que se apoyaba la relación contractual ⁴¹[...]

En documento titulado “*El fideicomiso Inmobiliario Operando en la Práctica*”⁴², se plantean diversas reflexiones que suscita un debate judicial en torno a la responsabilidad de la entidad fiduciaria como administradora de un proyecto constructivo, particularmente en lo que concierne al derecho de información

40 CAO, Christian Alberto. El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015 <http://www.caq.org.ar/images/fideicomiso_10_2016/Cao_Fideicomiso_y_responsabilidad_del_fiduciario.pdf>.

41 Ídem.

42 BORETTO, MAURICIO. Título: El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica. Publicado en: LLGran Cuyo2013 (diciembre), 1164. Cita Online: AR/DOC/4287/2013.

del adquirente final. El caso citado se sintetiza así: (i) Se demanda a la sociedad Mutual Fiduciaria, quien fungió en el proceso constructivo como vocera y administradora del patrimonio autónomo constituido para desarrollar un conjunto inmobiliario; (ii) el demandante había adquirido unidades funcionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario, quien abonó la totalidad de la suma convenida como pago, no obstante, en la etapa de desarrollo la entidad fiduciaria requirió al consumidor un mayor pago en concepto de mayor superficie construida por omisiones en el plano de arquitectura con que se desarrolló el proyecto y se celebró el contrato; (iii) por causa del no pago exigido, la fiduciaria se niega a escriturar y a entregar la unidad inmobiliaria al consumidor, quien se ve abocado a presentar la respectiva acción judicial en contra de Mutual Fiduciaria; (iv) El juez de primera instancia decide favorablemente las pretensiones del consumidor, sentencia que fue confirmada por la Cámara de apelaciones, indicando en esencia que la fiduciaria, en calidad de administradora, no puede alegar su propia culpa en tanto las diferencias del área construida le es achacable, pues es ella uno de los eslabones que hace parte organizadora del proyecto constructivo.

Interesantes reflexiones se plantean en cuanto a una integración de la Ley de Defensa del Consumidor a la actividad de la entidad fiduciaria en la obra señalada. Se considera como un buen criterio, la combinación [...] del derecho común y el derecho del consumidor para efectos de brindarle una adecuada protección al adquirente de las unidades habitacionales ante la resistencia del fiduciario de escriturarlas⁴³ [...], por cuanto en el caso, el fiduciario debía cumplir con un deber informativo cierto, claro y detallado de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización en los términos del artículo 4 de la Ley 24.240, de tal suerte que [...] este deber no se cumple satisfactoriamente en el caso, poniéndolo en evidencia el propio Fiduciario demandado quien no le hace saber al co-contratante oportunamente -y antes de extender el recibo cancelatorio- la mayor superficie de las unidades que había adquirido y el aumento de los costos de la construcción [...], no sirviendo como causa válida excusable el que [...] él mismo ignoraba las diferencias de superficie en las unidades habitacionales (y los mayores costos) debido a "omisiones en el proyecto inmobiliario -que el mismo dirige- imputables al arquitecto" [...]. Con buen criterio se concluye que, si bien el error puede provenir del tercero arquitecto, dicho tercero hace parte de la organización del negocio inmobiliario, por tanto, es el fiduciario quien debe responder frente al consumidor por sus errores propios, o por los que se deriven de quien se vale para ejecutar sus funciones.

43 Ídem.

2.3. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS PROPUESTO

Como colofón, podemos decir que en Argentina al igual que en Colombia, se suscita el mismo debate en cuanto a la inserción del régimen contenido en la Ley de Defensa del Consumidor a la actividad fiduciaria como una obligación directa en su gestión. Disímiles posiciones se han forjado frente al tema, pero gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que si bien es una difícil tarea por la estructura típica del negocio de fiducia, que supone un actuar del fiduciario como vocero de un patrimonio autónomo y no en su propio nombre, además de pertenecer a un sector específico regulado por la Ley 21526 y por estar controlada y vigilada por el Banco Central, lo cierto es que al margen de ello, el consumidor inmobiliario tiene un estatus constitucional derivado del artículo 42 de su Carta Política, que tiene la directa finalidad de equilibrar la relación frente al poder económico y la libertad de disposición de los contenidos negociales, siendo uno de sus fundamentos el de propiciar instrumentos jurídicos aptos para implementar y hacer realidad las cláusulas constitucionales que imponen al Estado asegurar a todos los habitantes, el acceso a una vivienda digna.

Conforme lo dicho, si bien no se discute que el fiduciario actúa en su calidad de vocero de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad y conforme las instrucciones vertidas en el acto constitutivo, en muchas oportunidades *"es la fiduciaria quien inviste el rol más importante de la operatoria concebida como una unidad lógica motivada por la función económico – jurídica única"*, y es por ello que de cara al consumidor, le asisten los deberes y obligaciones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor. Por demás, la jurisprudencia ha entendido que si bien la fiduciaria en su actuar está regulada por la ley financiera, no existe óbice ni norma alguna que la excluya del ámbito de aplicación de la Ley 24240 *"si su participación, operatoria o negocio jurídico, se anuda con quien reviste la condición de consumidor"*.

3. LA LEY 1480 DE 2011 COMO REGÍMEN NORMATIVO INTEGRADO AL ÁMBITO OBLIGACIONAL DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS EN FIDEICOMISOS COMPLETOS

Como se ha dicho, la estructura obligacional en cabeza de las entidades fiduciarias, se ha afincado por un sector en las normas que regulan el ámbito financiero excluyendo la integración de otros regímenes en la materia, tal como acontece con la Ley 1480 de 2011 – Estatuto General de Protección al Consumidor. Se ha dicho por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, incluyendo en ella la justicia arbitral, que las obligaciones que asumen las entidades fiduciarias de cara al consumidor inmobiliario son las derivadas de la normatividad que integra el sector financiero, en especial las que emanan del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993– y Estatuto

de Protección del Consumidor Financiero–Ley 1328 de 2009. Conforme a esta interpretación, en las llamadas Fiducias Inmobiliarias Completas, se ha asumido que las obligaciones de las entidades fiduciarias respecto al consumidor inmobiliario, corresponden a un régimen de responsabilidad subjetiva de obligación de medio.

En este sentido, se ha afirmado que la entidad fiduciaria es ajena o a lo sumo adquiere una obligación de medio, en el cumplimiento de los derechos esenciales que aspira obtener el consumidor inmobiliario y que conforman los pilares básicos de la Ley 1480 de 2011: Publicidad e Información, Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y Protección Contractual. En síntesis, bajo este análisis, las obligaciones de Información y Publicidad, de Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y de Protección Contractual, consagradas en la Ley 1480 de 2011, les son ajenas o simplemente la obtención del resultado escapa de su ámbito.

Lo dicho en líneas anteriores es una interpretación que en nuestro criterio, no corresponde a los postulados del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993–, Estatuto de Protección del Consumidor Financiero –Ley 1328 de 2009– y Estatuto General de Protección al Consumidor –Ley 1480 de 2011–, todos ellos a la luz de la Carta Política. Una interpretación armónica desde la óptica que se plantea, da lugar para que en el caso de las fiducias inmobiliarias completas, o incluso en otras tipologías fiduciarias, dependiendo de diversos factores, tanto jurídicos como fácticos, dichas normas no se excluyan, y por el contrario se complementen, alcanzando maximizar los intereses, derechos y principios vertidos en la Constitución Política colombiana en pro del consumidor inmobiliario, de lo cual se derivará un impacto importante en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias como voceras de estos patrimonios autónomos.

El planteamiento propuesto en este documento, se enmarca en seis elementos axiales fundamentales que se relacionarán a continuación, lo que permitirá una integración de la normativa y, a la par, la protección de los partícipes en el negocio de fiducia inmobiliaria, particularmente del consumidor inmobiliario, sin desdibujar la esencia propia de cada una de las disposiciones legales. Dichos elementos son:

1. La Ley 1480 de 2011 como régimen normativo integrado a la actividad fiduciaria a partir de: (i) Una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución del ámbito de aplicación regulado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011; y (ii) La conexidad contractual y redes contractuales como institución hermenéutica de convergencia normativa – La construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor como causa supra contractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia.
2. El consumidor inmobiliario final busca adquirir un bien material, una unidad inmobiliaria para suplir en la mayoría de los casos su necesidad de

vivienda. No persigue adquirir un producto financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que lo obtiene a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto. Como se ha dicho en la jurisdicción argentina: [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato⁴⁴[...];

3. Como consumidor de un bien material, es titular de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 y concordantes, cuyos bastiones fundamentales son: (i) La Información y Publicidad, (ii) La Garantía de Calidad, Idoneidad y Seguridad y (iii) La Protección Contractual. Los anteriores constituyen su principal interés, su finalidad última;

4. Conforme doctrina de gran autoridad en la materia⁴⁵, las entidades fiduciarias en su actuación como gestores, deben procurar la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario, y por ende, el régimen de responsabilidad a deducirse de los dichos valores en juego, afirmación que emana del artículo 3 literal a) de la Ley 1328 de 2009⁴⁶;

5. El consumidor como beneficiario en la mayoría de los casos, no es parte del contrato de fiducia inmobiliaria, es un tercero ajeno, cuya finalidad e interés es propio e independiente⁴⁷; y

6. Las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo conforme lo normado en artículo 29.3 del Decreto 663 de 1993⁴⁸, pues todo dependerá del análisis respecto de la naturaleza, la finalidad del consumidor, la correlativa gestión para otro, el pacto contractual y demás relaciones que se susciten en la ejecución del respectivo negocio jurídico de fiducia inmobiliaria. En otras palabras, las obligaciones que asume la entidad fiduciaria podrán ser: o de medio o de resultado, dependiendo de la naturaleza de dicho vínculo jurídico.

44 Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza "Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración", 31/07/2013.

45 BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª ed., pp. 98-104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.

46 (...). En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas 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".

47 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P. William Namën Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01

48 "Prohibición general. 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"

3.1. LA LEY 1480 DE 2011 COMO RÉGIMEN NORMATIVO INTEGRADO A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

El ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 a los múltiples sectores en que se desenvuelve la economía nacional, y en particular a aquellos en que existe alguna regulación especial, como el financiero, es uno de los temas que ha suscitado gran parte de las controversias en la materia y que de suyo ha generado mayores dificultades para el consumidor final de bienes y servicios en el momento de estructurar su negocio, de reclamar su incumplimiento y de acudir a la jurisdicción en aras de una solución pronta y efectiva.

La Constitución de 1991 trae consigo un gran cambio en la estructura de los mercados y la contratación privada, pues todo el sistema normativo vigente a partir de la misma, se instituye bajo la máxima del *estado social de derecho*, que [...] se centra en la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto⁴⁹ [...], y en el valor de la solidaridad que entiende la libertad económica como [...] la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona [...] en pro de generar una sociedad más justa y solidaria⁵⁰ [...]. Uno de los grandes avances y principios constitucionales que materializaran el concepto *social* del estado de derecho, fue la consagración expresa en el artículo 78 Superior de los derechos de consumidores y usuarios, a quienes se les eleva a un estatus constitucional, entendiendo su condición de inferioridad dentro de los mercados, y la necesidad de adecuar las reglas y la intervención del Estado en pro de garantizar otros derechos de raigambre constitucional como el derecho a la salud, seguridad, información, vivienda, entre otros.

No obstante este cambio estructural que trajo la Carta Política, el desenvolvimiento del mercado en el ámbito de consumo siguió disciplinándose por un estatuto insuficiente en términos de la nueva dogmática constitucional y de la evolución acelerada en los mercados. Este atraso en términos de adaptación de la legislación a la nueva realidad jurídica, que reclamaba contar con un estatuto marco integral de protección al consumidor que sirviera como eje estructural transversal, trajo consigo la proliferación de regímenes particulares en determinados sectores y materias, muchos de ellos justificados por la necesidad de adoptar reglas especiales y necesarias, tal como ocurrió con los sectores financiero⁵¹, servicios públicos domiciliarios⁵², sector salud⁵³, sector

49 Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

50 Sentencia C-265 de 1994 del 2 de junio de 1994. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

51 Ley 1328 de 2009, Circular Externa 015 de 2010, Circular Básica Jurídica 029 de 2014 y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

52 Ley 142 de 1994 complementado con las resoluciones CREG y CRA.

53 Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011.

turismo⁵⁴, telefonía móvil⁵⁵, transporte aéreo⁵⁶, entre otros. A lo que condujo esta multiplicación y dispersión normativa, fue a generar en muchos casos reglas protectoras antagónicas entre sí (incluso respecto del estatuto general de protección al consumidor vigente para dicha época), lo que derivó en problemas de interpretación, de protección integrar al consumidor, de igualdad, de dificultad en el ejercicio del derecho y de desarmonización del sistema de protección al consumidor.

Veintinueve años después de expedido el primer estatuto del consumidor en Colombia y veinte años luego de elevarse el derecho de los consumidores y usuarios a rango constitucional, se expide la Ley 1480 de 2011, que desde la radicación del proyecto de ley en el seno del Congreso de la República, tuvo la marcada finalidad de actualizar el estatuto en respuesta a los cambios comerciales y a la nueva concepción constitucional, de tal forma que se lograra la unificación del régimen de consumo dada la proliferación dispersa de normas, creando un sólo sistema de protección que regulara aspectos sustanciales, procesales y de participación. Pese a la marcada finalidad unificadora e integradora perseguida en el proyecto desde la ponencia para primer debate y la exposición de motivos consignada en la radicación del mismo⁵⁷, el texto no guardó la misma coherencia, puesto que dispuso que no se aplicaría a los sectores de la economía respecto de los cuales existiere regulación especial, lo cual tuvo una ardua discusión en el Congreso de la República, por cuanto el estatuto estaba orientado a la *“la creación de un solo sistema que cobije todos los ámbitos del quehacer económico”*⁵⁸ cuyas normas serían aplicables *“por igual, a todos los sectores de la economía”*⁵⁹. Finalmente, el texto conciliado acoge las sugerencias hechas al proyecto, quedando el artículo segundo del texto definitivo del proyecto del siguiente tenor literal:

“Art. 2º–Objeto. Las normas de la presente ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente”.

54 Leyes 300 de 1996 y 1558 de 2012.

55 Resolución 3066 CREG.

56 Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

57 <<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-dictan-otras-disposiciones-estatuto-del-consumidor/5960/#tab=2>>

58 Gaceta del Congreso, Senado de la República, n.º 502 de agosto 5 de 2008, pp. 16 y 17. Tomado de Corte Constitucional Sentencia C-909 de 2012, del 7 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente. Nilson Pinilla Pinilla.

59 Gaceta del Congreso, Cámara de Representantes, n.º 626 de septiembre 9 de 2010, pp. 21 a 24. Tomado de Corte Constitucional Sentencia C-909 de 2012, del 7 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente. Nilson Pinilla Pinilla.

"Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley".

"Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados".

El inciso primero del artículo segundo establece que el nuevo estatuto general de protección al consumidor, se aplicará a todas las relaciones que se susciten en el mercado en todos los sectores de la economía entre productores, proveedores y consumidores, luego consigna una salvedad frente a los sectores en los cuales exista alguna regulación especial, integrando las normas especiales y, *suplementariamente*, las disposiciones de la Ley 1480 de 2011. Esta calificación de *aplicación suplementaria*, ha traído consigo gran confusión en su interpretación y de paso un problema para el consumidor en general, pues en muchos escenarios administrativos, judiciales y doctrinarios, se interpreta que dicha inclusión conlleva a que la Ley 1480 de 2011 se excluye o se aplica sólo a falta de una regulación especial de manera supletoria, es decir, para suplir un vacío en la normativa especial. En otras palabras, se superpone la normativa especial frente a Estatuto del Consumidor.

Contrario a ello, se considera que un análisis constitucional del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011, lleva a concluir que esta es aplicable de forma armónica e incluso preferente, cuando las normas especiales no regulen determinada materia o la regulación resulte menos protectora o ante antinomias normativas, por ende los principios, derechos, deberes y ejes estructurales sustanciales de información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual, resultan impactando la estructura obligacional de las entidades fiduciarias en esquemas de fiducias inmobiliarias completas, haciendo la salvedad de que ello dependerá, en nuestro concepto, del grado de participación e interrelación de la misma en la celebración, ejecución y liquidación del contrato con el consumidor inmobiliario.

La interpretación del precepto normativo contenido en el inciso 2 de la Ley 1480 de 2011 "*y suplementariamente*", no debe reducirse a la aplicación del criterio gramatical autónomo e independiente de los demás criterios con un alcance puramente semántico o exegético. Su dimensión debe estructurarse sí, a partir de dicho criterio como primer eslabón de toda una cadena, pero bajo el entendido de que con el mismo se busca [...] lograr un texto que pueda ser mejor entendido, esto es, que posea la característica práctica de permitir una más fácil comprensión del sentido del texto original [...] ⁶⁰. Luego este

60 Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación. 2.^a ed., 2008. ISBN 958-96969-6, p. 242.

se integrará con los juicios de interpretación conforme la constitución⁶¹, el método histórico⁶², el método teleológico y el método sistémico finalista⁶³, de tal forma que el problema que aparentemente se presenta al considerar dos posibles sentidos diversos de la norma –la exclusión o la integración–, entienda que es la integración el que se adecúa de mejor manera a los postulados constitucionales de protección a los consumidores y usuarios, a la vivienda digna, a la dignidad humana, al derecho de igualdad en su sentido material, entre muchos otros principios y valores constitucionales conexos con el artículo 78 de la Carta Política.

Pero incluso una interpretación literal, lleva a concluir que la Ley 1480 de 2011 como sistema general de protección al consumidor, fue concebido para regular los derechos y deberes de los consumidores en todos los sectores, así como para *complementar y nutrir* de forma preferente la normativa especial, mas no para suplir la falta de regulación o vacíos.

Como se ha mencionado, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en el seno del Congreso de la República, tenía como una de sus finalidades lograr concentrar en un solo estatuto, toda la normativa referente a la protección del consumidor, de tal forma que la misma no estuviese atomizada en multiplicidad de normas, no obstante, el texto de la norma se presentó en el sentido de excluir de su ámbito de aplicación los sectores que tuviesen disposiciones especiales, lo que dio lugar a múltiples debates, para al final conciliarse el artículo del proyecto en el entendido de que esta norma general se aplicaría en *todos los sectores de la economía*, y para los que contaran con norma especial, *de forma suplementaria*. Nótese como el legislador, a fin de conciliar la finalidad del estatuto y de conservar la normatividad especial, optó por introducir el adjetivo *suplementariamente* y no *supletoriamente*, lo que de suyo tiene connotaciones semánticas y jurídicas diversas, pues mientras el adjetivo supletorio se utiliza para *suplir una falta o dicho de una norma que se aplica*

61 Sentencia C-649/01 del 20 de junio de 2001. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett [...] en virtud del artículo 4 de la Carta, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente, es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de *interpretación conforme*, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política [...]

62 Sentencia C-649/01 del 20 de junio de 2001. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett [...] un método histórico, que consulte la voluntad real del Legislador [...] Es así como se debe acudir a los preceptos constitucionales que mejor doten de sentido las disposiciones bajo estudio, con miras a extraer su significado [...]

63 Sentencia C-011/94 del 21 de enero de 1994. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero [...] el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista [...]

en defecto de otra⁶⁴, el calificativo *suplementario* conlleva el *complemento*⁶⁵, la adición de esta normativa. Es decir, su significado literal tiene una disyunción: *suple* o *complementa*, luego consideramos a este respecto que es el *complemento* la opción semántica acertada, al integrar los demás criterios interpretativos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando en el ordenamiento confluyan normas que susciten problemas de interpretación, el sentido de las mismas debe hallarse aplicando los criterios de interpretación conforme la constitución, histórico, teleológico y sistémico finalista. De acuerdo con esto, el alcance del ámbito de aplicación del estatuto del consumidor ante regímenes especiales de protección, debe entenderse en el sentido [...] que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política y que sea más razonable dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista⁶⁶ [...]. En esta línea, se hace pertinente traer a colación el análisis de constitucionalidad del Decreto 3466 de 1982 realizado por la Corte Constitucional, en el cual el máximo tribunal Constitucional se refirió a la finalidad del artículo 78 de la Constitución Política que consagra la protección de consumidores y usuarios, indicando que dicho precepto superior, y de contera la normativa que lo desarrolle, debe propender por restablecer la igualdad sustancial de los consumidores al interior de los mercados en pro de *satisfacer sus necesidades humanas*, con el fin de [...] avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado Social de Derecho [...]⁶⁷. En posterior oportunidad, y ya frente a la Ley 1480 de 2011, el máximo Tribunal Constitucional emitió un trascendental fallo en el que se resalta dicha normativa como: [...] norma base general y fundante de todo el sistema de protección al consumidor como un nuevo régimen de protección al consumidor [...]⁶⁸.

De acuerdo con lo anterior, la primer conclusión a la que se llega es que la Ley 1480 de 2011 se constituye en desarrollo directo de la Constitución Política como *norma base general progresiva y fundante* de todo el sistema de protección al consumidor en cualquier sector de la economía, independiente de la regulación existente, con un ideario de alcanzar la igualdad material

64 < <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=supletorio> >

65 Adj. Que se utiliza para suplir una cosa o complementarla. Gran Diccionario de la Lengua Española © 2016 Larousse Editorial, S.L.

<<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YlfmNvA>><, <https://diccionario.leyderecho.org/suplemento/>>, <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/suplemento/suplemento.htm>>

66 Sentencia C-649/01 del 20 de junio de 2001. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.

67 Sentencia C-1141/00 del 30 de agosto de 2002. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

68 Sentencia C-896/12 del 31 de octubre de 2012. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

para que los consumidores puedan satisfacer todas sus necesidades humanas, y no como un desarrollo diseñado para cierta categoría de consumidores, de tal forma que otros con iguales necesidades, quedaren desprovistos de la protección otorgada en un claro reflejo de un desarrollo legal regresivo.

El derecho de consumo bajo la Constitución Política de 1991 y la Ley 1480 de 2011 como norma base y fundante de todo el régimen de protección al consumidor, se convierten en garantía pluridisciplinaria, pues de ellos deriva la efectividad de muchos otros derechos, valores y principios superiores, en tanto es un instrumento necesario para la satisfacción de los mismos. La Ley 1480 de 2011 como estatuto general es el instrumento legal concebido por el legislador para efectivizar al interior de la sociedad el principio del *estado social de derecho, la dignidad humana, la igualdad material, la libertad, el mínimo vital, la familia, la vivienda digna*, entre otros. Una correcta teleología constitucional lleva a concluir de forma razonable que no pueden superponerse regímenes jurídicos particulares menos protectores, frente a la maximización progresiva de los derechos de los consumidores y usuarios definidos en la Ley 1480, que propende la salvaguarda de tantos derechos y principios de estirpe constitucional. No es dable reducir el espectro protector del consumidor en la adquisición de una vivienda como bien que dignifica la familia, la cual se constituye en núcleo esencial de la sociedad en los términos del artículo 42 Superior, bajo el argumento de que existe un régimen especial para un partícipe de la relación que hace parte de un sector de la economía específico.

La Corte Constitucional ya tuvo oportunidad de resolver la diferencia de criterios al decidir demanda de acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 2° literal d), 11 literal e) y 12 literal d) de la Ley 1328 de 2009⁶⁹, que contemplan la definición de consumidor financiero previsto en el Título I de la Ley 1328 de 2009. Si bien los cargos de inconstitucionalidad no se dirigían contra el adjetivo *suplementariamente* consagrado en el artículo 2 de la Ley 1480 de 2011, la ratio decidendi y la obiter dicta de la misma plantean un escenario de integración protectora de esta ley en favor del consumidor en cualquier régimen especial. En esta providencia, se analiza la constitucionalidad de la definición de "*consumidor financiero*" consagrada en la Ley 1328 de 2009 frente a la de "*consumidor*" de la Ley 1480 de 2011. Si se adoptare la posición prevalente y excluyente de los regímenes especiales, pues la conclusión sería simple, y sólo se consideraría tal, "*el cliente*⁷⁰, *usuario*⁷¹, o *cliente*

69 Sentencia Corte Constitucional C-909 del 7 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente. Nilson Pinilla Pinilla.

70 a) Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.

71 b) Usuario: Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.

potencial⁷² de las entidades vigiladas". Luego la Corte al analizar la definición consagrada en el régimen especial frente a la del régimen general, recordando la importancia constitucional del derecho de los consumidores y usuarios, ausculta en la teleología constitucional y finalista de la Ley 1480 de 2011, indicando que la noción inicial no alcanzaba la protección necesaria, y por ende se amplió su espectro para incluir en la nueva normativa general la noción de *toda persona*, para significar que a partir de la misma, se incluyen multiplicidad de actores en todos los sectores de la economía, incluso en la financiera. La Corte aborda un análisis teleológico y finalista del nuevo estatuto, haciendo alusión a los debates al interior del Congreso, para lo cual, resalta que [...] las exposiciones de motivos que antecedieron al actual estatuto del consumidor, buscaban la creación de un solo sistema que cobijara todos los ámbitos del que hacer económico [...], de tal suerte que:

[...] "el último proyecto en cuanto al objeto y ámbito de aplicación, estimo que las normas del proyecto "son aplicables, por igual, a todos los sectores de la economía", lo que significa que la definición de consumidor, desde la expedición del decreto mencionado con la evolución reseñada, y luego con los fines de la Ley 1480 de 2011, ha sido noción aplicable a todos los sectores o actividades económicas, sin que los elementos sustanciales de su contenido lleguen a tener afectación o se desvirtúen por alguna destinación u orientación específica que se dé al consumidor" [...]

De forma concluyente, y pese a la existencia de dos normas: la especial y general, que regulaban una misma materia –la noción de consumidor–, la Corte sin amagues de ambigüedad zanja la discusión, en el sentido de considerar que conforme la desigualdad, la asimetría del consumidor en la relación y los postulados del artículo 78 Superior, no es dable dar una aplicación diferenciada al consumidor en uno y en otro sector por una simple razón constitucional, y es para este concepto *el principio de igualdad material*. Concluye la Corte que:

[...] Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por esta corporación en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que lo importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades

72 c) Cliente Potencial: Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.

económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor–consumidor o usuario [...]

Otra pauta interpretativa de suma relevancia desarrollada por la doctrina, es la concerniente a la aplicación de los principios de favorabilidad e *indubio pro consumatore* consagrados en el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011 como puentes con los regímenes especiales y con el derecho común, con lo cual se complementan las reglas especiales, en tanto no puede primar la norma especial cuando contemple garantías más débiles, posición que es acogida por la Superintendencia de Industria y Comercio en su Doctrina institucional y aplicada en la resolución de diversos procesos jurisdiccionales⁷³. Se plantea al respecto que:

[...] “La trascendencia del enfoque garantista manifiesto a través de los principios, completa el estudio del alcance normativo del Estatuto, como régimen jurídico general; más del mismo modo se puede argumentar, es útil en la interpretación y aplicación de los regímenes jurídicos especiales. [...] Sobre los derechos y obligaciones, la preferencia de tales regímenes se puede quebrar, conforme a lo visto en el principio de la interpretación *favor e indubio pro consumatore*. Porque en caso de que existan en tales regímenes normas que, en el balance jurídico creado entre consumidor y productor- proveedor del bien o servicio, ofrezcan materialmente prestaciones, igualdades, libertades, derechos o algo menos beneficioso para el primero, con respecto a lo previsto en la Ley 1480 de 2011, el régimen especial no estaría llamado a prevalecer. Lo mismo ocurre cuando sea necesario para definir en el Derecho común aspectos de la relación de consumo, pues estas no pueden aplicarse tal cuál como están previstas, si son contrarias a los principios del Estatuto, y a la discriminación positiva del consumidor o usuario. [...] Es el caso igualmente de la información adecuada, en tanto principio, derecho, deber y obligación en el subsistema jurídico de protección del consumidor. Pues al estar consagrada bajo este muy sólido andamiaje de normas principio y regla, transforma todo el Derecho del Consumidor en sus diferentes regímenes. [...] La información mínima no excluye entonces la aplicación de disposiciones puntuales que sometan a los productores o proveedores de bienes y servicios a regímenes especiales. Esa es la función que cumple la locución adverbial “sin perjuicio” del precepto, pues los deja a salvo, no tiene menoscabo ni detrimento en lo que ajuste el Derecho a las exigencias, riesgos, condiciones, calidades del producto o servicio del régimen especial o de las personas que lo consumen. Mas, con el énfasis creado por la norma de la Ley 1480, en cuanto a la fijación de mínimos, lo que se determina es que en ningún caso la información a suministrar al consumidor será menor que la prevista en el estatuto. [...] Así se redefinen, completan o desplazan las reglas específicas alusivas a los derechos, deberes, obligaciones, responsabilidades, así como a la información adecuada, con la que se protege a los consumidores y

73 Véase Supra Capítulo II, pp. 119 a 122.

usuarios en los regímenes especiales. Porque no podría primar la norma especial cuando la misma contempla garantías más débiles, esto es, menos derechos, menos obligaciones, menos información en términos de posiciones jurídicas definitivas, o de claridad, suficiencia y verificabilidad para el consumidor y para el productor, en su orden. [...] ⁷⁴

Conforme lo expuesto, es factible afirmar que una correcta interpretación del ámbito de aplicación del artículo segundo de la Ley 1480 de 2011, lleva considerar que dicho régimen se imbrica en todos los regímenes especiales para nutrirlos de la forma más favorable al consumidor, de donde resulta que la actividad fiduciaria en el marco de desarrollos inmobiliarios que impliquen una relación de consumo, va a estar impactada por el Estatuto General de Protección al Consumidor como regulación complementaria y adicional a la de su estructura obligacional propia.

3.2. LA CONEXIDAD CONTRACTUAL Y LAS REDES CONTRACTUALES COMO INSTITUCIONES HERMENÉUTICAS DE CONVERGENCIA NORMATIVA - LA CONSTRUCCIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA UNIDAD INMOBILIARIA AL CONSUMIDOR COMO CAUSA SUPRA CONTRACTUAL DEL NEGOCIO SUBYACENTE EN EL CONTRATO DE FIDUCIA

La teoría de la conexidad contractual conlleva en ciertas operaciones a romper con el esquema tradicional del contrato privado concebido como autónomo, aislado e independiente de la operación jurídico-económica y la causa final perseguida, así como del principio de la relatividad contractual, para en su lugar abrirse paso al concepto de la *operación económica global con una misma prestación esencial*⁷⁵. Lo relevante entonces será la existencia de un nexo supra contractual que va a articular todos los contratos individualmente considerados hacia la obtención de un resultado práctico único, y es allí donde podremos hablar del fenómeno de la coligación con todas las consecuencias que de ello deriva. Será la operación económico-jurídica global la que determinará el alcance de los vínculos jurídicos que surjan de cada uno de los contratos individualmente considerados, de tal forma que todos ellos se armonicen, coordinen e integren. Como se ha sostenido por la jurisprudencia nacional, la unión, vinculación, coordinación o conexidad contractual, se articula [...] por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único [...] siendo menester la existencia de [...] un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos

74 CORREA HENAO, MAGDALENA, op. cit., pp. 141-143.

75 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo, noviembre 15 de 2017, SC18476-2017

con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos [...] ⁷⁶. A este respecto, reconoce la doctrina en la causa final o finalidad empírica ⁷⁷, el eje que determinará la interpretación contractual, la integración normativa y la responsabilidad del grupo contractual que en materia de consumo se concibe como solidaria por efectos de dicha coligación.

Se reconoce en estos esquemas vinculados una responsabilidad de forma mancomunada y coordinada por los deberes secundarios de conducta y los referidos al sistema que integran, de tal forma que los derechos y deberes surgidos en torno a una relación de consumo deben ser asumidos conforme dicha normativa especial, por cuanto [...] el interés, en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más allá del contrato, en el plano de la finalidad perseguida; los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado [...] ⁷⁸, de donde resulta imperioso considerar que [...] todos los integrantes de una red contractual, tienen una obligación de colaborar en el funcionamiento del sistema, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Aquí, la causa asociativa del negocio grupal se hace presente, se solidifica, para fundar una pretensión de colaboración ⁷⁹ [...].

En el plano inmobiliario, la realidad indica que se ha abandonado el esquema de desarrollo directo entre constructor y adquirente, donde la teoría de la relatividad de los contratos adquiere plena firmeza, para en su lugar abrirse paso a estructuras de desarrollo sofisticadas y complejas, tal como acontece con el contrato de fiducia inmobiliaria que comprende múltiples actores, fases, normativas y sectores económicos; por lo que se afirma que en estos se presenta un claro fenómeno de coligación contractual por tratarse de una operación en donde se evidencia un interés asociativo, grupal, como sistema único concebido con miras a lograr una finalidad económica social. Luego como ya se expuso, todo este complejo contractual por regla general va a ser articulado a través de un contrato de fiducia inmobiliaria, y muy comúnmente por el de fiducia inmobiliaria de administración y pagos cuya gestión por su probidad y confianza se ha encomendado única y exclusivamente a una entidad fiduciaria, quien no se considerará un simple tercero, pues por el rol que asume en toda la operatoria, es parte esencial de toda la red como complejo unitario contractual.

76 Sentencia Corte Suprema de Justicia, casación civil 1° de junio de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

77 DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamento del derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, Edit Tecnos. "aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden".

78 Ídem.

79 Ibídem.

De esta forma, se hace imperioso afirmar que en los desarrollos inmobiliarios estructurados a través de las llamadas fiducias inmobiliarias de administración y pagos o *fiducias completas*, la conexidad contractual se presenta por cuanto existe una articulación a través de la entidad fiduciaria, que tiene como finalidad económico social [...] el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda y la adquisición de las unidades inmuebles resultantes del mismo por parte de terceras personas quienes se espera aportarán los recursos necesarios para la construcción; adquisición que, a su vez, tienen como presupuesto necesario tanto el contrato de fiducia mercantil – o de encargo fiduciario, según el caso- como el contrato de construcción⁸⁰ [...], de donde se encuentra un claro agrupamiento:

[...] habida cuenta que la adquisición de bienes inmuebles destinados a vivienda resultantes de un proyecto de construcción desarrollado a través del esquema de fiducia mercantil resulta de la combinación de varios contratos celebrados con profesionales de distintos ámbitos, entre los cuales merece señalar los siguientes: un contrato de fiducia mercantil entre el promotor del proyecto de construcción y la sociedad fiduciaria, en virtud del cual se transfiere el inmueble en el que se desarrollará el proyecto y, en su caso, los planos, licencias y demás documentos necesarios para llevar a cabo el proyecto; un contrato de vinculación, que es un contrato de consumo, entre el promotor del proyecto de construcción, la sociedad fiduciaria y la persona interesada en adquirir el inmueble resultado del proyecto de construcción [...] y un acuerdo previo, en muchos casos de carácter exclusivo entre el promotor del proyecto y la sociedad fiduciaria en virtud del cual aquel o una de sus empresas subordinadas asumirá el papel de constructor y el de gerente del proyecto o de la obra⁸¹ [...].

Se ha resaltado en la misma línea que un proyecto de construcción [...] no se agota en un acto único, sino que se instrumenta a través de un iter, que normalmente abarca las siguientes etapas a nivel "macro": el diseño del esquema del negocio; el armado del contrato de fideicomiso y sus anexos; su comercialización entre potenciales inversores; el desarrollo de la obra; su entrega, la escrituración y extinción [...] ⁸², en las que la función de la fiduciaria será la de servir como vocero de un vehículo de propósito especial asegurando [...] el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto a través de las etapas [...] como [...] mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra

80 BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*, op. cit., p. 58.

81 BAENA CÁRDENAS, *Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo*, op. cit., p. 38.

82 Ver *Supra* Capítulo I, p. 40.

[...] siendo una especie fiel de balanza para la [...] protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas⁸³ [...].

Identificado el fenómeno de la conexidad o coligamiento contractual en los proyectos inmobiliarios llevados a cabo a través del contrato de fiducia inmobiliaria articulado por una entidad fiduciaria especializada y autorizada, lo relevante será entonces determinar a partir de dicha institución, que interpretación y alcance tienen los vínculos jurídicos de la fiduciaria en las relaciones que asume con el consumidor final. Lo anterior, dado que de la institución jurídica en comento surgen las llamadas *obligaciones sistémicas*, de donde las partes tendrán entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios y referidos al sistema que lo integra⁸⁴, los cuales se derivan del principio de coordinación y colaboración. En este sentido, se debe realizar un estudio de [...] sistematización que permita comprender el régimen de responsabilidad de las sociedades fiduciarias y, específicamente, el alcance de los deberes que resultan connaturales a su actividad, a partir del reconocimiento de los deberes secundarios de conducta exigibles a la misma conforme los preceptos de la buena fe e integración contractual [...]⁸⁵. Frente a este tópico, ha reconocido la jurisprudencia que:

[...] las obligaciones de los intervinientes no se reducen a las prestaciones propias de cada uno de los contratos, sino que su actuación debe ir más allá, debe dirigirse al engranaje de todas las convenciones unidas, a la conformación y funcionamiento del sistema; lo que deben hacer con plena sujeción al proyecto pretendido, de cuya satisfacción depende todo el sistema como la existencia del entramado contractual, y por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados⁸⁶ [...].

Empero, es de aclarar que los deberes secundarios de conducta u obligaciones sistémicas, valga mencionar: el cumplimiento de las prerrogativas de la Ley 1480 de 2011 frente al consumidor, derivadas del principio de coordinación y colaboración propias de la figura a la cual se ha hecho referencia, no será una fórmula automática, pues todo dependerá como ya lo hemos mencionado, del grado o nivel de participación de la fiduciaria en este esquema, y es por ello que el planteamiento aquí expuesto se refiere a la denominada fiducia inmobiliaria de administración y pagos también llamada *fiducia completa*, en la

83 Supra Capítulo I, p. 47.

84 Ver Supra. Capítulo III, p. 178.

85 HERRERA OSORIO, FREDY y MAHECHA PULIDO, ALEJANDRO. "Revisión General de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UPTC. Revista Derecho y Realidad. n.º 18. II semestre de 2011. ISSN: 16923936, p. 19.

86 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02.

que encontramos una mayor interrelación entre el consumidor inmobiliario y la entidad fiduciaria; un mayor grado de participación de está en todo el proceso precontractual, contractual y post contractual. En esta tipología, la entidad asume un rol integral que incluye, entre otros: la administración, el desarrollo, la supervisión y la tradición o entrega jurídica de la unidad inmobiliaria, y es por ello que esta participación completa, conlleva necesariamente a que su actividad esté íntimamente conexas, de forma directa, con los derechos esenciales dispuestos en la Ley 1480 de 2011 de cara al consumidor⁸⁷.

Descendiendo a la actividad de la fiduciaria en el esquema planteado y frente a los derechos y deberes consignados en la Ley 1480 de 2011 respecto del consumidor inmobiliario, se tiene que la entidad fiduciaria asume como rol principal: *el ser fiel balanza de toda la estructura contractual*, de confianza mutua de todas las partes y de garantía en la debida articulación de todos los contratos que hacen parte o son necesarios en todo el iter para la consecución del fin económico social. Y este papel protagónico de confianza va a tener una connotación especial y una maximización de la responsabilidad cuando dicha entidad fiduciaria tiene un grado de participación mayor con el consumidor inmobiliario, en donde su rol impacta sus derechos, pues la concepción filosófica y constitucional del derecho de consumo va a crear un espectro protector mayor, dado que el derecho de consumo en la Constitución Política de 1991 es garantía pluridisciplinaria, esto es, del mismo deriva la efectividad de muchos otros derechos y, en ciertas materias, adquiere mayor relevancia en cuanto es un instrumento necesario para la satisfacción de derechos y principios fundamentales consagrados en la Carta Política y en instrumentos jurídicos internacionales que reconocen los derechos humanos, tal como acontece con el derecho a la vivienda digna⁸⁸.

Se debe resaltar que, en este tipo de esquemas, aun cuando el consumidor se vincula con una fiduciaria bajo cualquier tipo de modalidad, lo que busca no es adquirir un producto financiero o convertirse en inversionista, sino obtener un bien material, una unidad inmobiliaria para suplir en la mayoría de los casos su necesidad de vivienda. No persigue adquirir un producto financiero, verbigracia, una cuenta de ahorro, pese a que lo obtiene a través de un vehículo financiero diseñado para el efecto. Como se ha dicho en la jurisdicción argentina: [...] El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato⁸⁹[...], de tal forma que esta condición de los derechos de consumidores y usuarios:

87 Ver Supra Capítulo I, p. 37.

88 Ver Supra, Capítulo I, p. 21.

89 Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza "Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración", 31/07/2013.

[...] obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista, lo que impone una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal [...] no podría válidamente sostenerse que una persona pueda deslindarse de las responsabilidades asumidas en un contrato suscrito con ella por las especiales características del negocio y por las especiales cualidades y confianza que ésta generó en el consumidor contratante, con la sola transferencia de los bienes que fueron objeto de tal contratación. Si un supuesto tal estaría permitido por el ordenamiento jurídico, claramente los consumidores inmobiliarios estarían expuestos a innumerables abusos y a un sinnúmero de situaciones por demás injustas⁹⁰ [...].

Se ha resaltado que el papel de la fiduciaria en el esquema de administración y pagos en la etapa de ejecución y desarrollo - incluso en la previa o de preventas-, por regla general y conforme la tipicidad social propia de la figura, con salvedades de cada caso, va a ser de tal intensidad que necesariamente se involucra con los derechos de información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad reguladas en la Ley 1480 de 2011 y demás normas concordantes, y es por esto que de ello derivan unos deber secundarios de conducta propios de la conexidad contractual, que obligan a la entidad a hacerse cargo de forma directa o mancomunada con el constructor o promotor por el respeto y cumplimiento de dichos derechos.

Si en el esquema utilizado la fiduciaria ocupa el rol de la empresa constructora o administrador de la obra, además que celebra y concurre a la firma de los contratos de preventas, vinculación y escrituración, la responsabilidad en materia de consumo no dependerá de su condición de fiduciario como vocero sino de su rol de productor o proveedor⁹¹, esto es, de la realidad del negocio y la participación en el. Y es que es dable resaltar que la Ley 1480 de 2011 no condicionó tal calidad de productor o proveedor a alguna circunstancia especial como el actuar en calidad de vocero, ni hizo ningún tipo de salvedad al respecto, pues llegar a tal conclusión podría conducir incluso en una aplicación analógica, a descartar a manera de ejemplo la calidad de productor de empresas constructivas vinculadas a través de la figura de la administración delegada que supone que el constructor actúa como un administrador de quien lo contrata y no en nombre propio.

Como se ha establecido por la jurisprudencia nacional, en atención a la ubérrima confianza depositada por el constituyente y la sociedad en general, es que a la fiduciaria le asisten deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, adopción oportuna

90 BILVAO ARANDA, FACUNDO M. "Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios". Ver *Supra* Capítulo II, p. 131.

91 BILVAO ARANDA, FACUNDO M. "El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina. Año: 2012. Abeledo Perrot, p. 172.

de medidas idóneas exigibles, y todo el conjunto de reglas implícitas o explícitas, así como todos los compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, *fides*, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes las cuales asume directamente y no en función de su actuar para otro, o como vocero de un patrimonio autónomo o como propietario instrumental del bien objeto de transferencia. Su responsabilidad profesional se impregna no solo de la aplicación de los principios técnicos y científicos exigibles, sino de *normas protectoras del individuo y de la sociedad*, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión⁹². Todos estos deberes son, los vínculos jurídicos secundarios base de toda esta estructura supra contractual u operación jurídico económica perseguida, de los cuales emerge por su grado de participación en todo el iter contractual, la obligación de asumir directamente frente al consumidor las garantías legales y constitucionales que en materia sustancial están consignadas en la Ley 1480 de 2011 y complementarias frente al consumidor inmobiliario.

En este esquema complejo y conexo contractual existe un encuentro de regímenes que, en vez de excluirse se complementan, se conectan, se fusionan de forma armónica y coherente a fin de maximizar la protección del consumidor. El consumidor inmobiliario halla en su favor una duplicidad de regímenes protectores conectados de forma lógica –Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011–, pues mientras aquella al regular el objeto y ámbito de protección en el artículo primero permite su complemento con otras normas, está en el artículo segundo de forma coherente da plena aplicación a los regímenes particulares pero suplementados o complementados de la forma más favorable al consumidor.

De hecho, la conexidad normativa de regímenes se deriva no solo del ámbito y objeto de la Ley 1328 de 2009, sino diversos artículos de la misma que guardan la misma coherencia. Obsérvese que como principio rector de dicha normativa se resalta la *Debida Diligencia* como el deber de conducta de las entidades vigiladas de forma que se propenda “por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero (Art. 3, Literal a); y como derechos del consumidor, no solo los consagrados en la misma, sino en las demás disposiciones vigentes (Artículo 5); luego en el mismo artículo se consagran los derechos del consumidor de recibir de parte de las entidades vigiladas “productos y servicios con estándares de seguridad y calidad”; de tener a su disposición información y

92 Cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177, citada en Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

publicidad transparente, clara, veraz, oportuna y verificable en los términos de dicha ley y "en las demás disposiciones de carácter especial"; y en general, todos los otros derechos designados en esta ley "o en otras disposiciones".

Un análisis teleológico y sistémico de la Ley 1328 de 2009 conforme las disposiciones antes mencionadas, lleva a la conclusión de que la misma procura establecer un marco general regulatorio de protección al consumidor en un sector particular, pero no excluyente y por el contrario integrado, de tal forma que el consumidor resulte favorecido de un sistema jurídico armónico direccionado por los principios tuitivos de nuestra Carta Política. De esta forma, recae en este criterio concluir que este fenómeno de conexidad contractual, del cual derivan sendos deberes secundarios de conducta, que desemboca necesariamente en una convergencia normativa, va a ser armonizado de forma coherente incluso por los regímenes especial y general, de donde resulta entonces que el uno no se superpone al otro y, por el contrario, la Ley 1480 de 2011 se imbrica en el cúmulo obligacional en cabeza de las entidades fiduciarias siempre bajo el principio de favorabilidad en los casos de antinomias normativas, lagunas, o regulaciones menos protectoras. Lo anterior siempre en consideración el grado de participación de la fiduciaria en lo que concierne a los derechos sustanciales del consumidor inmobiliario de información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y protección contractual.

3.3. EL CONSUMIDOR COMO BENEFICIARIO ES UN TERCERO AJENO AL NEGOCIO DE FIDUCIA, CUYA FINALIDAD E INTERÉS ES PROPIO E INDEPENDIENTE –EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS ESTIPULADAS POR LOS ORIGINANTES DE LA OPERACIÓN Y DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS–

El consumidor en los esquemas constructivos desarrollados a través de fiducias inmobiliarias de administración y pagos, es un tercero ajeno a dicho contrato, es decir, no forma parte de la estructuración de los negocios jurídicos constitutivos en ninguna de sus etapas –previa, de desarrollo y de liquidación–. Al vincularse a la fiducia a través de encargos fiduciarios de preventas en la etapa previa o de vinculación a la fiducia inmobiliaria propiamente dicha en la etapa de ejecución, tiene un interés propio y personal, el cual no es otro que el de adquirir una vivienda digna para satisfacer dichas necesidades. Son el promotor, constructor, desarrollador y la fiduciaria por mencionar algunos, quienes, guiados por una finalidad lucrativa y empresarial, propician y estructuran todo este complejo contractual, dictando en su beneficio y conforme su voluntad, todos los contenidos que disciplinarán dicha operación.

Desde una fase previa de preventas, pasando por la de desarrollo y posterior liquidación, serán los constituyentes (sean beneficiarios o no) y la entidad fiduciaria, quienes dictarán todos los contenidos de las cláusulas que se incluirán en los contratos de constitución principales y en la multiplicidad

de subcontratos conexos *v. gr.* contratos de preventa, contratos de vinculación a la fiduciaria en calidad de inversor, boletos de preventa, contratos de promesa de compraventa, escrituras de tradición a título de cesión de beneficio, escrituras de tradición a título de venta, entre otros –, las cuales serán reglas predeterminadas que hacen que dichos contratos sean de los denominados *de adhesión*. En la generalidad de los casos, el consumidor inmobiliario en el único acto mediante el cual se vincula, ora en la etapa previa, ora en la etapa de desarrollo, tiene limitada su capacidad de disenso frente a las cláusulas preestablecidas –o lo toma o lo deja–.

En este escenario de evidente asimetría, serán las normas de protección al consumidor –bien las generales ora las particulares–, las únicas prerrogativas que garanticen su necesidad. De allí que muchos de los contenidos negociales o acciones desplegadas en la ejecución por los demás intervinientes –fiduciaria, promotor, desarrollador, constructor–, no alcanzarán al consumidor y en su reemplazo entrarán en garantía y como vínculos jurídicos directos en cabeza de estos, dichas normativas protectoras como contenidos directos derivados de la Constitución Política.

La definición del artículo 1226 del Código de Comercio, indica que en el contrato de fiducia comercial se hallan presentes tres sujetos: el fiduciante o fideicomitente constituyente; el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario que puede ser o no constituyente o un tercero. Empero, para el perfeccionamiento del contrato, incluso, basta la presencia del fideicomitente y del fiduciario, sin la necesidad de la existencia, concurrencia o la anuencia del fideicomisario o beneficiario. Esta definición que de suyo pareciera se torna pacífica, no es tal, puesto que la realidad de la operación jurídico económica nos muestra como en dicho negocio, hay participación de múltiples sujetos con diversos intereses; vinculados en momentos contractuales disímiles, pero conexos; a través de formas típicas o atípicas diferentes; con calidades y cualificaciones especiales que a la postre integran regímenes jurídicos de diversos sectores. Los intervinientes podrán ser o no fiduciantes, fideicomisarios o ambas; partes, terceros o intervinientes ejecutores de las actividades necesarias para el desarrollo, luego para lo que interesa al presente, imperioso se hace identificar quién detenta la calidad de parte y quién por el contrario es un tercero ajeno a la operatoria y adquiere la unidad inmobiliaria guiado por una necesidad propia, personal o familiar, es decir, como consumidor inmobiliario.

Se encuentra que el consumidor final de la unidad inmobiliaria puede vincularse al negocio jurídico de fiducia como fideicomitente *inversionista* a su vez adherente beneficiario o únicamente como beneficiario, sea en la etapa previa o en la de desarrollo, luego, en cualquier caso, será un tercero ajeno al negocio primigenio que dio lugar a la estipulación que el constituyente inicial pactó en su favor. El consumidor inmobiliario, sea beneficiario, adherente, inversor o cualquier otra denominación que se le dé, [...] ni es parte de la estipulación a su favor ni menos aún lo es del contrato que la contiene, "y sus

derechos son únicamente los de la prestación prometida acordada *ex ante* por los contratantes, estipulante y promitente"; es decir que, una vez "inserta la estipulación a favor del tercero en un contrato, su derecho se restringe a la prestación prometida, sin convertirse en parte ni comprender los derechos u obligaciones de la relación entre el estipulante y el promitente o la del contrato entre estas"⁹³.

El consumidor no se sienta en un plano de igualdad con el constructor, promotor, desarrollador, propietario de bienes muebles o inmuebles, aportantes y fiduciaria, a discutir las reglas e intereses que disciplinarán el negocio; por el contrario, el mismo se vincula a la estructura negocial ya definida en determinado momento, encontrando predisuestas multiplicidades de reglas que pareciera se irradian al mismo.

La cuestión se centra en indagar sobre el alcance y los efectos de las cláusulas predisuestas y, en particular, las que tienden a exonerar de la responsabilidad por la información y publicidad, la garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual a la entidad fiduciaria. Es decir, cuál es la eficacia del o los negocios jurídicos en los cuales se suelen insertar exoneraciones de responsabilidad frente al consumidor.

A este respecto, ha sostenido la jurisprudencia nacional que desde el propio acto constitutivo de fiducia, el tercero beneficiario adquiere el beneficio con los derechos inherentes consagrados en él y en la ley, mas no los de las partes, ni se convierte en parte, de donde se sigue que no asume los derechos y obligaciones de ellas y por ende cláusulas como las transcritas y sus efectos, no lo alcanzan⁹⁴. No se puede olvidar que el negocio jurídico de fiducia entraña un elemento esencial de confianza calificada⁹⁵, máxime cuando en el otro extremo se encuentra un consumidor en real asimetría frente a las partes. Es esa propia confianza cualificada la que lleva a los consumidores a acudir a las entidades fiduciarias para adquirir la unidad inmobiliaria, pues en ellas encuentran reunidas las condiciones de experiencia, probidad y seriedad, por ende, mal pueden superponerse en desmedro de sus intereses legítimos, cláusulas predisuestas por las partes o sobre las cuales el consumidor final no tiene la potestad de discutir las, modificarlas o excluirlas.

Si como se ha manifestado la Ley 1480 de 2011 es un régimen integrado bajo el principio de favorabilidad al consumidor, es dable concluir que las mencionadas cláusulas de exoneración no alcanzan al consumidor como

93 BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, op. cit., p. 106.

94 Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

95 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de julio de 2008, [SC-076-2008], exp. (11001-3103-036-1999-01458-01). Magistrado Ponente William Namen Vargas.

tercero, y en los eventos en que el mismo pueda considerarse parte firmante, pues también se tornarían sin efecto, ya que son típicas cláusulas abusivas por producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

Uno de los ejes sustanciales de la Ley 1480 de 2011 es la denominada protección contractual que se materializa en un conjunto de prerrogativas protectoras al consumidor tales como: el principio de interpretación favorable (Art. 34°); las condiciones negociales generales y contratos de adhesión (Art. 37°); las cláusulas prohibidas (Art. 38°); las cláusulas abusivas y el listado de las consideradas ineficaces de pleno derecho (Art. 42° y 43°). Por su parte, la Ley 1328 de 2009 como régimen especial de protección del consumidor financiero, también consagra diversos contenidos protectores que se integran de forma armónica al eje sustancial de protección contractual, a saber: el deber de abstenerse de incurrir en prácticas que conlleven abusos contractuales; de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual (Art. 7° lit. e); elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes con claridad (Art. 7° lit. f); y las cláusulas y prácticas abusivas (Art. 11° y 12°). Como puede verse, ambas normas –general y particular– contienen un régimen protector contractual a favor del consumidor convergente, armónico y no excluyente, en el cual se resalta la importancia de proscribir las cláusulas abusivas como derecho inherente del consumidor.

Así las cosas, el régimen protector del consumidor inmobiliario integrado por las normas generales y particulares cuando este se vincula a través del negocio de fiducia inmobiliaria, establece que cualquier cláusula que produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, se considera abusiva y por ende ineficaz. De esta forma, huelga concluir que de forma clara y en franca protección del consumidor, el régimen protector hace abstracción de las estipulaciones abusivas pactadas en los contratos iniciales en los que no participa el consumidor e incluso en los que el mismo firma en un plano de asimetría negocial, de forma tal que una relación asimétrica per sé, se equilibre en garantía de quien merece una especial protección por el ordenamiento.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, se tiene que conforme la estructura contractual privada tradicional, el consumidor en cuanto tercero en el contrato de fiducia inmobiliaria, escapa de los contenidos negociales pactados por los fideicomitentes iniciales y los estructuradores de la operatoria económica en tanto se limiten sus derechos de información y publicidad, garantía, seguridad y protección contractual. Es por ello que se resalta que el consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente, por tanto en su doble calidad en una única relación jurídica – *cliente bancario y consumidor general de un bien material* – se beneficiará de

[...] un régimen general correspondiente a la protección del consumidor y otro más específico que proviene de la regulación del sector financiero [...] ⁹⁶.

3.4. LAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS COMO GESTORES, ESTÁN ORIENTADAS A LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS O FINALIDAD ÚLTIMA DEL BENEFICIARIO—ARTICULO 3 LITERAL A) DE LA LEY 1328 DE 2009

La necesidad y la finalidad última del consumidor inmobiliario al vincularse a una fiducia inmobiliaria en cualquiera de sus etapas, será la de adquirir un bien inmueble para la satisfacción de una necesidad propia, personal o familiar, guiado por un contenido de información y publicidad que le garantice un verdadero juicio volitivo y de discernimiento; en una relación de simetría contractual garantista, no abusiva, torticera, oscura, limitativa o restrictiva; de donde el resultado final será la entrega material y jurídica de una unidad funcional digna, que cumpla con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad informadas, publicitadas, pactadas e inherentes al producto; y lo más relevante, esta finalidad y necesidad última estará confiada a constructores, promotores, estructuradores y desarrolladores, por la especial confianza en el profesionalismo altamente especializado del fiduciario por sus conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia. En otras palabras, la finalidad de consumidor inmobiliario será la de vincularse a la estructura comercial guiado por una especie de *fiel fides* que le transmite la fiduciaria, para adquirir un bien inmueble en donde en toda la operación se le garanticen mínimamente las prerrogativas protectoras consignadas en el Ley 1480 de 2011, la Ley 1329 de 2009 y demás normas concordantes, en especial, las referidas a la información y publicidad, a la garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual.

Sentada la posición acerca de la necesidad que persigue el consumidor en esta estructura contractual, se debe decir que la normativa sectorial dispuesta de forma especial para regular la relación entre la fiduciaria y el tercero beneficiario, tiene como uno de los principios orientadores *la debida diligencia*, entendida como la pauta de conducta del profesional altamente especializado, tendiente a que *se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero* de acuerdo con la oferta, el compromiso y obligaciones acordadas. Dispone el artículo 3° literal a) de la Ley 1328 de 2009 –Estatuto del Consumidor Financiero– frente al principio de debida diligencia que:

96 WOOLCOTT OYAGUE, OLENKA y otros, La protección del consumidor bancario: examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017, p. 47. ISBN 978-958-749-746-5.

[...] Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas 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. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros [...]

De acuerdo con la citada disposición, en desarrollo de esta relación, la fiduciaria debe propender por la satisfacción de la necesidad de dicho consumidor financiero, que como lo mencionamos, no es otra que la de entablar una relación en un complejo contractual para adquirir un producto inmobiliario en donde se le garanticen sus derechos sustanciales derivados de la normatividad que integra el régimen de consumo, que es lo mínimo que aspira obtener de quienes ha depositado su confianza.

El principio de la debida diligencia como máxima de la actividad fiduciaria y que se halla presente en toda la normatividad sectorial y en la regulación orgánica del contrato comercial de fiducia, es derivación directa de la Carta Política de 1991, en tanto su actividad es de interés público. El artículo 335 de la Constitución Política establece que la actividad financiera es de interés público y por ende sólo puede ser ejercida por entidades autorizadas para el efecto. El legislador ha confiado a las fiduciarias por su profesionalismo y especialización, una especial fides que se transmite hacia público, pues ellas desarrollan actividades que impactan de forma masiva intereses públicos y recursos captados del público para la financiación de desarrollos inmobiliarios.

Los constituyentes depositan su confianza desprendiéndose de sus bienes para efectos de la constitución de un patrimonio autónomo radicando la propiedad en cabeza de la fiduciaria para su provecho o el de un tercero; y estos últimos a su turno, motivados por esta confianza, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad, eficiencia y vigilancia del estado, celebrarán contratos de adquisición inmobiliaria estando el proyecto aun en una etapa previa, y es por ello que existió un particular celo del legislador en la regulación de la conducta que debe observar ⁹⁷. De allí que el marco general orgánico del negocio jurídico y la normativa sectorial de la fiduciaria, responsan a la

97 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. sentencia febrero 14/2006, [SC-03-2006], exp. 05001-3103-012-1999-1000-01. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

necesidad del legislador de enmarcar dicha actividad en un comportamiento de ubérrima diligencia.

El artículo 1234 numeral 1° del Código de Comercio fija como deber indelegable de la fiduciaria el de realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Por su parte, la Ley 1328 de 2009, además de consagrar como principio rector esta pauta de conducta profesional, plasma como derechos del consumidor en desarrollo del mencionado principio, el de recibir productos y servicios con estándares de calidad y seguridad (art. 5° lit a); y, como deberes de estas, el de entregar el producto o prestar el servicio en forma debida, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos (art. 7° lit b). A su turno, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993 -, dicta como regla general de conducta el deber de obrar en el marco de la ley, dentro del principio de buena fe y de servicio al interés público (art. 72°). En desarrollo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Circular Básica Jurídica Parte II, Título II, Capítulo Primero, itera en el deber de diligencia, profesionalismo y especialidad como la obligación de poseer ex ante los conocimientos técnicos y experiencia suficientes y emplearlos de cara a una mejor ejecución y previsión (Núm. 2.2.1.2.5). Por último, el Estatuto General de Protección al Consumidor, prevé que sus objetivos se enderezan a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como a amparar el respecto de su dignidad y sus intereses económicos (art. 1°).

Como puede verse, las normativas sectorial y general como derivación de la Carta Política, tienen una convergencia clara en cuanto a la importancia de la debida diligencia en el actuar de las fiduciarias. Luego debe hallarse su real dimensión en un escenario inmobiliario de consumo donde tantos intereses superiores se encuentran en juego, pues la diligencia como concepto jurídico se encuentra presente en cualquier ámbito contractual u obligacional, empero en ciertas áreas como la estudiada, su dimensión es otra.

De lo dicho en relación a este marco conceptual de debida diligencia de la fiduciaria como profesional, se resalta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que en su actuar se impregnan las *normas protectoras del individuo y de la sociedad y los deberes de protección y seguridad*, lo que resulta de trascendental importancia, puesto que en materia de consumo existe entonces un grado diferente de exigencia al encontrarnos en una relación que compromete per se derechos fundamentales. Se trata de un nivel de exigencia mayor de la fiduciaria en tanto su actividad debe tener como finalidad la de salvaguardar los derechos de consumidores y usuarios contenidos tanto en la norma especial –Ley 1328 de 2009– como en la general –Ley 1480 de 2011–. Señala el Profesor Baena Cardenas sobre el particular que:

[...] ese linaje constitucional y supra legal que reconoce y desarrolla los derechos fundamentales de los consumidores financieros conduce necesariamente a una nueva manera de interpretar el régimen que informa la responsabilidad de las instituciones financieras, haciendo que el nivel de diligencia se torne más exigente. Y es que, siguiendo las necesidades básicas del consumidor señaladas en el artículo 78 CP, las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 se han encargado de concretar la responsabilidad civil de las instituciones financieras en general, enfatizando en aquellos aspectos relacionados con la confirmación de que el consumidor financiero tiene derecho a ser informado y educado y con el deber de garantizar las condiciones de calidad en la prestación de los servicios financieros propios del objeto social de tales entidades⁹⁸ [...]

Los deberes de protección y seguridad citados en la referida sentencia, como pautas de conducta de la prestación de la fiduciaria, responden precisamente al especial celo del constituyente en proteger el individuo y la sociedad en el marco de un Estado Social de Derecho impregnado del principio de solidaridad. Son dos conceptos propios del derecho privado traídos de la jurisprudencia y doctrina alemana y francesa, los cuales en su estructura responden propiamente en nuestro criterio al deber de diligencia positivizado en toda la normativa que regula la actuación de la fiduciaria. Es decir, el deber de ubérrima diligencia fiduciaria en sí, guarda correspondencia con la dogmática trazada alrededor del deber de protección y seguridad. Se reconoce frente al primero de ellos, "que al lado de la prestación y de los demás comportamientos ligados al cumplimiento de la prestación, existen deberes de protección que sirven para salvaguardar la integridad de las partes, los cuales surgen antes de la celebración del contrato y después de su ejecución, que buscan compensar el mayor riesgo en el que se encuentran los bienes jurídicos de las partes que participan en la relación obligatoria⁹⁹". Respecto del segundo, se ha considerado en Francia que se reconocen deberes de comportamiento más allá de la prestación, extendiendo dichas obligaciones a cargo de los profesionales¹⁰⁰.

Significa lo anterior que el deber fiduciario en la estructura contractual propuesta –*fiducia inmobiliaria de administración y pagos o completa*–, se endereza a la satisfacción de las necesidades del consumidor inmobiliario vinculado en cualquier etapa del iter contractual, sea cual fuere la denominación o calificación que se le dé. Así las cosas, el análisis de la prestación debida de la fiduciaria frente a los bastiones sustanciales de la Ley 1480 de 2011 y concordantes,

98 BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, op. cit., p. 269.

99 RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER M. "Deberes de Protección aun frente a terceros en la dogmática alemana. Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011, pp. 301-346. Universidad Externado de Colombia <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2895>>.

100 Ídem.

debe partir de la fase contractual en la que se vincula el consumidor, del compromiso adquirido y los roles asumidos, ejecutados y del grado de vinculación de la fiduciaria en el proceso, pues de allí puede identificarse la finalidad y necesidad del adquirente al vincularse a esta estructura y particularmente con una entidad fiduciaria altamente calificada.

Es este el interés final del tercero beneficiario, y por ende la actuación de la fiduciaria debe encaminarse hacia este fin, pues [...] considerando que la gestión confiada al fiduciario se caracteriza por la prestación de servicios en interés del beneficiario, fuerza es concluir que dicha gestión se configura como una relación de medio a fin [...] ya que [...] lo cierto es que ella sirve de medio, a través de la prestación de sustitución, para satisfacer el interés del beneficiario, que es la causa por la cual se celebra el respectivo negocio fiduciario [...], ello por cuanto [...] la función económica que caracteriza los negocios fiduciarios, que a la vez coincide con el interés que el ordenamiento jurídico busca tutelar o proteger, consiste en la obtención de determinada finalidad de interés para el beneficiario a través de la actividad sustitutoria del fiduciario¹⁰¹ [...].

Así las cosas, es la normativa sectorial, integrada de forma armónica con conceptos contractuales privados, estos a la luz de los principios tuitivos de la Carta Política, los que sugieren que en dicha relación, la obligación de la fiducia está encaminada a satisfacer las prerrogativas protectoras de información, publicidad, protección contractual y garantía de calidad, idoneidad y seguridad consagradas en la Ley 1480 de 2011 y concordantes respecto del consumidor, aclarando como lo hemos hecho, que el análisis tiene gran margen de relatividad precisamente por la flexibilidad de la figura, pues es posible que el rol de la fiduciaria no se enmarque ni se incorpore directamente con estos, y el vínculo obligacional en determinado evento deba hallarse en otra fuente de responsabilidad diversa.

3.5. LAS OBLIGACIONES EN CABEZA DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS NO SE CIRCUNSCRIBEN A LAS DENOMINADAS DE MEDIO, BAJO UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO CONFORME LO NORMADO EN ARTÍCULO 29.3 DEL DECRETO 663 DE 1993

Subyace de la propia naturaleza del negocio fiduciario, de su desenvolvimiento en la economía nacional y de la actividad fiduciaria en el sector constructivo, que el espíritu teleológico del artículo 29 del Decreto 663 de 1993 era el de no comprometer a la fiduciaria por gestiones de resultado o garantía en actividades en las que no tomara posición propia, luego a contrario sensu, en

101 BAENA CÁRDENAS. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, op. cit., p. 100.

las relaciones en las cuales adquiere un papel protagónico, una relación más próxima, un vínculo directo con la prestación debida, pues huelga concluir que lo esperado es el resultado de la prestación y no de mera diligencia bajo una graduación de culpa en leve. Es el propio artículo, el que condiciona su aplicación a los casos en que la *ley así lo prevea*, por lo cual habría que decantar en toda esta red contractual, qué normativa se integra en su quehacer y qué tipo de vínculos jurídicos emergen de la misma.

La prestación debida en el régimen de consumo deriva directamente de la Carta Política. Establece el artículo 78 que: "*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*". El desarrollo legal hoy vigente de dicho mandato constitucional va a estar contenido en la Ley 1480 de 2011, sus normas concordantes y las demás normas que disciplinen un régimen especial tal como acontece con la Ley 1329 de 2009 para el sector fiduciario. Así las cosas, es el propio artículo 29 del Decreto 663 de 1993 el que dispone que los vínculos jurídicos que adquiere la entidad fiduciaria, deben corresponderse con la normativa que integra su actividad, que, para el caso analizado, atañe a toda la normativa que comprende el régimen de consumo a la luz de la Carta Política.

Aunado a lo anterior, y como se ha manifestado, es la propia naturaleza del negocio fiduciario regulado en el código de comercio, de su concepción original, de la profesionalidad del fiduciario y su "*expertise*", de los deberes de seguridad y garantía, de la confianza transmitida al público como especie de *fiel fides*, del grado de participación y cercanía en el desarrollo inmobiliario y de su interrelación directa con todos los derechos en cabeza del consumidor en la estructura fiduciaria analizada, de lo que resulta que sus obligaciones sean de un resultado exitoso. Como lo ha afirmado la Justicia Arbitral en diversos laudos [...] su responsabilidad debe ser evaluada a la luz de las obligaciones que de su condición de profesional se derivan incluyendo los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, deberes que son propios de las personas que se anuncian al público como poseedoras de un "*expertise*" que permite confiar en su gestión exitosa¹⁰² [...], puesto que [...] la experiencia no sólo muestra que las obligaciones del fiduciario no son siempre de medio, pues pueden ser de resultado, sino que, de alguna manera, la simplificación que lo ha afirmado, como regla general, le ha hecho daño a la cabal comprensión

102 Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Victor Raul Romero Silva y Guillermo Romero Silva contra Fiducaria Central S.A, Gustavo Lopez Garcia y Orbita Arquitectura e Ingenieria Ltda.

de la figura y a la confianza que se requiere en grado sumo en un negocio de esta naturaleza¹⁰³ [...].

El Profesor Arrubla Paucar¹⁰⁴ ha abordado el tema in extenso, planteando el cambio que se viene dado del sistema de la responsabilidad civil de una corriente liberal en la que el fundamento es la culpa con una graduación tripartita, hacia un sistema en el que el centro gravitacional es la víctima orbitando en torno a la deuda de responsabilidad. Afirma que conforme el principio de solidaridad social, que es eje de nuestro sistema constitucional, la responsabilidad fundada en la culpa debe romperse admitiendo otros criterios más acordes con el desarrollo empresarial y las necesidades sociales. Respecto de la actividad fiduciaria y su responsabilidad, sostiene que se hace necesario incorporar en el análisis otros razonamientos fundamentados en el principio de buena fe, que en su función creadora e interpretativa, oxigene la teoría de la responsabilidad de corte individualista, hacia una responsabilidad basada en el llamado riesgo profesional, [...] de donde puede concebirse una objetivación de la responsabilidad [...] con una adecuada interpretación de los cánones vigentes adaptados incluso a las preceptivas comunitarias o a las necesidades del comercio internacional, [...] de lo que dimanen los deberes de protección, preservación y seguridad al lado de los deberes de prestación, como cánones obligatorios de una relación compleja, que conllevan a la fiduciaria a la imposibilidad de excusarse [...] resguardado en la mediana diligencia, la de buen hombre de negocios [...] pues no otro puede ser el patrón de conducta esperado de quién desarrolla una actividad que explota y le rinde beneficios económicos¹⁰⁵ [...].

Conforme lo anterior, el contenido de la obligación en cabeza de la fiduciaria tiene gran grado de relatividad, en la medida en que será la tipología fiduciaria, la finalidad jurídico-económica de la operación, el pacto contractual, las cadenas sucesivas contractuales, las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo que se entrelacen en la operatoria y en su quehacer, las que determinarán el carácter específico de la prestación.

El deber de diligencia y principio de buena fe exigirán del fiduciario un comportamiento de conducta o actividad que propenda por el resguardo estricto de los derechos de quienes depositan su confianza y que son terceros ajenos a la relación y sujetos de una especial protección constitucional como lo son los consumidores, máxime cuando en dicha relación entran en juego otros derechos de raigambre constitucional y fundamentales. Su modelo de

103 Cámara de Comercio de Cali, Centro de Arbitramento y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. Laudo del veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2005).

104 ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. "Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía". Tesis Doctoral España: Universidad de Salamanca", 2013, p. 305.

105 Ídem p. 305.

conducta, [...] el que de ella se espera de acuerdo con el principio de la buena fe que debe acompañar su actuación durante la ejecución del contrato, no puede ser otro que el que se le exige al *artífex*, esto es, la esmerada y plena diligencia¹⁰⁶ [...].

CONCLUSIONES

(i) El negocio jurídico de fiducia comercial fue concebido como una estructura típica flexible y adaptable a cualquier operación jurídica económica lícita. De allí que su naturaleza permite que una sociedad fiduciaria participe de diversas formas e intensidad en el desarrollo de proyectos constructivos, y en tal medida, los vínculos jurídicos que asume derivarán de cada estructura negocial particular y de su grado de participación en todas las etapas, por lo que no deben elevarse reglas jurídicas absolutas respecto al régimen obligacional que delimitará el alcance de su responsabilidad.

(ii) La fiducia inmobiliaria de administración y pagos, llamada también fiducia completa, se ha convertido en el esquema contractual de más uso a la hora de diseñar y ejecutar un desarrollo inmobiliario de vivienda. Lo anterior en tanto esta operación jurídica económica es coordinada y ejecutada en sus aspectos esenciales por una entidad fiduciaria, vigilada por el estado y con altos estándares legales de exigencia, quien por el ubérrimo profesionalismo que se le exige, transmite la confianza al consumidor final a la hora de formar su voluntad y tomar la decisión de vincularse a un proyecto sobre planos entregando los dineros que financiarán la operación.

En este tipo de esquema fiduciario, se encuentra una mayor interrelación, grado de participación y de compromiso de la entidad fiduciaria con los derechos sustanciales esenciales del consumidor inmobiliario, pues asume un rol directo y protagónico en la administración, el desarrollo, el recaudo, la supervisión, la tradición, y la elaboración y firma de los textos contractuales de vinculación y escrituración, de tal forma que su actividad esté en íntima conexión con los ejes sustanciales regulados en la Ley 1480 de 2011 comprometiendo su responsabilidad por el cumplimiento de dichas prerrogativas.

(iii) Pese al grado de compromiso y participación de la fiduciaria en el esquema de administración y pagos de cara a la información y publicidad, garantía de calidad, idoneidad y seguridad y la protección contractual regulados en el Estatuto del Consumidor, encontramos un problema de integración e interpretación de la normativa que disciplina el negocio jurídico de fiducia comercial, pues se sostiene por un amplio sector que la Ley 1480 de 2011 escapa del espectro obligacional de las entidades fiduciarias, dado que su actividad está regulada por un régimen especial, aunado a que conforme

106 *Ibidem*, p. 312.

la estructura típica del negocio de fiducia comercial, dicha entidad actúa como un gestor de intereses ajenos detentando una propiedad simplemente instrumental de los bienes fideicomitidos y asumiendo obligaciones que por regla general son consideradas de medio.

(iv) La vivienda como necesidad básica de la condición humana, y el estatus constitucional del consumidor como garantía de otros derechos de estatus fundamental, hacen necesario reformular las reglas hermenéuticas que se han forjado frente al régimen obligacional de las entidades fiduciarias respecto de los contenidos sustanciales consagrados en la Ley 1480 de 2011. En este sentido, se debe concebir el ordenamiento jurídico como cuerpo normativo armónico a fin de hallar las respuestas más justas, equitativas y adecuadas ante una realidad social que nos muestra innegablemente que el consumidor inmobiliario se encuentra en real desprotección a la hora de adquirir un inmueble en un desarrollo constructivo sobre planos.

Un enfoque armonizador a la luz de la Carta Política de las diversas normativas que confluyen en la operación en el esquema de fiducia completa, nos permite afirmar que la Ley 1480 de 2011 hace parte del régimen obligacional de las entidades fiduciarias, si consideramos que: (i) el Estatuto General de Protección al Consumidor se integra a la actividad fiduciaria bajo una interpretación sistémica, histórica y conforme a la constitución; (ii) la conexidad contractual y las redes contractuales, permiten interpretar los regímenes de forma convergente y no excluyente, entendiendo que la construcción y adjudicación de la unidad inmobiliaria al consumidor, es la causa supracontractual del negocio subyacente en el contrato de fiducia, y de tal forma, la Ley 1480 de 2011 se integra en el sistema como decálogo obligacional de quien asume un rol protagónico en la operatoria; (iii) el consumidor como beneficiario es un tercero ajeno al negocio de fiducia, cuya finalidad e interés es propio e independiente, por ende las cláusulas predisuestas que excluyen la aplicación de la Ley 1480 de 2011 deben considerarse abusivas y por tanto ineficaces; (iv) las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario que no es otro que la adquisición de un producto debidamente informado y que reúna las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad; y (v) las obligaciones en cabeza de las entidades fiduciarias no se circunscriben a las denominadas de medio bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, por ende pueden ser alcanzadas por el régimen objetivo que es propio de la Ley 1480 de 2011.

(v) Si bien afirmamos que la Ley 1480 de 2011 puede integrarse de forma armónica al régimen obligacional de las entidades fiduciarias, lo cierto es que dicha aserción tampoco puede concebirse como una regla absoluta e inquebrantable desconociendo íntegramente el régimen que le es propio y las reglas particulares del negocio jurídico comercial de fiducia. En este sentido, el análisis debe tener en cuenta: el grado de compromiso adquirido en el contrato primigenio; la finalidad a la cual estén afectos los bienes fideicomitidos;

la función económico jurídica de la operación como unidad única, y el rol ejecutado en toda la operatoria de cara a los derechos del consumidor inmobiliario, de tal suerte que la fiduciaria compromete su responsabilidad por dichos contenidos, en la medida en que su participación se interrelacione con los derechos del adquirente final.

(vi) En el caso argentino se encuentra un ejemplo en el cual se rompen esquemas forjados sobre las tradicionales reglas de la responsabilidad fiduciaria, para en su lugar atribuir en los esquemas constructivos una responsabilidad directa y objetiva a la fiduciaria frente a los contenidos de la Ley de Defensa del Consumidor que para el caso colombiano sería la Ley 1480 de 2011. Se ha considerado que la fiduciaria en estos esquemas es quien inviste el rol más importante de la operación concebida como unidad lógica nutrida por una la función económica jurídica única que a todos los sujetos involucra, aun cuando haya sido articulada por la fiduciaria como propietario formal, si su participación, operatoria o negocio jurídico se anuda con quien reviste la condición de consumidor.

(vii) Un análisis constitucional del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011, lleva a concluir que esta es aplicable de forma armónica e incluso preferente frente a los regímenes particulares cuando estos no regulen determinada materia o la regulación resulte menos protectora o ante antinomias normativas, pues es desarrollo directo de la Constitución Política como norma base general progresiva y fundante de todo el sistema de protección al consumidor en cualquier sector de la economía. En línea con ello, los principios de favorabilidad e *indubio pro consumatore* consagrados en el artículo 4° de la Ley 1480 de 2011 serán puentes con los regímenes especiales y con el derecho común complementándolos de la forma más favorable, en tanto no puede primar la norma especial cuando contemple garantías más débiles.

(viii) La conexidad contractual será una institución propia del derecho privado necesaria para determinar el grado de responsabilidad de la fiduciaria frente a los contenidos sustanciales de la Ley 1480 de 2011. Será el nexo supra contractual el que articulará todos los contratos individualmente considerados hacia la obtención de un resultado práctico único. En los desarrollos inmobiliarios estructurados a través de las llamadas fiducias inmobiliarias de administración y pagos o fiducias completas, existe una articulación a través de la entidad fiduciaria cuya causa supra contractual será el desarrollo de un proyecto inmobiliario para la posterior adquisición de diversas unidades funcionales por terceros consumidores a través de una agrupación de sujetos y contratos individualmente considerados. De allí que la responsabilidad de la fiduciaria va a estar impactada por los contenidos de la normatividad que integra el sistema de consumo, puesto que si la causa económica subyacente final es la adquisición del inmueble por el consumidor final y la financiación y rendimientos por medio de su pago, no puede concebirse que se haga abstracción de dicha normativa imperativa por quienes entran en estrecha

interrelación en todo el iter contractual, pues su cumplimiento se torna en un deber secundario de conducta u obligación sistémica.

(ix) El consumidor final de la unidad inmobiliaria puede vincularse al negocio jurídico de fiducia como fideicomitente inversionista a su vez adherente beneficiario o únicamente como beneficiario, sea en la etapa previa o en la de desarrollo, luego en cualquier caso, será un tercero ajeno al negocio primigenio que dio lugar a la estipulación que el constituyente inicial pactó en su favor y, en este sentido, los efectos de las cláusulas pre estipuladas e incluso firmadas por el consumidor, que tiendan a menguar sus derechos o se tornen abusivas, serán consideradas ineficaces de pleno derecho, pues los contenidos de la Ley 1480 de 2011 como norma base protectora, serán aplicados independiente del esquema utilizado o de los contenidos negociales de exoneración vertidos en los documentos contractuales.

(x) Las obligaciones de las entidades fiduciarias como gestores, están orientadas a la satisfacción del interés o finalidad última del beneficiario. Esta finalidad está guiada por una especie de *fiel fides* que le transmite la fiduciaria al consumidor quien por ello le confía el deber de garantizarle mínimamente las prerrogativas protectoras consignadas en el Ley 1480 de 2011, la Ley 1329 de 2009 y demás normas concordantes. De allí que la debida diligencia y los deberes de protección y seguridad, serán determinantes para considerar que la responsabilidad de la fiduciaria en el esquema propuesto, se endereza a la satisfacción de la necesidad del consumidor vinculado a dicha estructura.

(xi) La prestación debida en cabeza de la fiduciaria en el esquema propuesto, no se puede encausar exclusivamente en obligaciones de resultado o medio, pues todo dependerá de la finalidad jurídico-económica de la operación; del pacto contractual, de las cadenas sucesivas contractuales; y de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo que se entrelacen en la operatoria. En este sentido, en la medida en que la entidad fiduciaria en cualquiera de las fases del proyecto tenga a su cargo o ejecute una actividad que se involucre con los derechos sustanciales esenciales de la normativa general de consumo y concordantes, la prestación debida deberá dirigirse a su cumplimiento en los términos en que dicha normativa así lo establezca, no pudiendo válidamente exonerarse de su responsabilidad aludiendo un actuar sin culpa o con una diligencia mediana.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINAS

ARRIBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos Mercantiles*. Tomo II *Contratos Atípicos*. 5ª Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2014. ISBN: 9589276261.

- . Los Negocios Fiduciarios y la Fiducia en Garantía. Tesis Doctoral España: Universidad de Salamanca", 2013, 385 p.
- BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Fiducia Inmobiliaria – Tensión entre la Autonomía Privada, El Derecho a la Vivienda Digna y El Derecho de Consumo. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. ISBN: 9789587727746
- . Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición, pp. 98-104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.
- BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO. Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, p. 42. Citado Por: Baena Cárdenas, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.
- BILVAO ARANDA, FACUNDO. El contrato de fideicomiso inmobiliario en la Argentina. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.
- CASTRILLÓN PEÑA, GILBERTO. *La fiducia en Colombia*, Bogotá, Témis, 1986, pp. 46 a 48. Citado por Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN: 9789587108163.
- CORREA HENAO, MAGDALENA, El Estatuto del Consumidor: Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas, en: *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Valderrama Rojas, Carmen Ligia, Directora, Editorial Universidad Externado de Colombia, primera edición, mayo de 2013.
- . *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. 2013. Primera Edición, p. 93-94. ISBN 978-958-710-911-5.
- DIEZ PICAZO, LUIS, Fundamento del derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. Madrid: Editorial: Tecnos, 2007. ISBN: 9788447026654
- Escuela Judicial, RODRIGO LARA BONILLA. Consejo Superior de la Judicatura. Interpretación Judicial, Módulo de Autoformación. Segunda Edición 2008. ISBN 958-96969-6, p. 242.
- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, *Curso de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), III, p. 210. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV* (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015)
- HERRERA OSORIO, FREDY y MAHECHA PULIDO, ALEJANDRO. "Revisión General de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato

- de fiducia". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UPTC. Revista Derecho y Realidad. n.º 18. II semestre de 2011. ISSN: 16923936.
- HINESTROSA, FERNANDO. Tratado de las Obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. ISBN: 97895877235564.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS. "Tratado de los Contratos", t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, t. III, La Habana, 1930.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. La fiducia mercantil y pública en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. ISBN: 9789587108163.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. 1ª Edición, pp. 56-57. Bogotá. Legis Editores S.A, 2017. ISBN: 9789587674712.
- RUIZ DE LOPEGUI, GERVASIO. La obra al costo: un modelo de negocio. Capítulo incluido en la obra de Tabakman, Damián. Fideicomisos al costo. Bienes Raíces Ediciones. 2011.
- VILLALBA CUELLAR, JUAN CARLOS. El deber de información en el derecho de consumo. la investigación "El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado", Grupo "Derecho Privado", línea de investigación "Derecho Económico y de los Negocios", que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (C.I.D.E.R.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.
- SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO (2007). La vinculación contractual en el ámbito del consumo. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, vol. I. n.º 2, marzo. Citado por Baena Cárdenas, Luis Gonzalo. Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587109245.
- WOOLCOTT OYAGUE, OLENCA y Otros. La protección del Consumidor Bancario: examen de sus fundamentos y problemas actuales desde una perspectiva de derecho comparado. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017. ISBN 978-958-749-746-5.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y CONCEPTOS

SENTENCIAS NACIONALES

Corte Constitucional

Sentencia Corte Constitucional C-587 del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente. *Ciro Angarita Barón*.

Sentencia Corte Constitucional C-265 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sentencia Corte Constitucional C-011 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sentencia Corte Constitucional C-524 de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Sentencia SC 072. Magistrado Ponente: *César Julio Valencia Copete*. mayo 3 de 2005. Expediente: 5000 1310 3001 1999 04421 01.

Sentencia Corte Constitucional C-749 de octubre 21 de 2009, M. P. *Luis Ernesto Vargas Silva*.

Sentencia Corte Constitucional C-649 de dos mil uno (2001).

Sentencia Corte Constitucional C-836 de dos mil uno (2001)

Sentencia Corte Constitucional C-749 de octubre veintiuno (21) de dos mil nueve (2009), M. P. *Luis Ernesto Vargas Silva*.

Sentencia Corte Constitucional C-630 de dos mil once (2011).

Sentencia Corte Constitucional C-839 de dos mil once (2011).

Sentencia Corte Constitucional C-1141 de 2011.

Sentencia Corte Constitucional C-909 del año dos mil doce (2012).

Sentencia Corte Constitucional C-133 de 2014.

Corte Suprema de Justicia

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940).

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente. *Pedro Octavio Munar Cadena*. Ref.: casación n.º 0293.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del Veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007). Expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), Magistrado Ponente William Namen Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia del 1 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Rad. n.º 2008-00312-01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo, quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad: 68001-31-03-001-1998-00181-02

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Arold Wilson Quiroz Monsalvo del doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Consejo de Estado

Consejo de Estado – Sección Quinta–Magistrado Ponente Rocío Araújo Oñate sentencia del primero de marzo del año dos mil dieciocho, (2018) radicado: 2005-00195.

Tribunales Superiores

Tribunal Superior de Bogotá. Radicado: 20141624702. Acción de Protección al Consumidor. Sentencia del 7 de septiembre de (2017).

Tribunales Arbitrales

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Victor Raul Romero Silva y Guillermo Romero Silva contra Fiduciaría Central S.A, Gustavo Lopez Garcia y Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda.

Cámara de Comercio de Cali, Centro de Arbitramento y Conciliación. Tribunal de Arbitramento de Luz María Zamorano de Castilla y otros, contra Alianza Fiduciaria S.A. y Proplaza Ltda. Laudo del veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2005).

Jueces civiles municipales, del circuito, equivalentes jurisdiccionales

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura Jurisdiccional sentencia n.º 25 de dos mil catorce (2014)

Sentencias extranjeras

Sentencia Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza "Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio farmacéutico de Mendoza s/ escrituración", 31/07/2013, Argentina.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy del 22 de marzo de 2007, Argentina.

Sentencia Tribunal de la Cámara Federal de Apelaciones del 12 junio de 2008, Argentina.

Sentencia, Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, del 31 de julio de 2013, Argentina.

Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F (CNCom)(SalaF) del 4 de noviembre de 2014, Argentina.

Sentencia del 9 de mayo de 2017, por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Argentina.

Conceptos

Superintendencia Financiera Concepto n.º 97010911-2. Enero nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto n.º 2000020332-2 del catorce (14) de Julio del año dos mil (2.000).

Superintendencia Financiera Concepto n.º 2003017321-1 mayo catorce (14) de dos mil tres (2003).

Superintendencia Bancaria Concepto 2004043706-2 de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Superintendencia Financiera. Concepto 2004043706-2 del tres (3) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2006023810-001 del veintiséis (26) de julio de dos mil seis (2006)

Superintendencia Financiera Concepto 2008068357-003 del veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Superintendencia Financiera concepto 2013008465-008 del ocho (8) de julio de dos mil trece (2013).

Superintendencia Financiera Concepto 2016063456-003 del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Superintendencia Financiera Concepto 2017084525-001 del veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Superintendencia Financiera. Concepto del diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicado: 2018083144-006-000.

Superintendencia de Industria y Comercio Concepto Radicación: 14-007610-00001-0000.

Concepto Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado: 2018 – 173905-1 del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

WEBGRAFÍA

El Tiempo. Edificio Space, [en línea]. 2017-2018. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/noticias/edificio-space>

Dinero. Se espera un crecimiento en los negocios de fiducia inmobiliaria este año, [en línea]. 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/finanzas/articulo/se-espera-un-crecimiento-en-los-negocios-de-fiducia-inmoviliaria-este-ano/224011>

Noticias Caracol. Edificio Space, el sueño que hace cuatro años desplomó las ilusiones de 161 familias en Medellín, [en línea] 12 de octubre de 2017. Disponible en: <https://noticias.caracol.com/medellin/edificio-space-el-sueno-que-hace-cuatro-anos-desplomo-las-ilusiones-de-161-familias-en-medellin>

QUIROZ, OSCAR, RAMÍREZ, SEBASTIÁN y TORRES, JORGE. Fiducia inmobiliaria y construcción. [en línea], noviembre de 2012. Disponible en: https://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/Informe%20Econ%C3%B3mico-%20Nov2012-No%2041_0.pdf

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

GALGANO, FRANCESCO, *Diritto privato* (Padova, Cedam, 1992), p. 114. Citado por Sebastián Bozzo Hauri. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

de Valparaíso XLV [en línea] (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp. 39-66]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

BOZZO HAURI, SEBASTIÁN. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV [en línea] (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp.39-66]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512015000200001#footnote-35185-11-backlink

MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y el Fideicomiso Inmobiliario. [en línea] Publicado en la Ley 2007-E 1288, p. 3-4. Argentina. Disponible en: <http://www.bibliotecapca.org.ar/greentone/collect/salagr/index/assoc/HASH4a3b.dir/doc.pdf>

Asociación Nacional de Industriales. Documento titulado: Fiducias: "La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios". [en línea] Disponible en: <http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>.

Papa, Rodolfo G. Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios. Publicado en: la Ley 02/12/2014, 02/12/2014, 1–la Ley 2014-F, 1119. Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

Ministerio de Hacienda de Colombia – Documento Técnico – Vehículos de Financiación Inmobiliaria. Disponible en: www.minhacienda.gov.co

Revisa Portafolio. Fiducia la aliada de los inmobiliarios. [en línea] 30 de mayo de 2018. Gabriel E. Floréz G. Disponible en: <http://www.portafolio.co/negocios/fiducia-la-aliada-de-los-inmobiliarios-517640>.

SANTIAGO CASTELLAN, ÁLVARO CAMILO, Límites a la Creación Voluntaria de Patrimonios de Afectación para la Salvaguarda de Bienes. Revista de derecho de La Universidad de Montevideo. [en línea] 2013 Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Gamio-y-Castellana-Limites-a-la-creacion-voluntaria-de-patrimonios-de-afectacion-para-la-salvaguarda-de-bienes.pdf>

MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario. Pág. 2 Publicado en: la Ley 01/10/2007, 01/10/2007, 1–la Ley 2007-E, 1288. Cita Online: AR/DOC/2686/2007.

BILVAO ARANDA, FACUNDO M. "Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios". Publicado. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/doctrina-del-dia-sobre-lasconsecuencias-practicas-de-los-contratos-con-clausulas-predispuestas-en-un-fideicomiso-inmobiliario/>

CHIALVO, TOMAS PEDRO. Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. "A propósito del Daño Punitivo". www.saij.jus.gov.ar.

CAO, Christian Alberto. El contrato de fideicomiso, las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, y la protección constitucional de los usuarios y consumidores. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015 http://www.caq.org.ar/images/fideicomiso_10_2016/Cao_Fideicomiso_y_responsabilidad_del_fiduciario.pdf

BORETTO, MAURICIO. Título: El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica. Publicado en: LLGran Cuyo2013 (diciembre), 1164. Cita Online: AR/DOC/4287/2013

Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor. Una mirada a la Ley 1480 de 2011. Algunos fundamentos para la protección del consumidor, p. 42. Verónica María EcheverriSalazar. http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf.

Congreso de la Republica. Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones. [en línea]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/252-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-se-dictan-otras-disposiciones>

Congreso visible. "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y dictan otras disposiciones. [Estatuto del Consumidor]". [en línea]. Disponible en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-del-consumidor-se-crea-una-contribucion-para-la-defensa-del-mismo-y-dictan-otras-disposiciones-estatuto-del-consumidor/5960/#tab=2>

Diccionario de la lengua española. [en línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=supletorio>

Diccionario social. Enciclopedia jurídica online. Disponible en: <https://diccionario.leyderecho.org/suplemento/>>

Enciclopedia jurídica. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/suplemento/suplemento.htm>

CATAÑO BERRÍO, SANDRA ELIANA & WILLS-BETANCUR, LUZ MARÍA, La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia, 132 Universitas, 59-88 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ccer>

La Ley 1480 de 2011 y su impacto en la estructura obligacional de las entidades fiduciarias 207

Colpatria Fiduciaria. Contratos de fiducia. [en línea] Disponible en: <https://www.colpatria.com/Fiduciaria/politicas/contratos-de-fiducia>

PEDRO ORELLANA AGURTO. "Vivienda, Familia y Participación". <http://www2.udec.cl/urbe/nro4/orella-s.html>

RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER M. "Deberes de Protección aun frente a terceros en la dogmática alemana. Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011, p. 301-346. Universidad Externado de Colombia <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2895>.

La "Guía para el Consumidor en el Sector Vivienda" elaborada en el marco del Convenio 922 de 2015, suscrito entre la Universidad Sergio Arboleda y la Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_para_el_consumidor_sector_vivienda.pdf