

**ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA COMO
INTERVINIENTE EN LA EJECUCION DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS Y
SU EVALUACIÓN DE CARA AL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

MANUELA MARULANDA RESTREPO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

**ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA COMO
INTERVINIENTE EN LA EJECUCION DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS Y
SU EVALUACIÓN DE CARA AL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

MANUELA MARULANDA RESTREPO

**Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogado**

Asesor:

**Doctor Juan Pablo Fajardo Rojas
Abogado asociado Ignacio Sanín Bernal y Cía. Abogados**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, noviembre de 2012

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.....	9
1.1 CONCEPTO	9
1.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL	9
1.3 NATURALEZA JURIDICA DEL PATRIMONIO AUTONOMO.....	11
1.4 SUJETOS.....	17
1.4.1 Fideicomitente	17
1.4.2 Fiduciaria	23
1.4.3 Beneficiario	29
1.5 RELACIÓN CON ACREEDORES	32
2. MODALIDADES DE FIDUCIA INMOBILIARIA	36
2.1 PREVENTA.....	36
2.2 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA.....	40
2.2.1 Contrato de fiducia mercantil	41
2.2.2 Contrato de encargo de vinculación.	42
2.2.3 Escritura de transferencia de dominio debidamente registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos del domicilio del inmueble.....	43
2.3 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIO ASOCIATIVO.....	44
2.4 VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO Y SOCIAL.....	45
2.5 TITULARIZACIÓN INMOBILIARIA.....	47

3. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA EN LAS DIFERENTES ETAPAS DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS	49
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	49
3.2 ETAPAS DE UN PROYECTO INMOBILIARIO DESARROLLADAS CON SOCIEDADES FIDUCIARIAS	51
3.2.1 Etapa preliminar.....	51
3.3 ETAPA OPERATIVA.....	53
3.4 OBLIGACIONES POSVENTA.....	62
4. INCIDENCIA DE LA LEY 1480 DE 2011 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA	65
4.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	65
4.2 ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS	70
4.2.1 Sentencia no.5127 del 31 de agosto de 2012.....	70
4.2.2 Sentencia No. 5388 del 14 de septiembre de 2012	72
4.2.3 sentencia no.5564 del 21 de septiembre de 2012	72
4.2.4 Sentencia No. 5737 del 28 de septiembre de 2012	74
4.2.5 Sentencia no.5718 del 28 de septiembre de 2012.....	76
5. CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFIA	80

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A. CARTA DE INSTRUCCIONES	84
ANEXO B. ENCARGO FIDUCIARIO PARA VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO	88

INTRODUCCIÓN

El factor principal que impulsa el desarrollo de este artículo, es evaluar la participación de las sociedades fiduciarias en el desarrollo de un proyecto inmobiliario, en sus diferentes etapas, y de esta manera, plantear los supuestos en los que puede llegar a presentarse responsabilidad por parte de ésta, en caso de incumplir con sus obligaciones.

A continuación se pretende abordar la fiducia inmobiliaria como una de las clases de fiducia mercantil, enmarcando conceptualmente en qué consiste esta figura y cuáles son sus diferentes modalidades, con el fin de comprender las distintas formas en las que la fiduciaria puede participar en el desarrollo de un proyecto inmobiliario.

Así las cosas, en primer lugar, se hace necesario comprender los elementos básicos del contrato de fiducia mercantil, exponiendo para ello, sus principales características, la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos que se crean en virtud de la celebración del contrato, las partes que conforman el contrato y los derechos y obligaciones que estas asumen en virtud de la celebración del contrato.

En segundo lugar, se estudiará en qué consiste la fiducia inmobiliaria, quiénes son los intervinientes en esta institución jurídica, es decir, dar cuenta de su funcionamiento.

Posteriormente, teniendo claridad en los aspectos generales del tema, se podrá abarcar la normatividad, la doctrina y el desarrollo jurisprudencial, señalando los casos en los cuales se presente la intervención de la fiduciaria en la ejecución de un proyecto inmobiliario, para concluir una vez analizadas las fuentes, la

relevancia de la fiducia inmobiliaria y determinar cómo se evalúa o cómo se puede llegar a presentar responsabilidad de la fiduciaria.

Finalmente debemos hacer referencia y evaluar la incidencia de la responsabilidad de la fiduciaria, teniendo en consideración la normatividad que hace referencia al consumidor, tema que en la actualidad tiene cada vez más relevancia y que tiene una relación directa con la evaluación de una eventual responsabilidad de la fiduciaria, ya que implica mayores exigencias para quienes ofrecen y prestan servicios, como es el caso de las sociedades fiduciarias.

Se pretende entonces, no solo enmarcar conceptualmente la fiducia inmobiliaria como institución jurídica, sino además, analizar su participación en la ejecución de los proyectos inmobiliarios, pues tiene un papel importante, en tanto es la encargada de velar por la administración de los recursos con los que se llevará a cabo el proyecto.

Se trata de una evaluación a la realidad de esta figura, la cual no cuenta con suficiente desarrollo normativo y en la cual se hace necesario un acercamiento a la forma en la cual participa la Sociedad Fiduciaria.

1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

1.1 CONCEPTO

La fiducia mercantil es un negocio jurídico, que hace parte de la legislación comercial. De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, es *“un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario”*.

1.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL

El artículo 1228 del Código de Comercio, señala que la fiducia debe constar en escritura pública registrada, lo que implicaría concluir que estamos frente a un contrato solemne, sin embargo, se hace necesario armonizar esta disposición con otras normas, como sería el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual señala que *“las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional”*.

Así mismo, la Ley 35 de 1993 reglamentada por el Decreto 663 de 1993 y la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 autorizan el no exigir la solemnidad en todos los casos para el perfeccionamiento del contrato de fiducia mercantil, modificando de esta manera, el Código de Comercio.

Así las cosas, la solemnidad no se requiere en todos los casos para el perfeccionamiento del contrato y, éste se podrá perfeccionar de forma consensual, real o solemne, dependiendo de la naturaleza de los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

Se perfeccionará de forma consensual si al transferir los bienes, no se debe cumplir con formalidades diferentes a la identificación de los mismos, diferente al caso en que se transfiera por ejemplo un bien inmueble, evento en el cual para su transferencia se requiere otorgar escritura pública y posteriormente registrarla en la oficina de registro de instrumentos públicos del domicilio del bien, de tal forma que se requiere el cumplimiento de formalidades adicionales. Por último, puede señalarse que se perfeccionará de forma real, en los casos en que deba hacerse entrega de los bienes para que pueda conformarse el fideicomiso.

Rodríguez Azuero reitera esta afirmación en cuanto al perfeccionamiento del contrato:

En efecto, en Colombia podríamos decir que el negocio fiduciario es consensual, solemne y real, dependiendo de los bienes. Si de dinero u otros bienes muebles se trata, cuya enajenación no está sujeta a registro, el negocio es consensual y la tradición se perfecciona por la entrega de los mismos; si los bienes muebles requieren de registro – como ocurriría con la enajenación de vehículo automotores – el contrato es solemne pues es preciso que conste por escrito y la tradición dependerá, entonces, de que él se lleve a cabo; y, por último, cuando el contrato verse sobre inmuebles, el mismo no se perfeccionará hasta que se produzca el registro en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente. Como, en tratándose de inmuebles, solo en ese momento la tradición se produce, el contrato es real, sin duda, en el último evento¹.

¹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina*. Editorial Legis, 2005, p. 192.

1.3 NATURALEZA JURIDICA DEL PATRIMONIO AUTONOMO

En los términos del artículo 1233, numeral segundo del artículo 1234 y artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, una sociedad fiduciaria que celebra un contrato de fiducia mercantil para cumplir una finalidad con unos bienes determinados, tiene la obligación legal de constituir un patrimonio autónomo, figura jurídica mediante la cual, la sociedad fiduciaria mantiene separados sus propios bienes, de los que le han sido transferidos por el fideicomitente para cumplir el encargo, y a su vez, le permite a la fiduciaria, celebrar todo tipo de actos jurídicos para cumplir la finalidad preestablecida, sin que con ello comprometa en principio su responsabilidad patrimonial o personal.

Según lo establece el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010:

...los patrimonios autónomos, conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo celebrara y ejecutara diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo².

Así las cosas, es claro que cuando se celebra un contrato de fiducia mercantil, la sociedad fiduciaria en ningún caso adquiere la titularidad jurídica de los bienes transferidos por el fideicomitente, por el contrario, es el patrimonio autónomo “receptor de derechos y obligaciones”, quien adquiere la titularidad jurídica de dichos bienes y actúa a través de la sociedad fiduciaria, quien los administra

² COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Decreto 2555 (15, julio, 2010). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. [En línea] Disponible en: <http://www.actualicese.com/normatividad/2010/07/15/decreto-2555-de-15-07-2010/>.

sustancial y procesalmente; vale decir, celebra en nombre de este, todos los contratos y actos jurídicos, y lo representa en juicio, bien sea como demandante, demandado o tercero interviniente.

Pese a que el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 es claro al señalar la conclusión anteriormente expuesta, en Colombia, no se ha distinguido con claridad cuando las sociedades fiduciarias actúan por sí mismas, y cuando actúan como voceros y administradores de los patrimonios autónomos que estas tienen, prueba de ello es la evolución que ha tenido la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

El primer caso en el cual la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo fue en el año 2004, mediante la Sentencia del 10 de Mayo de la Sala de Casación Laboral con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas³. En este caso, LA FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A celebró un contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria, en virtud del cual se creó un patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO EDIFICIO EL GRAN MOCHUELO”, el cual tuvo por objeto, construir por el sistema de administración delegada un proyecto inmobiliario.

En el caso objeto de la Litis, el fideicomiso contrató la dirección técnica de la obra con la Sociedad VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA, la cual por cuenta del fideicomiso, celebró todos los contratos con el personal de la obra. Durante la ejecución del proyecto inmobiliario, la sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda, despidió a la señora Gloria Stella Ibáñez, quien fungía como directora de obra, lo cual conllevó a que se presentara una demanda laboral, en la cual se demandaba solidariamente a la FIDUCIARIA TEQUEDAMA S.A (directamente), y a la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda, el pago de los salarios dejados de

³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de Mayo de 2004. MP. Eduardo López Villegas.

percibir, las vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

En primera instancia, el Juzgado Octavo Laboral de Bogotá, mediante Sentencia del 17 de Julio de 2000, resolvió condenar a la demandada a pagar las sumas de dinero solicitadas. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de Marzo de 2003, absolvió a la Fiduciaria Tequendama S.A, tras encontrar su ausencia de responsabilidad en las pretensiones de la demanda.

Posteriormente, se desató el recurso extraordinario de Casación en donde se exoneró de toda responsabilidad a la sociedad fiduciaria y, de esta manera la Corte en sus consideraciones señaló:

La Fiduciaria Tequendama S.A, fue llamada al proceso en su propia condición; en su lugar la demanda debió ser dirigida contra el Patrimonio autónomo constituido mediante el contrato de fiducia mercantil, a través de su representante legal de conformidad con las normas comerciales, en especial el artículo 1234 numeral 4, esto es, la Fiduciaria Tequendama S.A.

[...]

Es el patrimonio autónomo, el responsable directo de las obligaciones que se contrajeran en desarrollo de la realización del objeto de la fiducia mercantil; y en especial en materia laboral, por cuanto el prescindió de contratistas independientes para la ejecución de la obra y optó por asumirla directamente a través de un administrador delegado; a este correspondía la vinculación del personal a cargo y por cuenta del patrimonio autónomo⁴.

Así las cosas, el primer pronunciamiento de nuestro máximo tribunal de la Justicia Ordinaria, sentó un precedente significativo, según el cual las sociedades fiduciarias no debían responder directamente por obligaciones sustanciales que adquieran los patrimonios autónomos por ellas administradores.

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTÁ. Sentencia del 28 de Marzo de 2003.

Igualmente quedo claro, que la participación de las sociedades fiduciarias en los procesos judiciales en los cuales se demandaba a un fideicomiso no debía ser a título personal sino como “representante legal” del patrimonio autónomo, so pena de evidenciarse una falta de legitimación en la causa por pasiva del demandante.

El segundo caso en el cual la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo fue en el año 2005, mediante la Sentencia del 3 de Agosto con ponencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos⁵.

En esta oportunidad, la Corte analizó la demanda impetrada por una sociedad interventora de un proyecto inmobiliario, en contra de una sociedad fiduciaria (directamente), al considerar que está última incumplió el contrato de interventoría celebrado, por no pagar oportunamente las sumas de dinero acordadas.

Como *ratio decidendi* de la providencia, nuestro máximo tribunal de la Justicia Ordinaria, tras evidenciar que el contrato de interventoría había sido celebrado por la fiduciaria como vocera del fideicomiso de administración inmobiliaria constituido para el efecto, exoneró de toda responsabilidad a la sociedad fiduciaria y señaló que:

El patrimonio autónomo no es persona natural y jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del CPC, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad⁶.

⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de Agosto de 2005 MP. Silvio Fernando Trejos

⁶ *Ibíd.*

Bajo este escenario, es claro como la Corte mantuvo el precedente fijado en el año 2005, ratificando su posición al respecto.

El tercer caso en el cual la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo, fue en el año 2006, mediante la Sentencia del 31 de mayo de 2006 con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar⁷, en el cual la Corte Suprema de Justicia, analizó una demanda contra una sociedad fiduciaria (directamente), por el presunto incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, celebrado sobre algunos locales de un centro comercial.

En la citada providencia, si bien la Corte exoneró de toda responsabilidad a la sociedad fiduciaria, lo cierto es que no lo hizo basándose para el efecto en el precedente fijado por la corporación en años anteriores, sino que argumentó la exoneración que realizaba de la fiduciaria por cuestiones procesales más que sustanciales.

Nuestro máximo tribunal de la Justicia Ordinaria, señaló en sus consideraciones:

Si por virtud del contrato de fiducia mercantil, en un caso determinado se dedujera que el fiduciario ha de pagar por los riesgos derivados de contratos celebrados por el fideicomitente, con anterioridad al acto de constitución de fiducia, pero cedidas posteriormente a esta, sería el patrimonio autónomo del que es vocero el fiduciario, el que podría verse afectado con tal prestación, puesto que mientras no exista una imputación de culpa, dolo o extralimitación de la sociedad fiduciaria, el juez no está facultado para entrar a escudriñar si el comportamiento desbordado o negligente de ésta compromete su patrimonio particular.

Por lo tanto, no encontrándose dentro de la formulación de las pretensiones o la enunciación de los hechos de la demanda impetrada por el señor Tobón Tamayo, que la alegada obligación de restituir a la actora lo abonado a la constructora por el promitente comprador derivara de un proceder culposo o doloso atribuirle a la fiduciaria, resultaba improcedente gravar, a esta última,

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de Mayo de 2006 MP. Pedro Octavio Munar.

en su propio peculio, con la obligación de restituir unos dineros que ingresaron al patrimonio autónomo por el que ella obrar y no al suyo propio⁸.

Así las cosas, resulta claro que si bien hasta el año 2006, en Colombia las sociedades fiduciarias no debían responder con su propio patrimonio, por las obligaciones que adquirían en calidad de “representantes legales” de sus patrimonios autónomos, lo cierto es que la sentencia de la Corte, abrió el camino para invocar la responsabilidad directa de las sociedades fiduciarias en su rol de administradores de los patrimonios autónomos.

Finalmente, debemos hacer referencia a la Sentencia del primero de julio de dos mil nueve (2009), con Magistrado Ponente William Namén Vargas⁹, en la que la Corte Suprema de Justicia, terminó de ratificar el nuevo precedente establecido en el año 2006, según el cual las sociedades fiduciarias, si deben responder con su propio peculio, en aquellos casos en los cuales, obrando como voceros de un patrimonio autónomo, cuando causen daños y perjuicios a terceros, por inobservar los deberes fiduciarios que les impone la ley.

En la citada providencia la Corte considera que:

Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisolublemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla,

⁸ Ibíd.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del Primero de Julio de 2009. MP. William Namén Vargas

por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados.

[...]

Las características y peculiaridades de la fiducia mercantil y, en particular, la conformación del patrimonio autónomo, la escisión patrimonial y la personalidad jurídica del fiduciario, no excluyen en determinadas hipótesis su responsabilidad personal, tal como lo consideró el tribunal al imponerla a la demandada recurrente por su conducta lesiva de los derechos de la demandante al rehusarse a devolverle los dineros entregados en parte del precio si el proyecto se frustraba, no obstante, comprometerse y encontrarse autorizada expresa e irrevocablemente por la fideicomitente promitente vendedora en el contrato de promesa y en el contrato de fiducia, por un acto inherente a su gestión, pues con tal conducta se apartó de las instrucciones impartidas al respecto¹⁰.

En conclusión de todo lo anteriormente expuesto, resulta claro que en Colombia, las sociedades fiduciarias deben responder frente a terceros, por todos aquellos daños y perjuicios que les causen por la inobservancia de los deberes fiduciarios que les impone la ley, no importando para el efecto, que la sociedad fiduciaria obre a título personal o como vocera de uno de sus patrimonios autónomos.

1.4 SUJETOS

Pese a que el artículo 1.226 del Código de Comercio, establece que el contrato de fiducia mercantil, esta conformado por tres (3) partes; es decir: el(los) fideicomitente(s), el fiduciario y el(los) beneficiarios. Lo cierto es que la Doctrina ha establecido que el contrato de fiducia mercantil lo conforman dos o tres partes según la finalidad encomendada a la sociedad fiduciaria.

1.4.1 Fideicomitente

Se denomina fideicomitente, la persona (natural o jurídica) que **transfiere** uno o más bienes a la Sociedad Fiduciaria para conformar un patrimonio autónomo afecto a una finalidad establecida. Ahora bien, nada obsta para que la calidad de

¹⁰ Ibíd.

fideicomitente en un contrato de fiducia de mercantil la tengan varias personas, evento en el cual se acostumbra a designar un representante de los fideicomitentes o un Comité Fiduciario conformado por varios fideicomitentes, que ejercerá de forma privativa y excluyente, la representación de todos los fideicomitentes ante la fiduciaria.

Haciendo un símil con la figura societaria, en la práctica, las sociedades fiduciarias exigen en los eventos en que existan varios fideicomitentes, la creación de un comité fiduciario, órgano que suele regirse por las normas establecidas en el código de comercio para la asamblea general de accionistas, en lo que tiene que ver con tipos de reuniones (ordinarias, extraordinarias, de segunda convocatoria, por derecho propio, universales y no presenciales), mayorías decisorias, deberes, derechos, y demás aspectos relacionados.

Teniendo en cuenta que se considera fideicomitente la persona que transfiere los bienes al patrimonio autónomo, en la práctica, las sociedades fiduciarias han recurrido a la figura del tradente, para regular aquellos casos en los cuales la persona que transfiere la propiedad del bien al fideicomiso no se considere bajo ningún punto de vista legal como parte del contrato de fiducia.

Esta figura consiste en que el propietario del bien transfiere por cuenta y nombre del fideicomitente, la titularidad jurídica de los bienes al fideicomiso, y en consecuencia, es el fideicomitente y no el propietario de los bienes quien adquiere los derechos y las obligaciones que se establecen en la ley y en el contrato.

Para hablar de los derechos del fideicomitente, nos debemos remitir a la lectura del artículo 1236 del Código de Comercio, el cual establece que al fideicomitente se le reconocen los siguientes derechos:

- En primer lugar, se le reconocen aquellos derechos que se hubiere reservado al momento de constituir el contrato; vale decir, si bien el fideicomitente transfiere la titularidad jurídica de sus bienes al patrimonio autónomo, es usual que no transfiera todos los derechos que dichos bienes le confieren. Piénsese por ejemplo que un fideicomitente transfiere la propiedad de su casa a un patrimonio autónomo, con la única finalidad de que la fiduciaria como administradora de dicho fideicomiso, pague oportunamente el impuesto predial, servicios públicos, y demás gastos asociados a la tenencia de un inmueble en Colombia, en este caso, es claro que el fideicomitente pretende seguir usando el inmueble, razón por la cual, se reserva el derecho de usar el inmueble al momento de constituir el patrimonio autónomo.

En la práctica, las sociedades fiduciarias, suelen conferirle al fideicomitente, la tenencia material de los inmuebles que este les transfiere, a título de comodato precario, es decir, si bien el patrimonio autónomo adquiere la propiedad de los bienes fideicomitados, es al fideicomitente a quien le corresponde la custodia y tenencia material de dichos bienes, teniendo en cuenta la imposibilidad fáctica que tienen las sociedades fiduciarias para vigilar en debida forma los bienes que se les entregan para su administración.

- En segundo lugar, el fideicomitente tiene el derecho a revocar a la sociedad fiduciaria y nombrarle un sustituto (si se ha reservado este derecho en el contrato expresamente). En la práctica, las sociedades fiduciarias han adoptado como política, que los contratos de fiducia sean irrevocables, buscando así, que el fideicomitente no pueda hacer uso de este derecho.
- En tercer lugar, el fideicomitente tiene derecho a que el patrimonio que se conforme con los bienes por él transferidos, se los devuelva una vez se termine el contrato, siempre y cuando no se hubiere estipulado otra cosa en el contrato. En la práctica, se denomina “restitución de beneficio”, aquella transferencia que hace el patrimonio autónomo al fideicomitente de los bienes fideicomitados,

esta transferencia goza de beneficios tributarios a nivel de impuestos territoriales, por el contrario, se denomina “transferencia a título de beneficio”, aquella operación jurídica en virtud de la cual el patrimonio autónomo le transfiere a una persona del fideicomitente la titularidad jurídica de los bienes fideicomitados, en esta transferencia no existen los beneficios tributarios para la restitución de beneficio¹¹.

- En cuarto lugar, el fideicomitente tiene derecho a que la fiduciaria le rinda cuentas de su gestión. En la práctica, las sociedades fiduciarias, suelen enviarle de forma semestral al fideicomitente, un informe detallado de la situación del fideicomiso, en concordancia con el numeral octavo del artículo 1234 del Código de Comercio, sin perjuicio claro está, que en virtud del principio de autonomía privada, las partes acuerden un plazo diferente para que la fiduciaria rinda cuentas de su gestión
- En quinto lugar, el fideicomitente tiene derecho a ejercer las acciones de responsabilidad contra la sociedad fiduciaria, esta acción de responsabilidad no tiene una naturaleza especial y por lo tanto se regula por lo dispuesto en la normatividad de responsabilidad civil en Colombia.

¹¹ En materia de impuestos territoriales, las personas que pretendan transferir la propiedad de sus bienes inmuebles, deben pagar los siguientes conceptos: derechos notariales, impuesto departamental de registro (boleta de rentas) y derechos de registro. Estos conceptos se calculan con base en el avalúo catastral del bien inmueble.

Por el contrario, tratándose de la constitución de una fiducia mercantil, el fideicomitente debe pagar derechos notariales con base en el avalúo catastral del bien inmueble, impuesto departamental de registro (boleta de rentas) con base en la comisión fiduciaria y derechos de registro con base en el avalúo catastral del inmueble. El hecho de pagar el impuesto departamental con base en la comisión fiduciaria, conlleva una reducción significativa de los costos de transacción de la operación.

Una vez el contrato de fiducia se termine por cualquier causa, el patrimonio autónomo le restituye la propiedad del inmueble al fideicomitente, debiendo este último pagar: derechos notariales con base en el avalúo catastral, impuesto departamental de registro (boleta de rentas), como acto sin cuantía y derechos de registro, con base en el avalúo catastral. El hecho de pagar el impuesto departamental como acto sin cuantía reduce notoriamente el costo de transacción de la operación.

- Finalmente, el fideicomitente tiene derecho a que se le reconozcan todos los derechos expresamente estipulados en el contrato, y que no sean incompatibles con los derechos de la fiduciaria, del beneficiario y de terceros.

Ahora bien, para hablar de las obligaciones del fideicomitente, debe consultarse la normatividad civil y comercial, teniendo en cuenta que no todas las obligaciones del fideicomitente se encuentran establecidas en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio.

En los términos del artículo 1893 del Código Civil, aplicable por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio, el fideicomitente tiene el deber de salir al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios a favor del patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil. En la práctica, las sociedades fiduciarias suelen establecer en los contratos de fiducia mercantil, una extensión de la obligación de saneamiento del fideicomitente, la cual consiste en que el fideicomitente no solo le debe responder al patrimonio autónomo, sino a todas aquellas personas a las cuales la sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, le transfiera la propiedad de los bienes fideicomitados o sus desmembraciones¹² a terceros.

En segundo lugar, en los términos del artículo 1237 del Código de Comercio, todo negocio fiduciario debe ser remunerado para la sociedad fiduciaria, razón por la cual se acostumbra que salvo pacto en contrario, sea el fideicomitente y no terceros, quienes deban asumir esa obligación.

En la práctica, se ha establecido en algunos contratos de fiducia, el derecho que tienen las sociedades fiduciarias para descontar de los bienes fideicomitados el

¹² Se entiende por desmembración aquella figura jurídica por medio de la cual de un bien a través de un loteo o desglobe, surgen otros, con matriculas inmobiliarias diferentes.

valor de la comisión de la fiduciaria, lo cual para algún sector de la doctrina es una práctica insegura, teniendo en cuenta que el artículo 1244 sanciona como ineficaz, toda estipulación en virtud de la cual, la fiduciaria adquiera definitivamente la propiedad de los bienes fideicomitidos. Así las cosas, podría pensarse, que este tipo de prácticas de las sociedades fiduciarias, conllevaría a que se sancione como inexistente el contrato de fiducia, por el hecho de que se está omitiendo uno de los elementos de la esencia del contrato.

En tercer lugar, como lo ha establecido la Superintendencia Financiera de Colombia¹³, le corresponde al fideicomitente reembolsar todos aquellos gastos en que deba incurrir la sociedad fiduciaria para cumplir la finalidad del contrato establecida. En la práctica, la Superintendencia Financiera les prohíbe a las Sociedades Fiduciarias, realizar gastos en el cumplimiento de sus funciones y posteriormente solicitar el reembolso, señalando de esta manera:

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que el fiduciario asuma con su propio peculio los gastos necesarios para la ejecución de la fiducia, ha sido criterio de esta Superintendencia que el interés público que encarna la fiduciaria le impone a la entidad la obligación de salvaguardar su patrimonio como prenda general de sus acreedores, de manera que no podía comprometerlo parcial ni totalmente en un negocio determinado. La Superintendencia Bancaria, por su parte, deberá velar porque ello suceda así.

Asumir con sus propios recursos los gastos de la ejecución de la fiducia, sin que por lo demás tal posibilidad haya sido prevista en el contrato, configura a nuestro modo de ver no solo una práctica insegura, sino también una operación no autorizada en la medida en que los que se da es una operación de mutuo comercial que como tal desborda la capacidad legal de la fiduciaria¹⁴

Finalmente, el fideicomitente en cada caso deberá cumplir con los deberes establecidos en el contrato de fiducia.

¹³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto número 97040816-0, Agosto de 1997.

¹⁴ *Ibíd.*

1.4.2 Fiduciaria

Tratándose del contrato de fiducia mercantil, solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. Esta limitante es quizás una de las principales diferencias que existen con el contrato de fiducia civil, que según el artículo 794 del Código Civil “es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”. De acuerdo con esta definición, la calidad de fiduciaria la puede ejercer cualquier persona y no se limita la calidad del sujeto.

Grosso modo, la fiducia civil se establece en el inciso primero del artículo 794 del Código Civil, y se define como aquella propiedad que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Son tres los sujetos que conforman el fideicomiso civil; el fideicomitente o constituyente, quien es la persona que somete la transferencia de la propiedad de su bien a favor de un tercero, a un hecho futuro e incierto que una vez verificado conlleva que dicho tercero adquiera la calidad de propietario del respectivo bien, el fiduciario, quien es la persona que adquiere la propiedad de un bien, sometido a la condición resolutoria impuesta por el constituyente y, el beneficiario, quien es la persona que adquirirá la propiedad del bien, una vez cumplida la condición, y mientras esta no se cumpla, solo conllevará el derecho de una mera expectativa.

No existe prohibición legal alguna para que el constituyente pueda hacer a su vez propietario fiduciario de sus bienes, incluso el artículo 807 del Código Civil, señala que a falta de designación del fiduciario, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente.

Una segunda diferencia entre la fiducia civil y la mercantil radica en los derechos y las obligaciones del fiduciario, el cual realmente se considera propietario de los bienes, y por ello, puede enajenarlos a cualquier título por actos entre vivos o

trasmitirlos por causa de muerte, percibir los frutos civiles o naturales del respectivo bien, subsistiendo en todo caso la condición resolutoria impuesta por el constituyente, con lo cual los herederos del fiduciario o los terceros adquirentes del bien, tendrán la propiedad hasta tanto se verifique el cumplimiento de la condición impuesta por el constituyente. Por el contrario, en la fiducia mercantil, la sociedad fiduciaria (fiduciario), únicamente puede realizar aquellos actos autorizados expresamente por el fideicomitente, o que en todo caso guarden íntima relación con la finalidad del patrimonio autónomo.

El fideicomiso civil puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, “si es por acto entre vivos requiere la solemnidad de la escritura pública así comprenda solo bienes muebles. Si es sobre inmuebles, requiere, además de la solemnidad de la escritura pública, la inscripción en su correspondiente folio magnético en la oficina de registro de instrumentos públicos de ubicación del inmueble. Si es por testamento, deben cumplirse por el testador los requisitos establecidos para este tipo de asignaciones establecidas en el libro tercero, título I y siguientes del Código Civil”¹⁵.

El requerimiento de solemnidad para celebrar el contrato de fiducia civil, es la tercera diferencia que encontramos con el contrato de fiducia mercantil, el cual dependiendo de la naturaleza de los bienes con los cuales se conforma el patrimonio autónomo será consensual, solemne y real.

Una cuarta diferencia radica en que en la fiducia civil no existe la obligación para el constituyente de remunerar al fiduciario por la administración que éste último haga de los bienes mientras esté pendiente el cumplimiento de la obligación, no obstante debe reconocerle económicamente las expensas extraordinarias y las mejoras necesarias y no necesarias en caso que así se hubiera pactado. Por el

¹⁵ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Bogotá: Editorial Temis. 2004, p. 226

contrario, tratándose del fideicomiso mercantil, es de la esencia del contrato, que el fiduciario reciba una remuneración por la prestación de sus servicios, con lo cual es claro que mientras el fiduciario civil tiene la obligación de administrar con sus propios fondos los bienes transferidos, el fiduciario mercantil, le está expresamente prohibido realizar desembolsos, pagos y erogaciones económicas con su propio pecunio para administrar los bienes.

Finalmente, como conclusión podemos establecer que el fideicomiso civil se diferencia del fideicomiso mercantil, en la finalidad u objeto que cada uno persigue, mientras en la fiducia mercantil el fiduciario que es un administrador profesional, adquiere la propiedad temporal de un bien para cumplir una finalidad establecida por el fideicomitente, en la fiducia civil, el fideicomisario adquiere la propiedad del bien, no para cumplir una finalidad establecida por el constituyente, sino para conservar dicho bien hasta tanto se verifique el cumplimiento de la condición.

Para hablar de las obligaciones que tienen las sociedades fiduciarias por el hecho de celebrar un contrato de fiducia mercantil, nos debemos remitir al artículo 1234 del Código de Comercio, el cual establece que se consideran deberes indelegables de las sociedades fiduciarias los siguientes:

- Primero, realizar todos los actos que sean necesarios para conseguir la finalidad establecida en el contrato. Esta exigencia debe ser interpretada a la luz del artículo 1243 del mismo código, que establece que la sociedad fiduciaria responde en el cumplimiento de su gestión hasta la culpa leve.
- Por lo tanto, debe concluirse que las sociedades fiduciarias deben ceñirse a un criterio de diligencia medio en el cumplimiento de su gestión, lo cual conlleva que la fiduciaria no pueda exonerarse o disminuir su responsabilidad, o delegar en terceros el cumplimiento de sus gestiones, teniendo en cuenta que gran

sector calificado de la doctrina considera como imperativo el artículo 1234, , no obstante, queda la duda si es posible endilgar vía contrato, un mayor grado de responsabilidad a la sociedad fiduciaria en el cumplimiento de sus funciones. “Nuestra posición es que los deberes indelegables y los actos necesarios para la consecución de la finalidad práctico-jurídica buscada por el fideicomitente son indelegables y que el artículo 1234 es una norma imperativa que no puede ser desconocida por la autonomía de los particulares al disciplinar sus intereses mediante los negocios jurídicos fiduciarios.”¹⁶

- Segundo, mantener los bienes objetos de la fiducia separados de los suyos y de los de otros fideicomisos. En la práctica, las sociedades fiduciarias acostumbran a identificar sus distintos fideicomisos con un número de verificación que les asigna la Superintendencia Financiera, e igualmente con la elaboración de documentos básicos contables, como sería un balance general.
- Tercero, invertir los bienes fideicomitados de acuerdo con las instrucciones otorgadas por el fideicomitente. En la práctica, las sociedades fiduciarias exigen al fideicomitente que de forma permanente les dé instrucciones claras de cómo deben cumplir su función, para el efectivo cumplimiento de esta obligación.
- Cuarto, llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados. Se debe aclarar que en la práctica, las sociedades fiduciarias cumplen este deber, designando como apoderado judicial a la persona que el fideicomitente determine, y de forma excepcional, ejercen directamente la defensa judicial de los bienes, estos casos excepcionales se presentan cuando la fiduciaria es llamada a juicio, no solo como vocera del patrimonio autónomo, sino directamente.

¹⁶ RENGIFO GARCIA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Tercera Edición. U. Externado de Colombia, p. 151

- Quinto, debe solicitar a la Superintendencia Financiera instrucciones sobre el cumplimiento de sus obligaciones en caso que tenga dudas del alcance de las mismas. En la práctica, se ha visto como la Superintendencia Financiera responde los cuestionamientos que hacen las sociedades fiduciarias, remitiéndolas a lo establecido por la ley, con la cual se desestimula el uso de este derecho por parte de las sociedades fiduciarias.
- Sexto, procurar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitidos, por lo tanto, todos los actos que realice deben ser de carácter oneroso, salvo pacto en contrario. Es claro que toda finalidad que establezca el fideicomitente a la fiduciaria con ocasión del contrato de fiducia mercantil, se realiza mediante la administración de unos bienes determinados, dicha administración conlleva operaciones de todo tipo, entre las cuales cabe mencionar la enajenación parcial o total de activos, la constitución de gravámenes o limitaciones al dominio, la entrega de la tenencia material de activos y la inversión de recursos monetarios en el sistema financiero.

En principio le corresponde al fideicomitente dar instrucciones claras a las fiduciaria sobre la enajenación, la constitución de gravámenes y la inversión de recursos, no obstante, a falta de dichas instrucciones, el numeral sexto del artículo 1234 citado, le impone a la fiduciaria el deber de procurar el mayor rendimiento financiero en la administración que esta haga de los bienes fideicomitidos, teniendo en todo caso claro, que la fiduciaria no puede garantizar unos rendimientos determinados, sino simplemente que ejercerá su mayor grado de diligencia y cuidado en el cumplimiento de su gestión.

En la práctica, dependiendo del producto fiduciario que se vaya a realizar, las sociedades fiduciarias cumplen este mandato legal de distintas formas como pasa a explicarse, tratándose de fideicomisos de inversión (carteras colectivas), es la propia fiduciaria, la que establece el tipo de operaciones que se ejecutan con ocasión del contrato; vale decir, la fiduciaria es quien le señala

al fideicomitente en qué productos se va a invertir los dineros por éste entregados, indicándole a título ilustrativo los rendimientos que el fideicomitente va a tener con ocasión a la inversión.

Tratándose de fideicomisos de administración, le corresponde exclusivamente al fideicomitente, señalar las operaciones que la fiduciaria debe ejecutar con ocasión del contrato, para el logro de las finalidades preestablecidas, a falta de instrucciones claras, la fiduciaria se abstiene de realizar operación alguna, hasta tanto el fideicomitente le indique la forma en que debe cumplir su gestión, bajo este punto de vista, la obtención de rendimientos, o la falta de los mismos, serán por cuenta de las decisiones impartidas por el fideicomitente, con lo cual se desdibuja para estas modalidades, el deber de generar rendimientos.

Como conclusión de todo lo anterior, con independencia de a quien le corresponde dar la instrucción sobre la forma en que se deben invertir los recursos, la fiduciaria solo adquiere una obligación de medios a la hora de garantizar la obtención de recursos con ocasión de las operaciones efectuadas durante la ejecución del contrato.

- Séptimo, una vez terminado el contrato, debe transferir los bienes a la persona establecida en el contrato o la ley. Este deber va en armonía con lo dispuesto por el numeral tercero del artículo 1233 del Código de Comercio, ya comentado, norma según la cual, le corresponde al fideicomitente salvo pacto en contrario, recibir la propiedad de los bienes fideicomitados una vez se termine el contrato de fiducia mercantil.
- Octavo, debe rendir cuentas de su gestión cada seis meses al beneficiario, sobre este punto, nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente, aclarando que en la práctica, nada obsta para que en virtud del principio de la autonomía de la

voluntad de las partes se pueda acordar con la sociedad fiduciaria una periodicidad distinta para la rendición de cuentas.

1.4.3 Beneficiario

En Colombia el Beneficiario puede o no ser parte del contrato de fiducia mercantil, la calidad de parte o no dependerá del rol que asuma en cada contrato, pues algunos casos, el beneficiario asume plenamente el rol de parte al identificarse derechos y obligaciones claras en el contrato a su cargo, por el contrario en otros casos, su participación en el contrato será si se quiere momentánea o temporal y solo tendrá créditos en el fideicomiso como cualquier otro tercero.

Como lo señala Rodríguez Azuero:

El beneficiario es un tercero por regla general, aunque ocasionalmente pueda concurrir a la suscripción del acuerdo inicial de fiducia.

La calidad de parte o de tercero del beneficiario del contrato de fiducia no depende del señalamiento que haga la ley en uno u otro sentido, pues la misma ley, consciente de la posibilidad de que en algunos casos lo sea y en otros no, ha evitado hacer ese pronunciamiento terminantemente. Tan anti técnico sería decir que el beneficiario es parte siempre como decir que no lo sería bajo ningún respecto ni por ninguna causa¹⁷.

Señala así mismo, Rodríguez Azuero que frente a este punto se han presentado dos posiciones en los Tribunales de arbitramento, en los cuales se asemeja la figura del beneficiario a la del acreedor de una estipulación para otro. Se señala el caso de un tribunal de arbitramento que estima que los beneficiarios son partes del contrato, ya que consideran que no debe tenerse en cuenta únicamente la posición formal en la celebración del contrato, sino que deben considerarse los intereses tanto económicos como jurídicos que tengan los beneficiarios, y que solo excepcionalmente, la aceptación del tercero no lo convierte en parte.

¹⁷ RODRIGUEZ AZUERO. Óp. Cit., p. 250, 251.

Concluye Rodríguez Azuero: *“quien acepta un contrato puede devenir por la aceptación en parte del mismo. Pero quien acepta un mero derecho de crédito, como quien acepta un beneficio, no es parte en el contrato”*. De esta manera, el Tribunal hace una interpretación anti técnica y la regla sería que el beneficiario no es parte.

Para hablar de los derechos que tiene un beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, debemos remitirnos al artículo 1235 del Código de Comercio, los cuales en su orden son:

1. Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones. Con independencia de la postura que se asuma acerca de la calidad de parte o no del beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, lo cierto es que al beneficiario se le reconoce un crédito o derecho personal, consistente en la potestad de exigirle a la fiduciaria, el cumplimiento de sus obligaciones respecto a su beneficio; vale decir, si el fideicomitente dispuso como finalidad del contrato, la entrega periódica de la fiduciaria al beneficiario de sumas de dinero, el beneficiario tiene plena potestad para exigir judicialmente inclusive, el cumplimiento de esta obligación.

2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario dentro de los 5 años siguientes al conocimiento del acto que da origen a la acción. En la práctica, quizás el más interesado en exigir a la sociedad fiduciaria un comportamiento diligente en el cumplimiento de sus obligaciones es el propio beneficiario, teniendo en cuenta que es a favor de este último que se realizan las tareas o funciones de la fiduciaria, así las cosas, la Ley le confiere legitimación procesal para controvertir judicialmente todas aquellas gestiones que a su criterio la fiduciaria ha realizado de forma irregular o deficiente.

3. Oponerse a las medidas preventivas o de ejecución contra los bienes dados en fiducia, en caso que el fiduciario no lo hiciera. Este es quizás un deber/obligación

que asume el beneficiario durante la ejecución del contrato, pues según lo establece la norma, es obligación del beneficiario, realizar una oposición oportuna a las actuaciones que realiza la fiduciaria en cumplimiento del contrato, o posición que de ser extemporánea, podría significar la pérdida del derecho del beneficiario para cuestionar judicialmente los actos de la sociedad fiduciaria.

4. Pedir la remoción del fiduciario a la Superintendencia Financiera por una justa causa. Este es quizás el derecho más práctico que le confiere el legislador al beneficiario del contrato de fiducia, pues contrario a lo que sucede con el fideicomitente, que es en últimas el propietario de los bienes, y por lo cual frente a una deficiente gestión de la fiduciaria puede solicitar la terminación del contrato y devolución de los mismos, en el caso del beneficiario, este por regla general solamente es titular de los rendimientos que produzcan dichos bienes, razón por la cual, la buena o mala gestión que realice la fiduciaria durante la ejecución del contrato, lo afectará directamente.

Piénsese en el caso que el fideicomitente le encargue a la fiduciaria la entrega periódica de unos cánones de arrendamiento al beneficiario. En caso de que se presente una indebida gestión de la fiduciaria, este podrá solicitar la remoción de la fiduciaria por esa justa causa.

Finalmente, para hablar de las obligaciones que tiene el beneficiario en el contrato de fiducia mercantil, debemos identificar cuando el beneficiario se considera parte del contrato de fiducia y cuando se considera un simple tercero. En aquellos contratos en los cuales el beneficiario es parte, se entiende para todos los efectos legales que desde la suscripción del acuerdo, el beneficiario queda obligado al cumplimiento de las obligaciones que éste asuma, por el contrario, cuando el beneficiario es un tercero, se debe entender para todos los efectos legales, que éste último solo se obliga al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato a su cargo, desde el momento en que este acepta el cumplimiento de las

gestiones de la entidad fiduciaria en provecho suyo. Piénsese el caso de un fideicomiso para instrumentar una compraventa, en donde el fideicomitente es el propietario del inmueble, y el beneficiario es la Constructora, en estos eventos se suele establecer que es la Constructora (beneficiario), quien debe pagar la comisión fiduciaria y los gastos e impuestos que lleven la transferencia del lote, este caso es un típico ejemplo en el que el beneficiario es parte del contrato de fiducia y el cumplimiento de sus obligaciones, debe darse desde la misma suscripción del acuerdo, y queda obligado a cumplir las obligaciones a su cargo desde la misma fecha de suscripción del acuerdo.

Por el contrario, piénsese en un contrato de fiducia, en el cual el fideicomitente le encarga a la fiduciaria que arriende unos locales comerciales y le entregue los respectivos cánones de arrendamiento al beneficiario. En este caso, la obligación de recibir los cánones de arrendamiento y suscribir los contrato de vinculación a la entidad fiduciaria solo surgen si el beneficiario acepta la finalidad del contrato a su favor, es decir, por el hecho de no ser parte del contrato, el principio de relatividad de los contratos, prohíbe que los derechos y obligaciones establecidos en el contrato obliguen o favorezcan a terceros, requiriéndose siempre que éstos mismos consientan en ello.

1.5 RELACIÓN CON ACREEDORES

Finalmente debemos mencionar que pasa con los acreedores personales del fideicomitente, fiduciario y beneficiario cuando se celebra un contrato de fiducia mercantil, el cual conlleva *per se* la transferencia de bienes.

Según lo ya analizado, el fideicomiso tiene un patrimonio diferente al patrimonio personal de la entidad fiduciaria y el patrimonio personal del fideicomitente y/o

beneficiario. Esta separación patrimonial conlleva las siguientes consecuencias prácticas:

- Los **acreedores personales** de la **entidad fiduciaria** no pueden embargar ni practicar medidas cautelares sobre los bienes que conforman los diferentes patrimonios autónomos administrados, debiendo restringir su actuar únicamente a los bienes propiedad de la entidad fiduciaria.
- Los **acreedores personales** del **fideicomitente** no pueden embargar ni practicar medidas cautelares ni sobre los bienes de la entidad fiduciaria ni sobre los bienes que conforman los diferentes patrimonios autónomos administrados, incluido el patrimonio autónomo en el cual su deudor es fideicomitente. A lo sumo el artículo 1238 del Código de Comercio les permite acudir a instancias judiciales para solicitar en los eventos de mala fe que los bienes que conforman el patrimonio autónomo se transfieran nuevamente al fideicomitente.

Se aclara que el derecho de persecución establecido en el artículo 1238 en favor de los acreedores personales del fideicomitente no les permite embargar los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Si bien en un principio la posición de la Superintendencia Financiera fue la de entender el verbo “perseguir” de que habla el artículo como la facultad de embargar y practica de medidas cautelares, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de Enero de 2010. Radicado 1999-01041. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, fue enfática al señalar que por “perseguir” debía entenderse la facultad de acudir a un proceso ordinario para solicitar al juez competente la declaratoria de simulación o rescisión según el caso.

Ahora bien, el artículo 1238 se compone de dos incisos, los cuales consagran acciones judiciales que deben diferenciarse conforme a los criterios establecidos en la citada providencia:

En esta sentencia, la Sala encuentra que el inciso 1 del Artículo 1238 involucra de manera general una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitidos e inclusive a obtener su terminación, esto es, una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista de fraude, por lo cual se diferencia claramente de la acción pauliana, en la cual la prueba del consilium fraudis es de la esencia de la misma.

Así las cosas, para que prospere la acción se requiere: que haya una acreencia anterior a la constitución del patrimonio autónomo y el detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo.

Respecto al inciso 2, la Corte encuentra que de allí se desprende la acción pauliana, toda vez que los actos celebrados por el deudor, fundamentada en la existencia de un concilio fraudulento, hace parte de la estructura de la acción pauliana exigiendo para su prosperidad la ocurrencia del consilium fraudis y el eventos damni.

Importante resaltar que ambas acciones establecidas en el artículo 1238, no es suficiente probar la disminución del patrimonio del deudor, y por el contrario se requiere probar la incapacidad manifiesta de pago como lo ha sostenido la Corte: “Con solo aducir la existencia de su acreencia no es suficiente, pues debe acreditar un interés serio y vigente que haga creer, verosímilmente, que la satisfacción del crédito está expuesta a envilecerse o, peor, a perderse por razón o con motivo del convenio ajustado por el deudor. En esa perspectiva, la persecución a que se contrae la disposición evocada resulta viable, siempre y cuando, el deudor no cuente con más bienes o los existentes aparezcan insuficientes en procura de satisfacer la acreencia. El perjuicio está determinado por la precariedad de la garantía patrimonial del deudor, acentuada o propiciada por la conformación del patrimonio autónomo. Y de no

existir esa conexidad no deviene atendible la persecución y menos la pretensión aniquiladora de la fiducia.”

- Finalmente los **acreedores personales** del **beneficiario** no pueden embargar ni practicar medidas cautelares ni sobre los bienes de la entidad fiduciaria ni sobre los bienes que conforman los diferentes patrimonios autónomos administrados, incluido el patrimonio autónomo en el cual su deudor es beneficiario.

A lo sumo el artículo 1238 del Código de Comercio les permite embargar los réditos a los cuales el beneficiario tenga derecho. Piénsese como ejemplo un fideicomiso conformado por acciones en la cual el fideicomitente instruyó de forma irrevocable a la fiduciaria para que como vocera del fideicomiso entregara al beneficiario las utilidades (dividendos) que las acciones produjeran, en este escenario los acreedores personales del beneficiario pueden embargar esas utilidades mas no las acciones, pues las mismas no son propiedad del beneficiario.

2. MODALIDADES DE FIDUCIA INMOBILIARIA

Dado que existen varias clases de fiducia, como son, la Fiducia de Inversión, Fiducia de Administración, Fiducia Inmobiliaria y Fiducia en Garantía, se analizará únicamente la Fiducia Inmobiliaria.

La Fiducia Inmobiliaria, de conformidad con la Circular Externa 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera, es *“el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto”*.

En la actualidad, existen diversas modalidades bajo las cuales una entidad fiduciaria puede participar en el desarrollo de un proyecto inmobiliario, cada modalidad conlleva la asunción de una serie de derechos, cargas y obligaciones específicos para la entidad.

2.1 PREVENTA

En primer lugar, encontramos el contrato o etapa de preventa, figura utilizada en los primeros momentos de un proyecto inmobiliario, en los cuales el constructor no conoce con certeza si habrá personas que estén interesadas en comprar los inmuebles del proyecto, motivo por el cual debe primero recaudar anticipadamente las sumas de dinero de las personas interesadas en adquirir los inmuebles del proyecto para saber si el proyecto puede o no edificarse.

La sociedad fiduciaria, cumple un rol de “intermediario neutral” en esta etapa, pues garantiza por un lado al contratista que recaudará de las personas interesadas en los inmuebles del proyecto y por otro lado garantiza a las personas que entregan su

dinero que sólo cuando el constructor le demuestre que el proyecto es viable, le va a entregar las sumas de dinero recaudadas.

Así las cosas, bajo esta modalidad una persona interesada¹⁸ en desarrollar un proyecto inmobiliario celebra un contrato de encargo fiduciario en virtud del cual la fiduciaria se obliga a recaudar las sumas de dinero de las personas que van a adquirir las distintas unidades que conformarán el proyecto. Sea fundamental aclarar que bajo esta modalidad, lo que se celebra es un contrato de encargo fiduciario y no un contrato de fiducia mercantil, cuyas diferencias pasamos a explicar:

El marco normativo del encargo fiduciario se encuentra establecido en el artículo 146.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual señala que se aplicarán las disposiciones de la fiducia mercantil y las normas del código de comercio relativas al mandato, de forma subsidiaria.

El encargo fiduciario puede definirse como “una especie de negocio fiduciario en virtud de la cual una persona, que puede denominarse encargante, entrega a una sociedad fiduciaria un bien o conjunto de bienes, sin transferirle el dominio de los mismos, con la finalidad de que ésta cumpla las instrucciones impartidas en el acto constitutivo del encargo. A diferencia de la fiducia, el fiduciario no deviene propietario del bien o bienes que recibe a título de mera tenencia, esto es reconoce dominio ajeno.”¹⁹

¹⁸ Se habla de persona interesada o persona que ejecutará el proyecto, porque el fideicomitente no siempre es el constructor del proyecto, sin embargo, el fideicomitente siempre será responsable frente a la fiduciaria por la ejecución del proyecto.

¹⁹ RENGIFO GARCIA, Op. Cit, p. 61

También debe aclararse que *“en el encargo fiduciario, no existe un efectivo acto de transferencia de bienes, sino una mera entrega y no se constituye un patrimonio autónomo.”*²⁰

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de Julio de 2008 MP William Namen, señala una distinción con relación a los casos en que el encargo recae sobre dinero o cosas fungibles en donde la naturaleza, características y singularidad normativa de estos bienes, presupone la entrega, y la tradición y excluye la transferencia de la mera tenencia.

Por su parte, la persona que construirá el proyecto, se obliga a lograr los llamados “puntos de equilibrio”, vale decir, un punto de equilibrio jurídico que consiste en el estudio jurídico del inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto. En este estudio, se analiza la cadena de tradiciones de los antiguos propietarios del inmueble para conocer que en efecto su actual propietario es un legítimo tenedor del bien. Igualmente, se analizan los gravámenes que tenga el inmueble (hipotecas, servidumbres, condiciones resolutorias, embargos, inscripciones de demanda, etc.) para conocer la viabilidad o no, de ejecutar un proyecto inmobiliario sobre dicho lote.

Es válido aclarar que solo se estudia la tradición, limitaciones al dominio y legitimidad del actual propietario, más no las condiciones del terreno, como la resistencia o la posibilidad de inundaciones.

En segundo lugar, se estudia el punto de equilibrio comercial por el cual la persona que ejecutará el proyecto, se obliga a celebrar un número de contratos de “opciones de compra”, el cual permita determinar la viabilidad comercial del

²⁰ RENGIFO GARCIA, Op. Cit, p. 60

proyecto, por lo general, el porcentaje de contratos de opciones de compra debe ser superior al 60% de cada torre que compone el proyecto.

Bajo la figura de la opción de compra, denominamos de forma genérica, todos aquellos acuerdos precontractuales que los particulares suscriben con la constructora y la fiduciaria, y que preceden al contrato de promesa de compraventa o al contrato de encargo de vinculación al fideicomiso, según la finalidad. Por regla general, la opción de compra se concibe como un documento formal de intención, en el cual la persona manifiesta su consentimiento de obligarse a realizar una serie de pagos, con la finalidad que una vez concluida la edificación del proyecto, se le transfiera la propiedad de unos inmuebles del mismo, este documento en la etapa precontractual suele utilizarse en la práctica para separar o reservar a favor de una persona determinada, determinados inmuebles de un proyecto, es decir, para no seguir ofreciendo en venta dichos inmuebles.

El marco normativo de las llamadas opciones de compra no tiene una regulación expresa, pues se repite, es una etapa previa al contrato propiamente dicho (bien sea a la promesa de compraventa o al contrato de vinculación), razón por la cual, su regulación estará dada por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el artículo sobre responsabilidad precontractual, y los lineamientos que sobre la materia establezca el estatuto del consumidor.

En tercer lugar, se estudia el punto de equilibrio financiero, mediante el cual se exige en caso de necesitarse, que la persona que va a ejecutar el proyecto cuente con financiación avalada por una entidad financiera (crédito constructor).

Una vez se acrediten estos puntos de equilibrio ante la fiduciaria, ésta se obliga a entregar a la persona que ejecutará el proyecto, las sumas de dinero recaudadas.

En un segundo momento, los diferentes opcionantes de las unidades inmobiliarias del proyecto, suscriben lo que se denomina una carta de instrucciones a favor de la fiduciaria, documento legal en virtud del cual autorizan de forma irrevocable a la fiduciaria, para que una vez la persona que ejecutará el proyecto inmobiliario cumpla los puntos de equilibrio anteriormente citados, le entregue a este último las sumas de dinero recaudadas de parte de los opcionantes, terminando así su intervención en el proyecto inmobiliario.

La etapa de preventas es quizás el momento más importante de todo proyecto inmobiliario, puesto que citando al Doctor Rodríguez Azuero,

... en esta etapa se busca minimizar el riesgo de que, una vez acabado el edificio, no logre venderse rápidamente en su totalidad, pues, dado el alto apalancamiento financiero que suele utilizarse, una demora no presupuestada comienza por comprometer y agotar las utilidades proyectadas y muy pronto puede colocar en pérdida el proyecto. Pues bien, para evitarlo, el mecanismo de la vinculación temprana de interesados en adquirir una unidad busca garantizar un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto, dejando solo en riesgo el número de unidades cuya venta aportará el equivalente a las utilidades esperadas.²¹

2.2 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA

En segundo lugar, encontramos el fideicomiso de administración inmobiliaria, figura utilizada en la mayoría de proyectos inmobiliarios, en los cuales el constructor quiere tener el acompañamiento permanente de la sociedad fiduciaria durante la ejecución del proyecto.

Bajo esta modalidad, la persona interesada en desarrollar un proyecto inmobiliario, celebra por lo menos los siguientes contratos:

²¹ RODRÍGUEZ AZUERO. Óp. Cit.

2.2.1 Contrato de fiducia mercantil

Mediante este contrato, se constituye un patrimonio autónomo que tiene por objeto las siguientes finalidades:

- En primer lugar adquirir y mantener la titularidad jurídica del inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto. Así las cosas, el patrimonio autónomo se vuelve el propietario formal del inmueble y una vez dicho inmueble sea sometido al régimen de propiedad horizontal establecido en la Ley 675 de 2001, el fideicomiso se vuelve propietario de todos los inmuebles que conformen el proyecto inmobiliario.
- En segundo lugar, el contrato celebrado busca permitirle a la persona que desarrollará el proyecto, que bajo su cuenta y riesgo inicie y lleve a cabo todas las operaciones técnicas, operativas, de construcción y demás operaciones requeridas para edificar el proyecto, por lo cual el patrimonio autónomo entrega la custodia y tenencia material del inmueble a título de comodato precario el cual puede o no ser registrado, en la matrícula mercantil del inmueble. Esta entrega de custodia y tenencia material que realiza la sociedad fiduciaria es trascendental en materia de responsabilidad civil extracontractual, lo cual se analizara en capítulo referente a la responsabilidad de la fiduciaria en la etapa operativa del proyecto inmobiliario.
- En tercer lugar, el contrato celebrado busca que el patrimonio autónomo suscriba todos los documentos legales que en su calidad de propietario del bien deba suscribir ante las diferentes autoridades, municipales, departamentales y nacionales. Igualmente otorgar coadyuvancia o poderes en los casos que se requiera.
- En cuarto lugar, el contrato busca que el patrimonio autónomo, se obligue a recaudar las diferentes sumas de dinero que los opcionantes compradores de

las unidades inmobiliarias, se obliguen a pagarle a la persona que ejecutará el proyecto.

Finalmente, el patrimonio autónomo en su calidad de propietario de las unidades inmobiliarias del proyecto, se obliga a transferir la propiedad de las mismas a cada uno de los opcionantes en los términos de cada acuerdo celebrado.

Es importante resaltar que bajo esta modalidad, la fiduciaria adquiere obligaciones de un administrador de recursos, vale decir, la fiduciaria no se obliga a realizar las tareas de construcción, interventoría, diseños, acabados, comercialización, publicidad, y demás operaciones requeridas para la edificación del proyecto. Su obligación se limita a garantizar que el dinero entregado por los compradores, se destine por parte del constructor efectivamente para la realización del proyecto.

Finalmente, debe destacarse que la calidad de parte en el contrato de fiducia solo la tiene la persona que ejecuta el proyecto y no los distintos compradores, los cuales únicamente son beneficiarios de un área en el proyecto, razón por la cual, no participan de las utilidades del mismo, ni deben responder por la pérdidas en caso de que se generen (no asumen el riesgo financiero de que se lleve a cabo el proyecto).

Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia al analizar la calidad de parte de los beneficiarios de área en un proyecto inmobiliario, entendiendo que los mismos no son parte del contrato de fiducia mercantil, razón por la cual no pueden hacer uso de la cláusula compromisoria en el establecida.

2.2.2 Contrato de encargo de vinculación.

Mediante este contrato, la fiduciaria conjuntamente con la persona interesada en desarrollar el proyecto inmobiliario, celebra un acuerdo con los diferentes

compradores²², en virtud del cual se establecen los derechos, cargas y obligaciones que cada parte asume en la edificación del proyecto.

Mediante este acuerdo, los diferentes compradores se obligan a entregar a la fiduciaria las sumas de dinero que se han obligado a pagarle al constructor del proyecto, para que una vez finalizado el mismo, la fiduciaria obrando como vocera del fideicomiso, les transfiera la propiedad de los inmuebles a los cuales tengan derecho.

Por su parte, la fiduciaria se obliga a recaudar las sumas de dinero que le entreguen los compradores, y entregárselas al comprador, únicamente cuando el comprador le acredite que cuenta con el estudio de títulos, las licencias, estudios de factibilidad, planos y demás documentos necesarios para garantizar la viabilidad del proyecto.

La persona interesada en desarrollar el proyecto, se obliga a iniciar y ejecutar las obras de construcción, cumpliendo para el efecto las más exigentes normas sobre la materia en los tiempos establecido en el contrato.

2.2.3 Escritura de transferencia de dominio debidamente registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos del domicilio del inmueble

En virtud de este contrato finalmente, la fiduciaria transfiere la propiedad de los inmuebles a cada comprador sobre los cuales tenga derecho, en calidad de vocera del fideicomiso.

²² Dependiendo de la modalidad del contrato de fiducia celebrado, las personas que adquieren la propiedad de las unidades inmobiliarias de un proyecto, pueden tener la calidad de compradores o beneficiarios del área. En la modalidad de compradores, la fiduciaria vincula a las personas interesadas mediante un contrato de encargo de vinculación, modalidad en la cual las personas adquieren un beneficio representado en un área en el proyecto, área que posteriormente es transferida a título de beneficio en fiducia mercantil, por la fiduciaria actuando como vocera del fideicomiso una vez se edifique el proyecto. En la segunda modalidad, la fiduciaria, celebra promesas de compraventa con las personas interesadas en adquirir los inmuebles, obligándose a transferir a título de compraventa, las unidades del proyecto, una vez se culmine el mismo.

El título traslativo de dominio variará según se haya celebrado un contrato de promesa de compraventa, evento en el cual la fiduciaria como vocera del fideicomiso transfiere la propiedad de los inmuebles a título de venta o se haya celebrado un encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso, evento en el cual la fiduciaria como vocera del fideicomiso, transfiere la propiedad de los inmuebles a título de beneficio en fiducia mercantil.

Ahora bien, con independencia del título por el cual la fiduciaria como vocera del Fideicomiso realice a los compradores, la transferencia de la propiedad de los inmuebles, lo cierto es que la fiduciaria delega en el fideicomitente la responsabilidades propias del vendedor, como lo son el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, el cumplimiento de la garantía de estabilidad de la obra por 10 años, la garantía de acabados por 12 meses, el pago de parte de los derechos notariales, el impuesto departamental de registro (boleta de rentas), los derechos de registro y demás aspectos relacionados.

2.3 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIO ASOCIATIVO

Esta modalidad parte del mismo esquema ya estudiado del Fideicomiso de Administración Inmobiliaria, con la diferencia sustancial que bajo esta modalidad, las personas interesadas en adquirir la propiedad de las unidades inmobiliarias de un proyecto determinado, adquieren la calidad de parte en el contrato de fiducia mercantil, como beneficiarios del mismo, razón por la cual, adquieren el derecho a participar en las utilidades que genere el proyecto, e igualmente, asumen el riesgo de las pérdidas del proyecto, obligándose a pagarlas a prorrata de su participación en el mismo.

Esta modalidad ha sido utilizada excepcionalmente en proyectos inmobiliarios que han tenido dificultades económicas, en los cuales, el constructor ha tenido

problemas financieros para culminar la construcción del proyecto. Gracias a la figura, los compradores que inicialmente solo son beneficiarios de área en el proyecto, acuerdan con el constructor financiar directamente la terminación del proyecto, adquiriendo el derecho de participar en las utilidades o posibles pérdidas.

Igualmente la modalidad ha venido siendo utilizada en algunos proyectos inmobiliarios de alta gama, el objetivo de los compradores no es tanto adquirir los inmuebles para su propia vivienda sino por el contrario, participar en un negocio inmobiliario de inversión que le proporcione a futuro interesantes oportunidades de valorización.

2.4 VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO Y SOCIAL

Bajo esta modalidad, la persona interesada en desarrollar un proyecto catalogado como vivienda de interés prioritario, celebra un contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual, surge un patrimonio autónomo, que tiene las mismas finalidades del fideicomiso de administración inmobiliario promedio, ahora bien, ésta modalidad tiene las siguientes particularidades:

El patrimonio autónomo, adquiere la calidad de vendedor frente a las personas que van a adquirir las diferentes unidades del proyecto, razón por la cual, celebra en un primer momento, promesas de compraventa en las cuales se establecen los derechos, cargas y obligaciones que asume la fiduciaria frente a cada promitente comprador.

Se debe resaltar, que estas promesas de compraventa se diferencian de las promesas de compraventa habituales (que deben cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 1611 del Código Civil), en los siguientes puntos:

- En primer lugar, la fiduciaria se obliga a transferir la propiedad del inmueble, de forma condicional, es decir, se establece una fecha determinable, mas no determinada para la transferencia del inmueble. Lo anterior teniendo en cuenta que al momento de celebrar la promesa, no existe certeza de que el proyecto se vaya a ejecutar a cabalidad, razón por la cual, se regulan los casos en los cuales la fiduciaria le devuelve el dinero entregado al promitente comprador, sin que esto genere un incumplimiento del contrato.
- En segundo lugar, la fiduciaria como promitente vendedor, no se obliga frente al promitente comprador por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, por el contrario, esta obligación es asumida directamente por la persona que desarrollará el proyecto. En este punto, se debe analizar la validez de esta estipulación, teniendo en cuenta que el artículo 1898 del Código Civil, señala que es nulo todo pacto en que se exime al vendedor de todo saneamiento por evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya., así las cosas, si bien es cierto alguien se está obligando frente al comprador a sanear por evicción o vicios redhibitorios, queda la duda que por la voluntad de las partes el vendedor pueda delegar esta función en terceros. A la fecha no se conoce pronunciamiento sobre la materia.
- Una vez finalizada la ejecución del proyecto, la fiduciaria como vocera del fideicomiso, celebra con los distintos compradores, el contrato de compraventa propiamente dicho, este contrato, tiene la particularidad de que las obligaciones propias del vendedor son asumidas por un tercero, cabe decir, la responsabilidad por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, la garantía de construcción, la garantía de acabados, y demás obligaciones del caso.

Esta modalidad se presenta en búsqueda de los beneficios tributarios que estipula el artículo 49 de la Ley 223 de 1995, en virtud de los cuales, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), le devuelve al constructor, el IVA pagado por insumos y materiales de construcción.

ARTÍCULO 49. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. El artículo 850 del Estatuto Tributario quedará así:

ARTÍCULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

[...]

Tendrán derecho a la devolución del impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de materiales de construcción para vivienda de interés social, las entidades cuyos planes estén debidamente aprobados por el Inurbe, o por quien este organismo delegue. También tendrán derecho a la devolución aquí prevista, las cooperativas, organizaciones no gubernamentales y otras entidades sin ánimo de lucro, que realicen planes de autoconstrucción, previamente aprobados por el Inurbe, o su delegado²³.

Es la misma ley la que obliga a que sea la fiduciaria quien asuma la calidad de vendedor, razón por la cual no puede celebrarse este tipo de contratos mediante encargos de vinculación y transferencias de beneficio como se acostumbra.

2.5 TITULARIZACIÓN INMOBILIARIA

Esta modalidad, es innovadora en cuanto a que las personas que aportan los recursos no están interesadas en adquirir una unidad inmobiliaria resultante del proyecto, sino que buscan obtener utilidades, una vez éste sea construido y comercializado.

²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 223 de 1995 (22 de diciembre de 1995). Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1995. No. 42.160. [En línea]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1995/ley_0223_1995.html

Rodríguez Azuero esboza en qué consiste esta titularización: *“se emiten títulos, y se trata de mercadearlos entre inversionistas que pueden serlo incluso en pequeños valores, y cuya expectativa está ligada a la obtención de una rentabilidad combinada, entre la que recibe a título mensual de interés y la utilidad que pueda obtenerse en el momento de la venta del inmueble”*²⁴.

²⁴ RODRÍGUEZ AZUERO. Op Cit., p.522.

3. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA EN LAS DIFERENTES ETAPAS DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Sea lo primero advertir, que el mandato expreso del artículo 1243 del Código de Comercio sobre la responsabilidad de la fiduciaria, pareciera esclarecer todo el tema de la responsabilidad de las sociedades fiduciarias en la ejecución de los contratos de fiducia mercantil.

Sin embargo, los avances jurisprudenciales tanto en materia de Laudos Arbitrales como sentencias de nuestros jueces ordinarios, desdibujan el aparente escenario completo de la responsabilidad de las fiduciarias.

Es así como vía jurisprudencial, en Colombia a las sociedades fiduciarias se les ha endilgado una responsabilidad profesional en el cumplimiento de sus funciones, responsabilidad que al circunscribirse en la categoría de “responsabilidad de los profesionales”, conlleva el máximo grado de diligencia para las fiduciarias en el cumplimiento de sus funciones.

Cabe aclarar que los pronunciamientos jurisprudenciales han sido de todo tipo, en unos los jueces han acudido al viejo mandato legal fijado por el artículo 1243 del Código de Comercio, para exonerar a las sociedades fiduciarias de los incumplimientos contractuales que les suelen atribuir.

Por el contrario, otro sector de la doctrina considera con gran razón, que el mandato legal del artículo 1243 del Código de Comercio debe circunscribirse necesariamente a los llamados fideicomisos de inversión, los cuales por esencia no pueden acarrear obligaciones de resultado para las fiduciarias.

A modo de ejemplo, en virtud de un fideicomiso o encargos de inversión, una persona entrega a una sociedad fiduciaria para la conformación de un patrimonio autónomo (fideicomiso de inversión) o para la administración en carteras colectivas (encargo de inversión), una suma de dinero con el ánimo de obtener rendimientos, el cual la fiduciaria lo invierte según el reglamento previamente autorizado por la Superintendencia Financiera.

En este escenario, es claro que las fluctuaciones macroeconómicas escapan por completo al control y administración de la fiduciaria (crisis económicas, países en banca rota etc.), por lo cual la fiduciaria razonablemente no puede responder a sus inversionistas, por las desmejoras económicas de las sumas de dinero por estas depositadas.

Por el contrario, para los demás negocios fiduciarios que se realizan en Colombia, este sector de la doctrina considera que la responsabilidad contractual de las fiduciarias debe ser la de un “profesional”, razón por lo cual se les deben exigir el máximo grado de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como profesionales, y es que *“más allá de las obligaciones consagradas en la ley y el contrato, quienes ofrecen sus servicios en forma masiva y los prestan a la comunidad invocando un particular conocimiento de la actividad que desarrollan, avalado, sin duda, en países como el nuestro por la necesidad de obtener una previa autorización del Estado para actuar, están sometidos a obligaciones que fluyen de su simple condición de profesionales y que hemos agrupado en las de lealtad, información, eficacia y prudencia”*²⁵ .

A título de corolario podemos afirmar que en Colombia, actualmente las opiniones se encuentran divididas, máxime con los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad de las fiduciarias, en las Sentencias analizadas.

²⁵ RODRÍGUEZ AZUERO. Op Cit., p.367

3.2 ETAPAS DE UN PROYECTO INMOBILIARIO DESARROLLADAS CON SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Si bien cada proyecto inmobiliario es único, lo cierto es que la práctica ha demostrado que los agentes de dichos proyectos (constructor, interventor, arquitectos, promotores, fiduciarias etc.), han si se quiere diseñado un esquema regular en la ejecución de dichos proyectos, compuesto si se quiere por tres (3) fases o etapas que pasan a estudiarse a continuación.

3.2.1 Etapa preliminar

Se denomina etapa preliminar, aquella que inicia, con la intención de un constructor de adelantar un proyecto inmobiliario.

Esta etapa se caracteriza, porque el constructor celebra un acuerdo con el propietario del inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto, en virtud del cual, el propietario del lote se obliga a transferir la propiedad del inmueble a un patrimonio autónomo que se constituya para el efecto, por su parte, el constructor se obliga a pagarle el precio acordado por el inmueble, siendo opcional que la fiduciaria participe en el pago del mismo.

Así las cosas, en la práctica, en la mayor parte de los proyectos inmobiliarios, el constructor celebra sin injerencia o participación de la fiduciaria, un acuerdo privado con el propietario del lote, en virtud del cual, es el constructor el que se obliga de forma exclusiva, a pagar el precio del inmueble, con sus propios bienes, se reitera, la fiduciaria no es parte en este acuerdo ni tiene injerencia en la negociación del mismo.

El propietario del lote por su parte, se obliga a renunciar a ejercer su derecho de solicitar la resolución derivada del precio y forma de pago, en caso de que el

precio del inmueble no le sea pagado, razón por la cual, el patrimonio autónomo adquiere la propiedad del inmueble en forma firme e irrevocable.

En este punto debe resaltarse, ni la fiduciaria, ni el patrimonio autónomo, son responsables del pago del precio del inmueble.

Ahora bien, de forma excepcional, la fiduciaria puede participar como intermediario para el pago del precio, es así como se puede estipular, que la fiduciaria girará al propietario del inmueble, el precio convenido de los recursos del fideicomiso.

Sin embargo, la renuncia a la condición resolutoria se mantiene, razón por la cual en una eventual demanda judicial el propietario inicial del inmueble, podría solicitar la indemnización de perjuicios, más nunca que se resuelva la transferencia del lote.

Recientemente, el Juzgado 16 Civil del Circuito de Medellín, en el proceso con radicado 2011-0409, conoció de una demanda mediante la cual, se solicita que se declare la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el demandante y la constructora **SENDEROS DE BARLOVENTO S.A.**, al igual que la indemnización de los perjuicios causados de forma solidaria a la constructora y a la **fiduciaria ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, motivo por el cual, exigía que se ordenara la devolución de un inmueble que el había transferido a un patrimonio autónomo, constituido para llevar a cabo un proyecto de administración inmobiliaria denominado **SENDEROS DE BARLOVENTO S.A.**

El Juez de conocimiento, al resolver las excepciones previas presentadas por la parte demandada, decretó la terminación del proceso mediante sentencia anticipada, al verificar la existencia de cláusula compromisoria, pese a lo anterior, recalcó la improcedencia de declarar resuelta la transferencia del lote, al verificar, que el demandante, había renunciado de forma libre al ejercicio de la condición derivada del precio y la forma de pago.

Otra característica de la etapa preliminar, es la necesidad del constructor de obtener las licencias, documentos y demás autorizaciones de las autoridades, para adelantar el proyecto. En este punto debemos resaltar como la fiduciaria adquiere un papel protagónico, teniendo en cuenta que ella como propietaria fiduciaria del lote, es la persona que debe coadyuvar el trámite de dichas licencias y permisos requeridos, en virtud del artículo 19 del Decreto 1469 de 2010.

Bajo este marco jurídico, si bien la licencia de construcción y urbanismo se expide a favor del constructor, en todo caso, la fiduciaria deberá responder de forma solidaria, por las sanciones de carácter administrativo que puedan ser impuestas por el incumplimiento de los deberes asumidos, por el otorgamiento de la licencia respectiva.

3.3 ETAPA OPERATIVA

Se entiende por etapa operativa, aquella en virtud de la cual, el constructor ya ha celebrado el contrato de fiducia mercantil, el patrimonio autónomo ya es titular del derecho de dominio del lote, y se inicia la etapa de construcción del proyecto propiamente dicho.

En este punto, se debe analizar la responsabilidad de la fiduciaria en doble vía, contractual y extracontractual.

En primer lugar, se analizará la responsabilidad contractual. Para iniciar con el análisis, se hace necesario establecer cuando se configura esta responsabilidad.

Como lo han dicho importantes doctrinantes *“Los elementos esenciales de la responsabilidad contractual están constituidos por: incumplimiento de una obligación asumida por el deudor; que dicho incumplimiento le sea imputable a*

dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o a su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor”²⁶.

Es importante resaltar que tratándose de obligaciones de resultado, no es necesario probar el grado de culpa o diligencia con que actuó el deudor, teniendo en cuenta ya que este último solo puede exonerarse de responsabilidad probando causa extraña.

En este escenario, el análisis de la responsabilidad contractual que asume la fiduciaria en esta etapa debe partir de la lectura del contrato de fiducia mercantil, y demás documentos relacionados.

Si bien cada fiduciaria es autónoma a la hora de estipular las cláusulas del contrato de fiducia mercantil, teniendo en cuenta la poca regulación que existe sobre la materia, en la práctica podemos identificar un clausulado estándar que se expone a continuación:

En primera instancia, el contrato de fiducia celebrado es claro al determinar que el proyecto inmobiliario se ejecuta por cuenta y riesgo exclusivo del constructor, sin injerencia de la fiduciaria o el patrimonio autónomo conformado para el efecto, lo anterior genera que la fiduciaria no asuma ninguna responsabilidad, por los diseños, construcción, acabados, comercialización del proyecto, y demás actividades relacionadas para la edificación del proyecto, su función se limita a administrar temporalmente los recursos entregados por las personas que van a adquirir las diferentes unidades inmobiliarias y garantizar que estas sumas de dinero se destinen para la ejecución del proyecto.

²⁶ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2003, p. 260.

Así las cosas, en principio, la fiduciaria no asume ninguna responsabilidad contractual por las obligaciones que les corresponde a los demás intervinientes en la ejecución del proyecto, constructor, interventor, auditor, y será cada uno de estos intervinientes de acuerdo con las obligaciones que asumen en el contrato, quienes deberán responder por los daños y perjuicios que causen el incumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, en Colombia, el artículo 1522 del Código Civil establece que el dolo y la culpa grave no se pueden condonar, sumado a lo anterior, es una obligación de la fiduciaria ejecutar sus labores observando la máxima diligencia posible y, cumpliendo a cabalidad los deberes que le establece la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera.

En este escenario, se considera como un incumplimiento de las obligaciones que asume la fiduciaria en sus contratos, la inobservancia de los deberes básicos en su calidad de profesional, como son el deber de información, lealtad, buena fe, etc.

Sumado a lo anterior, hay algunas obligaciones que establece el artículo 1234 del Código de Comercio, los cuales son incorporados directa o indirectamente en los contratos celebrados por la fiduciaria:

Frente a los beneficiarios de área:

La gran obligación en esta etapa para la fiduciaria a favor de los beneficiarios de área es garantizar que los dineros entregados por estos últimos, se destinen exclusivamente a la edificación del proyecto inmobiliario, así las cosas, la fiduciaria tiene el deber de entregar sumas de dinero al constructor, siempre y cuando exista certeza que este las destinará para la edificación del proyecto, esta función de verificación en la práctica las realizan las fiduciarias apoyándose en el interventor, el cual vigila sigilosamente que el constructor utilice los dineros entregados,

exclusivamente para la construcción del proyecto. Consideramos que hay incumplimiento contractual de la fiduciaria en aquellos casos en los cuales, no verifica que los dineros por ella entregados al constructor no se hubieran destinado a la ejecución del proyecto.

En segundo lugar la fiduciaria se obliga con los beneficiarios de área a que los dineros por ellos entregados, sean destinados por el constructor, a la edificación del proyecto inicialmente convenido; es decir, la fiduciaria debe verificar que el constructor no realice cambios a los planos y especificaciones técnicas del proyecto, las cuales siempre deberán contar con la autorización de los beneficiarios del área.

En tercer lugar, la fiduciaria de velar porque el constructor realice las funciones que le corresponda, y en caso de encontrar inobservancias de las mismas, debe activar mecanismos de contingencias claros que permitan la devolución de los dineros entregados o la culminación del proyecto a través de otra constructora.

Frente al fideicomitente:

En primer lugar, la fiduciaria se obliga a recaudar las sumas de dinero correspondientes para la edificación del proyecto, de parte de los beneficiarios de área, debiendo asumir un papel activo en caso de incumplimiento de este deber por parte de los beneficiarios de área. En la práctica, las promesas de compraventa o los encargos de vinculación celebrados suelen establecer diversos mecanismos para contrarrestar la mora en el pago de los beneficiarios de área de las obligaciones a su cargo, entre los cuales se encuentra, la resciliación unilateral del contrato por parte de la fiduciaria y devolución de los dineros entregados a ésta al beneficiario, previa deducción de la comisión fiduciaria, cláusula penal y demás gastos de administración realizados.

En segundo lugar, la fiduciaria se obliga a suscribir los documentos legales que el propietario deba diligenciar para la edificación del proyecto, entre los cuales mencionamos: otorgamiento de poderes, coadyuvancias y suscripción de todo tipo de escrituras públicas como en el reglamento de propiedad horizontal, la hipoteca del crédito constructor y el desenglobe o englobe de los lotes de terreno sobre los cuales se edificará el proyecto.

En tercer lugar, la fiduciaria se obliga a mantener separado los bienes que conforman el fideicomiso, de los bienes que conforman otros fideicomisos y los suyos propios. De esta manera, habría responsabilidad contractual a favor del constructor, en aquellos casos en los cuales este se vea obligado a pagar sanciones por impuesto predial que no le corresponden, es decir, por el hecho de que la fiduciaria, no hubiera diferenciado que bienes conforman un fideicomiso de otros, el fideicomitente debe pagar impuesto predial de bienes que han entrado a su fideicomiso por error de la fiduciaria.

En cuarto lugar, se establece el deber de la fiduciaria de llevar la personería en la protección y defensa de los bienes fideicomitados, en este escenario, le corresponde a la fiduciaria ejercitar con máxima diligencia la protección de los bienes del patrimonio.

Piénsese en el caso que a la fiduciaria se le notifique la admisión de demanda sobre uno de los bienes fideicomitados y no realice ninguna gestión para conferirle poder a un abogado que ejercite en debida forma la defensa judicial. Esta omisión es una clara manifestación del incumplimiento del deber.

En sede de responsabilidad contractual, el incumplimiento de las obligaciones que asume la fiduciaria en el contrato, se rige por las normas establecida en el Código Civil sobre la materia, es decir, la fiduciaria debe indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que genere a los beneficiarios y al

fideicomitente por el incumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando dichos daños sean indemnizables a la luz de los postulados básicos sobre responsabilidad que rigen en Colombia.

Se analiza a continuación la responsabilidad extracontractual, se entiende por responsabilidad civil extracontractual:

...aquella que se deriva de la causación de un daño a quien no tendría por qué sufrirlo, en virtud de actuaciones imputables a un sujeto de derecho no ligado con la víctima por una relación vinculante, cuyo incumplimiento pudiera invocarse como fundamento de la petición reparatoria.

En la práctica, la ley y la doctrina han reconocido diversas hipótesis en las cuales puede reconocerse²⁷.

En la etapa operativa, la edificación del proyecto inmobiliario conlleva un sinnúmero de riesgos para quienes participan en el o se ven involucrados en este de manera indirecta, ejemplo de ello, son los vecinos que habitan los predios colindantes que habitan el proyecto, transeúntes o personal que labora en la obra.

Frente a todas estas personas, es necesario preguntarnos qué responsabilidad recaerá sobre la fiduciaria, frente a los daños y perjuicios que se les pueda ocasionar con ocasión de la construcción del proyecto.

Lo primero que debe advertirse es que en Colombia, el desarrollo de los proyectos inmobiliarios se cataloga como una actividad peligrosa, citando al Doctor Javier Tamayo, se entiende como aquella actividad que,

... una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los

²⁷ RODRÍGUEZ AZUERO. Óp. Cit., p. 355

efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos²⁸.

Así las cosas, en Colombia es responsable por los perjuicios que cause una actividad peligrosa, quien ejerza la guarda de la actividad, es decir, aquel que ejerce, control, vigilancia y administración de la misma.

Citando a Javier Tamayo Jaramillo, “entendemos que una persona ejerce la guarda jurídica de una actividad peligrosa cuando tiene alguna relación con el objeto que causó el daño, de allí que la guarda jurídica no solo le corresponda al propietario, sino todo aquel que sea arrendatario, usufructuario, comodatario de la cosa, etc.”²⁹. Por el contrario entendemos que una persona ejerza la guarda material de una actividad peligrosa cuando ejerce el control y dirección intelectual de la actividad que causa el daño.

En este escenario, es claro que es el constructor quien de forma exclusiva ostenta la guarda material de la actividad peligrosa, teniendo en cuenta que desde el mismo contrato de fiducia se establece de forma categórica que la fiduciaria no ejercerá ninguna actividad de control, vigilancia o administración sobre la edificación del proyecto, limitando su función al recaudo efectivo de los dineros del público.

Igualmente es claro que el constructor y la fiduciaria conjuntamente ostentan la guarda jurídica de la actividad peligrosa, teniendo en cuenta que la fiduciaria como vocera del fideicomiso, es la propietaria del inmueble y el constructor a su vez es el comodatario del mismo. En Colombia, los diferentes fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han tendido a endilgar mayor responsabilidad a la hora de indemnizar perjuicio a la persona que ejerza la guarda material de la actividad, sin que esto quiera significar que el guarda de la actividad jurídica no pueda ser obligado a indemnizar perjuicios de forma

²⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. 3ª reimpresión. Colombia: Legis Editores, Marzo de 2008, p. 1339, 1340.

²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit.

solidaria. En la práctica fiduciaria encontramos una sentencia hito sobre la responsabilidad de las fiduciarias durante la etapa de construcción.

Se trata de la Sentencia identificada con expediente número 54508, proceso ordinario de responsabilidad civil adelantado por la CORPORACION EDUCATIVA CENTRO DE ADMINISTRACION "CENDA" contra la CONSTRUCTORA SANTAYANA LTDA y FIDUCIARIA ALIANZA S. A.

El demandante ocupaba el lote colindante con el terreno donde la constructora demandada inició la construcción de un edificio, y por las excavaciones se derrumbó el edificio que ocupaba la Corporación Educativa, causándole perjuicios.

Tanto en primera instancia, como el Tribunal, declararon civilmente responsable a la constructora.

A continuación se señalan textualmente algunos apartes de las Consideraciones de la Corte en el cual es posible evidenciar el análisis respecto a la imposibilidad de atribuírsele responsabilidad a la fiduciaria por los hechos anteriormente plasmados:

-Se pactó que dada la naturaleza del fin del fideicomiso se ha entregado al gerente del proyecto la custodia y la tenencia del bien, por lo que este último responderá a la fiduciaria y frente a los terceros beneficiarios, por los daños y perjuicios que puedan derivarse del descuido en la custodia o el mal uso que a él se le dé.

-Las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado, razón por la cual la fiduciaria no se hace responsable por la estabilidad de la obra, calidad de la misma, plazos de entrega, precio y demás obligaciones relacionadas con el proyecto, las cuales asumen íntegramente y en proporción a su participación en el fideicomiso el fideicomitente y los cesionarios de beneficio.

-La fiduciaria Alianza, aquí demandada, era ajena a la construcción de la obra y que por tanto, no obstante la calidad de propietaria fiduciaria pero bajo condiciones especiales, lo fue a través de una fiducia de administración. Que el objeto de la fiducia de administración era transferir a los futuros usuarios las construcciones; que se entregó al gerente del proyecto la custodia y tenencia del terreno donde se iban a levantar las mismas; que, según la cláusula décima, era de la exclusiva responsabilidad del fideicomitente el desarrollo, la ejecución y la culminación de las obras del proyecto de construcción; y, en fin, que el contrato de fiducia fue de administración inmobiliaria y en tal virtud el riesgo de la obra recaía exclusivamente en el fideicomitente, o sea en la sociedad constructora.

-La demandada Fiduciaria Alianza no ejerció la actividad peligrosa de la construcción, fundamento de la responsabilidad civil deprecada, tanto más si cedió la tenencia del bien para efectos de la misma al gerente del proyecto.

-Basta la transferencia que se le hizo del bien a la Fiduciaria Alianza, o sea el carácter formal de propietario en que se apoya la acusación, para que se deduzca la responsabilidad civil de la demandada, tanto más si la causa para pedir de la demanda giró en torno a la actividad constructora.

-Dicha fiducia de administración es tal no solo frente a las partes contratantes sino en relación con terceros, e igual ocurre con la tenencia que le otorgó al gerente del proyecto para efectos de la construcción, en ejercicio de la cual fue el quien asumió la guarda del bien y de la actividad constructora. Subrayado fuera del texto.

-Le presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico como el arrendamiento, comodato, etc.³²." Subrayado fuera del texto.

Si bien en la Sentencia se habla de tercero beneficiario, se debe aclarar que la Corte hace referencia a una responsabilidad global frente a los beneficiarios del proyecto y a los terceros, como se trata en este caso de la Corporación Educativa. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de acuerdo con las consideraciones anteriores, NO CASA.

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia nro. 54508, proceso ordinario de responsabilidad civil adelantado por la CORPORACION EDUCATIVA CENTRO DE ADMINISTRACION "CENDA" contra la CONSTRUCTORA SANTAYANA LTDA y FIDUCIARIA ALIANZA S. A.

De esta forma podemos plantear las siguientes conclusiones respecto a la responsabilidad de la sociedad fiduciaria durante esta etapa del proyecto:

En primer lugar, si bien es cierto la fiduciaria como vocera del fideicomiso propietaria del lote sobre el cual se edifica un proyecto, en principio tiene la guarda jurídica de la construcción del mismo, lo cierto es que con la entrega de la custodia y tenencia material del lote que hace al constructor, este último adquiere la guarda jurídica de la construcción.

En segundo lugar, si bien es cierto que desde el contrato de fiducia se es claro en establecer que la fiduciaria no realiza ninguna actividad tendiente a edificar el proyecto y que el constructor es quien ostenta la guarda de la actividad, lo cierto es que, la fiduciaria en realidad no puede desentenderse de dichas actividades, prueba de ello es que deba entregar el lote a título de comodato precario, reservándose su derecho de solicitar su devolución inmediata en aquellos casos en los que evidencia que el constructor haya causado o vaya a generar perjuicios con la edificación del proyecto a terceros.

3.4 OBLIGACIONES POSVENTA

Entendemos por etapa de pos venta, aquella en la cual, el proyecto inmobiliario ha finalizado, y la fiduciaria como vocera del fideicomiso se dispone a transferirles el derecho de dominio de las diferentes unidades inmobiliarias que componen el proyecto a los diferentes compradores, en los términos de los contratos celebrados.

En este punto igualmente debemos analizar la responsabilidad de la fiduciaria en doble vía, su responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En materia de responsabilidad contractual, como ya se advirtió, la fiduciaria como vocera del fideicomiso transfiere la propiedad de las distintas unidades inmobiliarias, exonerándose expresamente de cumplir su obligación de saneamiento ya sea por vicios redhibitorios o evicción, y endilgando dicha responsabilidad al fideicomitente del proyecto,.

Esta situación que aparentemente es irregular, encuentra respaldo jurídico por el hecho de que la fiduciaria si bien instrumentaliza la venta o la transferencia de dominio en todo caso, es el constructor quien realmente se obliga a transferir la propiedad de la cosa, valiéndose para ello de la fiduciaria como propietaria de los bienes. Ejemplo de la validez de esta estipulación, la encontramos en la venta de cosa ajena, en la cual si bien es el propietario el que transfiere la propiedad de la cosa, éste no responde frente al comprador por evicción o vicios redhibitorios, teniendo en cuenta que para todos los efectos se entiende vendedor, el tercero que se obligó a vender. *“El vendedor, al disponer de una cosa de un tercero a título de compraventa, no hace más que obligarse para con el comprador a entregarle el objeto vendido y a salir al saneamiento.”*³³

Esta exoneración, guarda total respaldo en el ejercicio de autonomía de la voluntad de las partes, teniendo en cuenta que salir al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, puede ser asumida por terceras personas, exonerándose así el vendedor o propietario tradente, de asumir esta obligación.

Prueba de ello, la encontramos en el proceso promovido por el Señor John Jairo Álzate, con radicado 2010-895 ante el Juzgado 16 Civil del Circuito de Medellín, en contra de las Sociedades Acierto Inmobiliario S.A, Parque Conquistadores S.A y Alianza Fiduciaria S.A, debido al mal estado de los pisos que les fueron entregados a los compradores en sus apartamentos.

³³ BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Decima sexta edición. Librería ediciones del profesional Ltda. 2004, p. 72

En la citada demanda, el señor Alzate pretendió que las sociedades constructoras, solidariamente con la fiduciaria le reconocieran los perjuicios causados por el mal estado de los pisos de su apartamento, cabe decir, el costo de los arreglos, más el arrendamiento mientras le terminaban las reparaciones.

Mediante auto del primero de Marzo de 2012, el Juez de conocimiento tras resolver las excepciones previas por la parte demandada, desvinculó a la Sociedad Fiduciaria del proceso judicial, argumentando que en virtud de los acuerdos celebrados con la parte demandante, la fiduciaria se había exonerado expresamente de cumplir la obligación de salir al saneamiento por vicios redhibitorios.

En materia de responsabilidad extracontractual, el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil señala: *“si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por el hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicios de los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041 inciso final”*.

Esta norma es el fundamento legal por el cual, le corresponde es al constructor, quien es la persona que suministra los materiales y edificar la obra, responder por el término de 10 años, por la estabilidad de la misma.

Como consecuencia del planteamiento anterior, podría concluirse, que no existe ningún fundamento para vincular la responsabilidad de la fiduciaria, por la estabilidad o calidad del proyecto.

4. INCIDENCIA DE LA LEY 1480 DE 2011 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Con la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, que en virtud del artículo cuarto convierte en imperativas las normas del Nuevo Estatuto del Consumidor, ha surgido en Colombia, una nueva categoría o sujeto de derechos y obligaciones, distinto al empresario o comerciante.

En los términos del numeral tercero del artículo quinto de la citada Ley, se entiende por consumidor, *“toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”*.

Así las cosas, se deben considerar consumidores, toda persona natural o jurídica, que celebra con una sociedad fiduciaria cualquier contrato de un proyecto inmobiliario, bien sea que se trate de una preventa o un contrato de encargo de vinculación a un patrimonio autónomo de administración inmobiliaria, con el ánimo de que una vez finalizada la construcción de un proyecto se le transfiera la propiedad de ciertas unidades inmobiliarias para su vivienda propia o familiar.

En este escenario, los compradores como consumidores, adquieren un nuevo catálogo de derechos que desdibuja por completo los lineamientos de responsabilidad de las sociedades fiduciarias hasta ahora estudiados.

En primer lugar, lo primero que debemos resaltar es que, en virtud del nuevo Estatuto frente a los consumidores la responsabilidad es objetiva, valga aclarar, ya

no importa el grado de diligencia y cuidado que los empresarios realizan en la ejecución de los contratos, puesto que la exoneración de su responsabilidad solo se consigue con la prueba de cualquiera de los hechos eximentes de responsabilidad que establece el artículo 22 de la nueva Ley.

Así las cosas, consideramos que el artículo 1243 del código de comercio que establece que las fiduciarias solo tienen obligaciones de medios y no de resultados, puede verse desdibujado con el nuevo régimen de responsabilidad que impone el estatuto, con lo cual en la práctica quedamos con dos regímenes de responsabilidad del ente fiduciario diferenciables, pues por un lado, tendremos el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 1243 del Código de Comercio, el cual regirá las relaciones comerciales o empresariales que ejecute una entidad fiduciaria con otros empresarios o comerciantes, y por otro lado, tendremos un régimen de responsabilidad objetiva establecido en el nuevo Estatuto del Consumidor, que regirá las relaciones de consumo de la fiduciaria con los consumidores, régimen en el cual el grado de diligencia o negligencia que adopte la fiduciaria será irrelevante, puesto que como se advirtió no dependerá de la diligencia de la fiduciaria.

En segundo lugar, como lo establece el artículo 42 del nuevo estatuto, en los contratos celebrados con los consumidores, se consideran cláusulas abusivas *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.”*

En caso de que se incluyan cláusulas abusivas en los contratos que se celebren con los consumidores, el inciso segundo del artículo 42 de la citada Ley, sanciona como ineficaces dicha cláusulas, es decir, se entienden para todos los efectos legales como no escritas en el contrato.

Así las cosas, cláusulas habituales de exoneración de responsabilidad, disminución de responsabilidad, atribución de facultades unilaterales para modificar o terminar el contrato o delegación en el cumplimiento de obligaciones a terceros deben ser revaloradas. En este escenario se genera la validez de las siguientes cláusulas, habituales en los contratos de fiducia hasta ahora celebrados en nuestro país:

- La facultad de resciliar el contrato unilateralmente por la fiduciaria.
- La facultad de retener a título de cláusula penal, sumas de dinero entregadas por el beneficiario del área, por incumplimiento de obligaciones a cargo de este último.
- La exoneración en la responsabilidad en la responsabilidad de responder por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios al momento de transferir la propiedad de los inmuebles.
- Los llamados plazos de gracia, entendiendo por tales los periodos de tiempo que se reserva la fiduciaria y el constructor para entregar los proyectos.
- El no pago de intereses de mora o indexación de los saldos por el retardo de la fiduciaria en los pagos que deba realizarle al beneficiario de área por cualquier concepto.
- La transferencia de los inmuebles del proyecto a favor del beneficiario del área a través e agente oficioso o apoderado especial impuesto.

Por su parte el artículo 44 de la citada Ley, señala que la nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas no genera per se la nulidad del contrato celebrado, sin embargo, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio o a los Jueces Ordinarios como autoridades competentes a prevención del consumidor, para

aclarar cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente, es decir, a establecer cuáles serán las nuevas cargas, obligaciones y derechos de las partes en el nuevo contrato.

En este escenario es claro que se desdibuja por completo la responsabilidad contractual de la sociedad fiduciaria, teniendo en cuenta que la autoridad competente (Superintendencia de Industria y Comercio o los Jueces Ordinarios), tiene la facultad legal en la actualidad, de reescribir si se quiere, los contratos celebrados, para establecer por un criterio de reciprocidad, los derechos, cargas y obligaciones de las partes en el contrato.

En tercer lugar, en virtud del numeral noveno del artículo 58 de la citada Ley, que consagra: *“Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de Conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultra petita, y emitirá las ordenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”*, la autoridad competente en materia de protección al consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio o los Jueces Ordinarios), tiene plenas facultades legales para decidir según su criterio, las controversias que se le presenten, vale decir, no le rige el principio de la congruencia en materia procesal, razón por la cual puede fallar, por más o por menos o por fuera de lo pedido.

Bajo esta óptica, la responsabilidad extracontractual de las entidades fiduciarias, adquiere connotaciones inimaginables en un pasado, puesto que puede ser llamada a indemnizar los perjuicios que resulten probados en un determinado proceso así en las pretensiones de la respectiva demanda no hayan versado sobre la materia.

Sin olvidar que el numeral 11 del artículo 58 de la citada Ley le otorga competencia a la autoridad competente para imponer sanciones de multas sucesivas, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo y, en caso de persistir el incumplimiento o retraso en el cumplimiento de la orden, puede conllevar incluso el cierre temporal del establecimiento de comercio, hasta tanto no se adopten los correctivos del caso, tal como señala el numeral 11 del artículo 57 de Ley 1480.

Finalmente, en virtud del artículo 19 de la citada Ley, las sociedades fiduciarias, como miembros partícipes del proceso de comercialización, de las unidades inmobiliarias de un proyecto que se ejecute a través de un fideicomiso de administración inmobiliaria o de titularización en cualquiera de sus modalidades, asumen una responsabilidad mayor en el deber de información que deben tener con los compradores del proyecto, teniendo en cuenta que la Ley los hace responsables en aquellos casos en los cuales oculten información del producto o servicio ofrecido, es decir, de la calidad de las unidades inmobiliarias.

No en vano, el título II, Capítulo Segundo de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, establece una presunción según la cual, si no se informa al consumidor cual es el área privada de los inmuebles objeto de comercialización de un proyecto, se entenderá para todos los efectos legales, que el área indicada es área privada.

Corolario de todo lo anterior, es claro que los contratos que suscribe la entidad fiduciaria a partir de la nueva Ley 1480 de 2011, pierden la capacidad de exonerar al ente fiduciario de obligaciones y cargas hasta ahora de resorte exclusivo del constructor, evidenciándose hacia futuro, la asunción del ente fiduciario de comportamientos más diligentes, equiparables si se quiere, a las obligaciones que tiene un interventor en la ejecución de un proyecto inmobiliario.

4.2 ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS

Si bien es cierto, el nuevo estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011), solo entró a regir a partir del 12 de Abril de 2012, a la fecha, la **DELEGATURA PARA LA ASUNTOS JURISDICCIONALES** de la Superintendencia de Industria y Comercio, como una de las autoridades competentes en materia de protección al consumidor, ha proferido diversas sentencia del sector inmobiliario, que nos permite reafirmar las conclusiones anteriormente expuestas.

A continuación, se presentan algunas de las Sentencias más representativas sobre asuntos inmobiliarios que a la fecha ha proferido la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.2.1 Sentencia no.5127 del 31 de agosto de 2012

En la citada providencia, el señor Germán Torres Ibáñez elevó reclamo ante la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitando a dicha entidad que ordenara a la Sociedad Inmobiliaria Los Sauces S.A, la devolución de las sumas de dinero entregadas por concepto de la preventa denominada Cedro Reservado 147 (administrada por la Fiduciaria Davivienda), Proyecto inmobiliario ubicado en la calle 147 no.14-69 de la Ciudad de Bogotá.

El objeto de la reclamación consistió en la inconformidad del Señor Ibáñez a las modificaciones que unilateralmente la Sociedad Inmobiliaria Los Sauces S.A efectuó a los garajes y cuarto útil inicialmente separados, teniendo en cuenta, según lo señala el reclamante, que la constructora le había prometido entregarle el depósito no.63 y dos parqueaderos independientes no.68R y no.69R. Por el contrario, la constructora al momento de redactar la promesa de compraventa, le designó al reclamante el depósito no.57 y el garaje doble lineal no.29.

Según lo aduce el reclamante, estas modificaciones unilaterales constituyen un incumplimiento al acuerdo inicialmente pactado, motivo por el cual, solicita la devolución total del dinero entregado a la fiduciaria, indexado.

En efecto, mediante sentencia debidamente ejecutoriada, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó a la Sociedad Inmobiliaria los Sauces S.A, la restitución dentro de los 8 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de la totalidad de las sumas de dinero entregadas por el reclamante, so pena de imponer multas sucesivas a favor del tesoro público, equivalentes a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo.

Observaciones. Si bien es cierto, en la sentencia analizada no se condenó a Fiduciaria Davivienda a restituir de forma solidaria las sumas de dinero entregadas por el reclamante, no podemos perder de vista, que la actuación de la fiduciaria, se limitó a la etapa de la preventa del proyecto inmobiliario, razón por la cual, sus obligaciones terminaron con la entrega de las sumas de dinero recaudadas de los promitentes compradores a la constructora, una vez esta última acreditara el cumplimiento de los denominados puntos de equilibrio.

Por el contrario, consideramos que de tratarse de un fideicomiso de administración inmobiliaria, la Superintendencia de Industria y Comercio en la citada providencia, podría haber condenado solidariamente a la constructora y la Fiduciaria a devolver las sumas de dinero entregadas por el reclamante, teniendo en cuenta que en un fideicomiso de administración inmobiliaria, la obligación de la fiduciaria se extiende hasta la entrega de los inmuebles en debida forma, en los términos precisos inicialmente pactados con el promitente comprador en etapa precontractual.

4.2.2 Sentencia No. 5388 del 14 de septiembre de 2012

La Sociedad Construcción CFC y Asociados en calidad de promitente vendedor, incumplió con el término estipulado para la firma de la escritura y para llevar a cabo la entrega del Apartamento 10 B y el Parquadero no.14 que hacen parte de la propiedad Horizontal “Tejares del Este”.

Dado el incumplimiento, la señora Luz Fanny Salinas acudió a la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual a través de la delegatura de asuntos jurisdiccionales ordenó a la Sociedad Construcciones CFC y Asociados S.A a entregarle el inmueble y firmar la escritura en un término de 30 días.

Tal como se señalaba en la sentencia anterior, en caso de incumplimiento de la orden proferida por la Superintendencia, a la Sociedad demandada le acarrearán multas.

Observaciones. En el caso hipotético que el Proyecto Inmobiliario “Tejares del Este” se hubiera ejecutado a través de un fideicomiso de administración inmobiliaria, inevitablemente, la orden de escriturar el inmueble a favor del reclamante se le daría a la entidad fiduciaria, teniendo en cuenta que es esta como vocera del patrimonio autónomo propietario de los inmuebles la llamada a transferir los inmuebles del proyecto.

4.2.3 sentencia no.5564 del 21 de septiembre de 2012

Los reclamantes Charles Díaz y Marcela Bibiana Avendaño adquirieron un apartamento dentro del Conjunto Residencial, Los Arces Rojos, al cual le instalaron un piso laminado, que posteriormente tuvieron que cambiar por deterioro, ya que el mismo se quemó con ácido, meses después, tuvieron que cambiar nuevamente el piso, pero esta vez se encontró que el origen del deterioro provenía del lote.

Los constantes cambios generaron daños en los guarda escobas y no se ha logrado solucionar el problema del piso, por lo tanto, los reclamantes pretenden que se les reconozca un nuevo cambio en el piso y arreglar los daños que se han ido efectuando, ya que consideran que el material que se utilizó, no cumple con las condiciones que ellos pagaron en principio.

La Superintendencia de Industria y Comercio condena tanto a Soluciones Inmobiliarias MS. S.A, a Distribuidora Trevo y a Colsubsidio, en calidad de constructoras y proveedor respectivamente, a hacer las reparaciones pertinentes, ya que si bien respondieron en la etapa de posventas con el cambio de pisos, no pudo encontrarse que los reclamantes en algún momento recibieran de conformidad.

Observaciones. Sea lo primero advertir, que a diferencia de la decisión del Juez Ordinario en el caso 2010-895, en el cual se analizaron hechos asimilables a esta sentencia, en el escenario del consumidor, el Juez condena de forma solidaria a todos los partícipes en la ejecución del proyecto inmobiliario a resarcir los daños y perjuicios causados al reclamante, sin consideración alguna a las obligaciones que cada parte asumió en la ejecución del proyecto; vale decir, mientras el juez ordinario desvincula del proceso a todas las personas distintas del constructor, el juez del consumidor por el contrario, las condena de forma solidaria.

Este escenario refleja, el nuevo paradigma en materia de responsabilidad para las partes de un proyecto inmobiliario, que existe en Colombia, paradigma en el cual, las Sociedades Fiduciarias, que participen en proyectos inmobiliarios a través de fideicomisos de administración inmobiliaria, pueden ser condenadas a resarcir de forma solidaria, los daños y perjuicios que se causen a los compradores de proyectos inmobiliarios, sin importar en el escenario del consumidor, las obligaciones restrictivas que asume la sociedad fiduciaria en la ejecución del proyecto inmobiliario.

4.2.4 Sentencia No. 5737 del 28 de septiembre de 2012

El señor Santiago Alberto Cardona celebró promesa de compraventa con Gerinsa Gerencia Inmobiliaria S.A para el Proyecto Urbanización Serranías, para lo cual aportó una suma de dinero, de la cual posteriormente tuvo que solicitar su devolución, ya que no podía seguir adelante con el negocio por no contar con la capacidad de endeudamiento.

La Sociedad Gerinsa Gerencia Inmobiliaria S.A incumplió con la devolución de estos recursos desde su solicitud, motivo por el cual, el reclamante acude a la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que sus recursos sean devueltos.

De esta manera la Delegatura para asuntos jurisdiccionales resuelve que la Sociedad debe hacer la devolución del dinero dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, como materialización de la efectividad de la garantía, señalando en sus consideraciones:

Para la materialización de la efectividad de la garantía, resulta necesario que se acredite la existencia de la relación de consumo, la que en el presente asunto aparece debidamente demostrada mediante copia de la promesa de compraventa.

[...]

Las relaciones de consumo implican la interacción de cargas en las que se establece un pago o una contraprestación por recibir y utilizar un servicio o por adquirir un bien, que son equivalentes y dependientes. De esta forma, si el consumidor no va a hacer uso del bien inmueble, pues en efecto no lo va a adquirir por imposibilidad económica, no es justificable que la demandada le retenga el dinero abonado³⁴.

Observaciones. Debemos resaltar en las consideraciones que hace la Superintendencia en esta Sentencia, el argumento según el cual “si el consumidor no va a hacer uso del inmueble, pues en efecto no lo va a adquirir por

³⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia no.5737 del 28 de septiembre de 2012.

imposibilidad económica, no es justificable que la demandada le retenga el dinero abonado”.

Este argumento, sumado a la orden perentoria que establece la Ley 1480 de 2011, en su artículo 43 de declarar como ineficaz cualquier cláusula contractual que convierta en inequitativo o desproporcional las obligaciones que el consumidor asume en el contrato, nos permite manifestar sin temor a equivocarnos, que las sanciones por incumplimientos en los pagos que las sociedades fiduciarias imponen en los contratos de preventa, y en los contratos de encargo de vinculación a los fideicomisos de administración inmobiliaria, están llamadas a desaparecer.

Para ejemplarizar lo anterior, debemos recordar que en la actualidad, las sociedades fiduciarias retienen a título de sanción, un porcentaje de las sumas de dinero que los compradores de los proyectos inmobiliarios se obligan a entregar, para adquirir la propiedad de determinados inmuebles en un proyecto inmobiliario. Así las cosas, si el comprador de un proyecto inmobiliario de \$300.000.000 se obligó a consignar a la fiduciaria la suma de \$30.000.000 como cuota inicial en un plazo de dos años, y durante el transcurso de este periodo, solo alcanza a consignar la mitad, en virtud de los contratos celebrados en la actualidad por las fiduciarias, dicha persona, tendría derecho a solicitar la devolución de su dinero, previo descuento de un porcentaje de dicha suma, establecida en el contrato como sanción.

Esta práctica como lo anotó la Superintendencia, es condenable, y en caso de que una sociedad fiduciaria la realizara, legitimaria por activa a un consumidor, para solicitarle a la autoridad competente en materia de protección al consumidor, la devolución total del dinero entregado, debidamente indexado a la fecha de pago, teniendo en cuenta que toda cláusula que establezca sanciones por no pago,

podrían considerarse, abusivas, inequitativas y por lo tanto, ineficaces de pleno derecho.

4.2.5 Sentencia no.5718 del 28 de septiembre de 2012

El señor Antonio Javier Bohórquez presentó reclamaciones porque compró y pagó anticipadamente un apartamento en la Torre Versalles en Bogotá a la Constructora San Francisco S.A, en cuanto consideró que se le estaba dando un tratamiento desigual que a los propietarios de los otros inmuebles del Edificio, pues no contaba con tomas para la antena del televisor y un gabinete de su cocina no era funcional, a diferencia de los otros apartamentos.

La Superintendencia señaló en sus consideraciones que si bien, la Constructora señaló que no había un trato diferenciado ya que el señor Bohórquez se le habían instalado los muebles que en la sala de ventas estaban expuestos, no basta con la simple afirmación, ya que en los casos de protección al consumidor la carga de la prueba se invierte al empresario profesional.

Así mismo, señala la Superintendencia, que si bien ya transcurrieron los tres meses de garantía,

...los términos de garantía tratándose de bienes inmuebles son de mínimo 10 años para las estructura y de 12 meses para los acabados, razón por la cual a todas luces no solo resulta procedente la reclamación sino además lo resulta la imposición de una orden a título de efectividad de la garantía que asegure el otorgamiento del término mínimo de garantía a que tiene derecho el consumidor en razón de la relación de consumo establecida para la compra del inmueble objeto de reclamo³⁵.

De acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, la Superintendencia condena a la constructora para que en un término de 10 días instale las

³⁵ Ibíd. Sentencia no.5718 del 28 de septiembre de 2012.

respectivas antenas para los televisores, y otorgue el término de garantías que se señalaba anteriormente.

Observaciones. De la lectura de la sentencia anteriormente expuesta, debemos reiterar el surgimiento de un nuevo paradigma en materia de responsabilidad para los agentes de los proyectos inmobiliarios que ha surgido en nuestro país a partir de la expedición de la Ley 1480 de 2011.

No en vano, a diferencia del principio procesal que rige en la justicia ordinaria, según el cual, es al demandante al que le asiste la carga de la prueba de los fundamentos fácticos de la demanda, en el escenario de la justicia del consumidor, es al empresario quien en todos los casos le asiste la carga procesal de controvertir los hechos que alega el consumidor, con independencia de si trata de afirmaciones indefinidas que realiza el consumidor o por el contrario afirmaciones concretas.

Bajo este supuesto, las sociedades fiduciarias adquieren una carga procesal nunca antes vista, es decir, en el escenario del consumidor, no pueden limitarse como hasta ahora lo han hecho en la mayoría de los casos a desvirtuar el material probatorio que allegan los compradores en las demandas y esperar que los compradores satisfagan a cabalidad la prueba de la negligencia de la fiduciaria para comprometer su responsabilidad. Por el contrario, en la actualidad, el escenario del consumidor impone en las fiduciarias un papel activo en los procesos judiciales, teniendo en cuenta que, sin importar el grado de diligencia o negligencia asumido por estas en el proyecto inmobiliario, solo la prueba de una causa extraña las exonerara de responsabilidad como lo establece el nuevo estatuto.

5. CONCLUSIONES

Existen varias modalidades de fiducia inmobiliaria, de conformidad con la participación que adquiere la sociedad fiduciarias y, según los derechos, deberes y obligaciones que contraen al suscribir el contrato.

Dado que existe poca normatividad sobre la materia, en la práctica puede identificarse un clausulado estándar en los diferentes tipos de contrato en los que intervienen las sociedades fiduciarias, el cual permitirá establecer y darle alcance a la responsabilidad civil contractual de la fiduciaria en las diferentes etapas de la ejecución de un proyecto inmobiliario.

La responsabilidad contractual de cada uno de los intervinientes se determina por los deberes y obligaciones que consagran las normas sobre la materia y por los estipulados en el contrato.

Para determinar si hay lugar a establecer responsabilidad civil extracontractual por parte de la fiduciaria, es necesario analizar los daños y perjuicios causados, con el fin de identificar si es posible vincular a la sociedad fiduciaria o no, o si le corresponde responder a otro de los intervinientes en la ejecución de los proyectos inmobiliarios.

La fiduciaria es un profesional, por lo tanto, debe actuar con atenta observancia de sus deberes y obligaciones.

Si bien las obligaciones de las sociedades fiduciarias son de medios, es decir, para eximirse de responsabilidad requieren demostrar diligencia y cuidado, este concepto se ha visto un poco desdibujado con el Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), ya que las exigencias establecidas para los oferentes de

servicios implican un mayor grado de cuidado y una posible exigencia de resultados, lo que implicaría casi que afirmar la posibilidad de llegar a afirmar que las fiduciarias tienen obligaciones de resultados, y no bastaría demostrar diligencia y cuidado para eximirse de responsabilidad.

Tal como se planteaba, con anterioridad a la expedición de la Ley 1480 de 2011, podía evidenciarse, y de acuerdo a los casos concretos citados, una mayor posibilidad de eximirse de responsabilidad por parte de la sociedad fiduciaria.

BIBLIOGRAFIA

ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS y LEGIS. Régimen de las Sociedades Fiduciarias.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480. (12 octubre, 2011) Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48.220.

----- Ley 223. (20, diciembre, 1995). Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1995. No. 42.160.

----- Ley 35 (5, enero, 1993). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 40.710.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2009. M.P. William Namén.

----- Sentencia veintisiete (27) de abril de dos mil cuatro (2004) M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Bogotá D. C. Expediente No. 54508.

----- Sentencia del 3 de Agosto. M.P. Silvio Fernando Trejos.

----- Sentencia del 31 de mayo de 2006. M.P. Pedro Octavio Munar.

----- . Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de Mayo de 2004. M.P. Eduardo López Villegas.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá D.C.: Diario Oficial, 1971.

----- . Decreto 1400 de 1970. (6, agosto, 1970) .Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Bogotá D.C.: Diario Oficial. No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

----- . Decreto 1469 de 2010. (30, abril, 2010) "Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones".

----- . Decreto 2555 de 2010. (15, julio, 2010). Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Bogotá Oficial, 2010.

----- . Decreto 663 de 1993. (2, abril, 1993). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Bogotá D.C.: Diario Oficial, 1993.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular Externa 007 de 1996. (19 enero, 1996). Circular Básica Jurídica. Bogotá D.C.: La Superintendencia, 1996.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Sentencia no.5127 del 31 de agosto de 2012. Bogotá. Abogada de la Delegatura para asuntos jurisdiccionales Adriana Vivas Robles.

----- . Sentencia no.5388 del 14 de septiembre de 2012. Bogotá. Abogada de la Delegatura para asuntos jurisdiccionales Yurany Andrea Agudelo.

----- . Sentencia no.5564 del 21 de septiembre de 2012. Bogotá. Abogada de la Delegatura para asuntos jurisdiccionales Yurany Andrea Agudelo.

----- . Sentencia no.5737 del 28 de septiembre de 2012. Bogotá.

----- . Sentencia no.5718 del 28 de septiembre de 2012. Bogotá.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Circular Externa 46 de 2008 (3, septiembre, 2008). Modificación al Capítulo Primero, Título Quinto de la Circular Básica Jurídica y a los Capítulos VIII y IX de la Circular Básica Contable y Financiera, aplicables a los negocios administrados por las sociedades fiduciarias.

----- . Concepto número 97040816-0 (Agosto, 1997). Bogotá D.C.: La Superintendencia, 1997.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Tercera Edición. U. Externado de Colombia.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina. Editorial Legis, 2005.

SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2003.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. 3ª reimpresión. Colombia: Legis Editores, Marzo de 2008.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Bogotá: Editorial Temis. 2004

CONTRATOS:

Carta de instrucciones.

Contrato de fiducia mercantil.

Encargos de vinculación-promesas de compraventa

Escrituras de transferencias de dominio, a título de compraventa o de beneficio mercantil.

Contrato de fiducia mercantil de Vivienda de interés social.

Contrato de fiducia mercantil de Titularización.

**ANEXO A.
CARTA DE INSTRUCCIONES**

**PROYECTO XXXXXX - PREVENTA
CARTA DE INSTRUCCIONES**

No. _____

Yo,

(nosotros)

_____ actuando en nombre propio _____ o en representación legal de la sociedad _____ y para efectos del presente documento en calidad de EL (LOS) ENCARGANTE(s) manifiesto (manifestamos) que conozco (conocemos) y acepto (aceptamos) el Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión celebrado entre XXXXXX FIDUCIARIA S.A., en calidad de Fiduciaria, XXXXXXXXXXXX como CONSTITUYENTE, para la administración de los dineros de las preventas del PROYECTO XXXXXXXXXXXX, autorizo(amos) irrevocablemente a XXXXXXXXXXXX FIDUCIARIA S.A., que en adelante se denominará la FIDUCIARIA, para que por mi (nuestra) cuenta y riesgo y bajo mi (nuestra) exclusiva responsabilidad, siga las siguientes

INSTRUCCIONES:

1. Recibir los pagos que realizaré de acuerdo con lo señalado más adelante en el presente documento, en los convenios de recaudo suscritos con el Banco XXXXXXXXXXX a fin de que sean administrados por la FIDUCIARIA en la Cartera Colectiva Abierta XXXXXXXX, de conformidad con lo estipulado en el contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión antes señalado. Se entiende que la FIDUCIARIA recibe estos recursos, una vez obtenga los formatos de conocimiento del cliente debidamente diligenciados por los ENCARGANTES. En consecuencia, la FIDUCIARIA, hasta tanto no reciba los formatos de conocimiento del cliente debidamente diligenciados por los ENCARGANTES, no responderá por el destino que se le dé a los dineros que supuestamente hayan ingresado a la cuenta de recaudo.

Parágrafo. La FIDUCIARIA no contrae ninguna responsabilidad por las fluctuaciones, desvalorizaciones, bajas en los valores de las inversiones, disminución de los rendimientos, modificación o pérdida de bondades o privilegios financieros por causas ajenas a su voluntad o que le hubieren sido desconocidas en su oportunidad. El riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la Fiduciaria, es asumido por el ENCARGANTE y por El Beneficiario Condicionado.

2. Entregar los dineros así el 100% a una cuenta a nombre del CONSTITUYENTE, dentro del Encargo Fiduciario de Administración e Inversión del proyecto XXXXXXXX quien se denominara simplemente como EL BENEFICIARIO CONDICIONADO, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al cumplimiento de las CONDICIONES DE ENTREGA DE RECURSOS que se relacionan a continuación, por tanto, el citado. se tendrán como EL BENEFICIARIO CONDICIONADO de los referidos dineros hasta tanto se cumplan dichas condiciones.

Las condiciones de giro son:

2.1. Que el CONSTITUYENTE presente a la FIDUCIARIA fotocopia de la radicación de todos los documentos necesarios para la obtención del permiso correspondiente para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de las unidades inmobiliarias resultantes del PROYECTO, ante la autoridad competente, en los términos establecidos en el artículo 71 de la Ley 962 de 2005 y demás normas concordantes, respecto de cada Fase o etapa del PROYECTO.

2.2. Que el CONSTITUYENTE presente a la FIDUCIARIA fotocopia del Certificado de Tradición y Libertad del lote en el que se desarrollará el Proyecto, en el que conste que es el propietario.

2.3. Que la FIDUCIARIA haya recibido CARTAS DE INSTRUCCIONES, con las respectivas promesas de compraventa, suscritas por los ENCARGANTES, en un número que corresponda a ventas por un valor no inferior a \$XXXXX millones de pesos y b) haya recibido un mínimo de \$XXXXX millones de pesos efectivamente por los compradores.

2.4. Que el CONSTITUYENTE, haya pagado la comisión fiduciaria mencionada en el contrato de fiducia y los gastos, si hay lugar a ellos, a que alude la cláusula 1.1 del mismo capítulo del Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión mencionado en el numeral primero anterior.

2.5. Que el CONSTITUYENTE, hubiera obtenido la liquidación de impuesto que genere la licencia de urbanismo y construcción.

Estas condiciones deben cumplirse antes del: ___ de _____ de _____.

3. Entregar a EL BENEFICIARIO CONDICIONADO los rendimientos producidos por mis recursos, como contraprestación a la conservación obligatoria de las condiciones económicas pactadas en el presente documento, descontando la comisión prevista para la FIDUCIARIA.
4. Poner a mí disposición, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación del Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión celebrado entre EL BENEFICIARIO CONDICIONADO y XXXXXXX FIDUCIARIA S.A., mediante cheque, los recursos de dinero que haya aportado junto con sus rendimientos, previo descuento de la comisión de la Fiduciaria mencionada en el Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión mencionado y los tributos (impuestos, tasas y contribuciones de cualquier orden territorial o administrativo) a que haya lugar; en el evento de que dicha terminación tenga lugar por no cumplirse, dentro del término de duración del Contrato mencionado, las CONDICIONES DE ENTREGA DE RECURSOS pactadas en el numeral segundo del presente documento. Manifiesto saber que si no me presento a reclamar el cheque dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación del contrato, los recursos se depositarán en un Encargo Fiduciario a mi nombre en las Carteras Colectivas administradas por la FIDUCIARIA. Lo mismo ocurre en el evento en que desista del negocio y no me presente a reclamar los recursos depositados.
5. Descontar la comisión prevista para la FIDUCIARIA en los términos y condiciones estipuladas en la cláusula 4.2. del capítulo cuarto del Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión celebrado entre el BENEFICIARIO CONDICIONADO y XXXXXXX FIDUCIARIA S.A.

DECLARACIONES:

1. Manifiesto conocer que el número mínimo de CARTAS DE INSTRUCCIONES indicado en el numeral 2.3. fue establecido por el BENEFICIARIO CONDICIONADO y que en la definición del mismo no interviene XXXXX FIDUCIARIA S.A.
2. En caso de que yo desista del negocio, presente mora de más de sesenta (60) días en las cuotas pactadas en esta Carta de Instrucciones o me abstenga de tramitar oportunamente el crédito con el que se financiará la adquisición del inmueble identificado en la parte inicial de la presente carta, autorizo a que se me descuenta el 20% de total de los recursos entregados con un mínimo de seiscientos treinta mil pesos (\$XXXXXX), a título de sanción y que dicha suma sea entregada a EL BENEFICIARIO CONDICIONADO, adicionalmente se descontarán ciento cincuenta mil pesos (\$XXXXXX) por la administración de los recursos que serán entregados a XXXXXXX S.A. En consecuencia, la FIDUCIARIA pondrá a mi disposición el remanente de los recursos si los hay, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el BENEFICIARIO CONDICIONADO notifique a la FIDUCIARIA alguna de las causales de retiro anteriormente mencionadas.

3. Autorizo a la FIDUCIARIA a realizar el reporte y consulta a la CIFIN en los mismos términos del Contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión celebrado entre el BENEFICIARIO CONDICIONADO y XXXXXXX FIDUCIARIA S.A.
4. El precio del inmueble pactado con el CONSTITUYENTE y la forma de pago serán de acuerdo con el siguiente cronograma de pagos que me obligo a cumplir expresamente, así:

VALOR Y FORMA DE PAGO					
Valor Total \$		Pago con recursos propios \$		Con Crédito Largo Plazo \$	
Cronograma de Pago del Precio					
	Valor	Fecha (d/m/a)	Cuota	Valor	Fecha (d/m/a)
1			11		

5. Manifiesto saber que el desarrollo del PROYECTO XXXXXX PREVENTA será única y exclusivamente responsabilidad del CONSTITUYENTE, quien estará encargado de realizar, sin participación alguna ni responsabilidad de la FIDUCIARIA, los estudios de factibilidad, la promoción y construcción del Proyecto, y todas las demás actividades relacionadas con la ejecución y promoción del mismo.
6. Manifiesto saber que XXXXX FIDUCIARIA S.A. no garantiza el manejo futuro de los recursos, no es constructor, gerente, promotor, vendedor, veedor, ni participa en manera alguna en el desarrollo del mismo y en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos relacionados con la construcción y desarrollo del proyecto, en especial por la terminación, calidad, cantidad o precio de las unidades resultantes.
7. Manifiesto conocer y aceptar que la responsabilidad que adquiere la FIDUCIARIA es de medio y no de resultado y, por lo tanto, responderá hasta por la culpa leve en el desarrollo de su gestión conforme a la definición que de ésta trae el inciso segundo del artículo 63 del Código Civil.
8. Manifiesto que conozco, acepto y he recibido copia del reglamento de la Cartera Colectiva Abierta Alianza, en la cual serán invertidos los recursos que entregue en desarrollo de la presente carta, a mi nombre.
9. Manifiesto que conozco y acepto que la presente carta de instrucción, no es ni constituye una promesa de compraventa, y así mismo, declaro que conozco y acepto que la FIDUCIARIA no suscribirá ninguna promesa de compraventa sobre las unidades resultantes del PROYECTO, ni participará en su definición y por lo mismo no responderá ante mí por este concepto.
10. Autorizo al BENEFICIARIO CONDICIONADO para instruir a la FIDUCIARIA para que ceda la presente carta de instrucciones a otra sociedad fiduciaria legalmente constituida en Colombia.
11. Manifiesto que conozco las condiciones financieras de pago y las especificaciones de entrega del lote y del proyecto XXXXXX-Preventa, definidas en el contrato de encargo fiduciario suscrito por el beneficiario condicionado con XXXX Fiduciaria. Si en el proceso de tramitación y de obtención de las licencias, por razones técnicas o ambientales, se efectúa alguna corrección o modificación del proyecto urbanístico y sus especificaciones, se me deberá notificar por escrito, sin que ello constituya una causal de incumplimiento de los términos generales del encargo fiduciario, suscrito por el beneficiario condicionado con Alianza.
12. La presente carta de instrucciones constituye el escrito informativo al cual hace referencia la circular 54 de 2004 de la Superintendencia Financiera.
13. Manifiesto que las instrucciones impartidas en el presente documento son de carácter irrevocable, en consecuencia, las mismas no podrán ser revocadas o modificadas en todo o en parte, sin el previo consentimiento del BENEFICIARIO CONDICIONADO.
14. Declaro conocer que XXXXX Fiduciaria se reserva el derecho de oponerse al ingreso de terceros al contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión bien sea en calidad de constituyente cesionario, beneficiario, inversionista o cualquier otra calidad. E igualmente que

Alianza se reserva el derecho de verificar la procedencia y el origen de los fondos de que trata el numeral 4 ° precedente.

15. Declaro conocer que si en la ejecución del encargo fiduciario que tienen celebrado el BENEFICIARIO CONDICIONADO con la FIDUCIARIA, se presentaren circunstancias que impidan el cabal cumplimiento del mismo, éstos podrán a su arbitrio y sin que ello implique incumplimiento que comprometa su responsabilidad o indemnización alguna, darlo por terminado, evento en el cual la FIDUCIARIA deberá poner a mi disposición las sumas recibidas por concepto de las cuotas de separación y los rendimientos generados por la inversión de las mismas, una vez efectuada la deducción correspondiente a la comisión fiduciaria.

Recibiré comunicaciones y notificaciones en la ciudad de _____ en la siguiente dirección _____ y teléfono _____ obligándome a notificar por escrito a la FIDUCIARIA y al BENEFICIARIO CONDICIONADO todo cambio que se produzca en los mismos.

Anexo a la presente, el formulario de SOLICITUD DE VINCULACIÓN debidamente diligenciado, manifestando que conozco y acepto que la solicitud de dicha información se hace en cumplimiento del programa de conocimiento al cliente de la Superintendencia Financiera y que el resultado del estudio podrá constituir causal de terminación de las presentes instrucciones.

En constancia de las instrucciones dadas mediante el presente documento se suscribe en la ciudad de _____ a los _____ (____) días del mes de _____ del año _____.

C.C

C.C.

Suscribo la presente carta de instrucciones en señal de aceptación de los términos y condiciones de la misma.

ANEXO B. ENCARGO FIDUCIARIO PARA VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO XXXXXXX

Entre:

A) 1) _____
Mayor(es) de edad, vecino(s) de la ciudad de _____, identificado(a) (os) tal como aparece(n) al pie de su(s) firma(s), quien(es) obra(n) en nombre propio _____ o en nombre de _____

Y quien(es) en adelante y para los efectos de este contrato se denominará(n) EL CONSTITUYENTE y/o EL BENEFICIARIO DE ÁREA.

B) Las sociedades XXXXXXXXX, empresa comercial domiciliada en Medellín, constituida por escritura pública No. XXXXXXXX en la Notaría XXXX de Medellín, y XXXXXXXXX, empresa comercial, domiciliada en Medellín, constituida por escritura pública número XXXXX de XXXXX otorgada en la Notaría XXXX de Medellín, representadas en este contrato por su Apoderado XXXXXXXXX, mayor de edad, domiciliado en Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXX; quien obra como apoderado especial mediante poder elevado a escritura pública XXXX del día ____ de _____ del _____, en la notaria XXXX de Medellín, sociedades que en adelante y para los efectos de este contrato se denominara LOS BENEFICIARIOS, y

C) La sociedad XXXXXX FIDUCIARIA S.A., entidad financiera constituida por escritura pública número XXXXXXXXX; con autorización de funcionamiento concedido por la Superintendencia Bancaria, mediante XXXXXXXX, representada en este contrato por XXXXXXXX, mayor de edad, vecino de Medellín identificado con la cédula de ciudadanía número XXXXXXXXX quien obra en calidad de Representante Legal, sociedad que en adelante y para los efectos de este documento se denominará LA FIDUCIARIA,

Celebramos el presente contrato de encargo fiduciario que se regirá por las siguientes cláusulas, previos los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES:

1. LOS BENEFICIARIOS sobre un lote de terreno situado en el Municipio de XXXXXXXX planean desarrollar un proyecto denominado XXXXXXXXX, en adelante EL PROYECTO.
2. ESQUEMA FIDUCIARIO:
 - a. El proyecto se desarrollará a través de un esquema fiduciario para lo cual se celebró, mediante documento privado de ____ de _____ de _____, un contrato de fiducia mercantil con FIDUCIARIA constituyéndose el denominado FIDEICOMISO XXXXX, en adelante EL FIDEICOMISO, en el cual las sociedades XXXXXXXX tienen la condición de BENEFICIARIOS, fideicomiso que tiene por objeto que a través del mismo se desarrolle un proyecto de construcción (EL PROYECTO) por parte de LOS BENEFICIARIOS, por cuenta y riesgo exclusivo de éstos quienes tienen la responsabilidad administrativa, financiera y técnica del mismo.
3. EL PROYECTO
 - a. Consiste en la construcción de la URBANIZACIÓN XXXXXXXXX, ubicada en XXXXXXXX, con áreas y servicios comunes XXXXXXXX. El número definitivo de torres y unidades a construir puede variar sin que por ello se presente incumplimiento de LOS BENEFICIARIOS.
 - b. Es un desarrollo de responsabilidad única y exclusiva de LOS BENEFICIARIOS, quienes tienen la obligación de suministrar todos los recursos necesarios para realizarlo. FIDUCIARIA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO será por tanto la propietaria fiduciaria de los inmuebles, pero no tendrá injerencia en el desarrollo de las construcciones o en el cumplimiento de las obligaciones que surgen para LOS BENEFICIARIOS en virtud del presente encargo.

- c. Las especificaciones, diseños, y demás características del PROYECTO han sido definidas por LOS BENEFICIARIOS y aceptadas por EL CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO DE ÁREA y constan en el anexo 2 que hace parte del presente contrato.
 - d. LOS BENEFICIARIOS podrán adoptar cambios en el proyecto con las debidas autorizaciones de las autoridades respectivas, en el evento de requerirse, y con las solas limitaciones impuestas por las normas urbanísticas. Los cambios podrán ser generados, por ejemplo, en razón de exigencias formuladas por las autoridades competentes al expedir la licencia de urbanización y/o construcción, o por exigencias técnicas, o por cambios en las exigencias del mercado, o en razón de situaciones imprevistas generadas en el mercado de materiales que obliguen a cambios por otros materiales, que no sean de calidad inferior a los materiales inicialmente previstos.
 - e. Como la URBANIZACIÓN XXXXXXXX se desarrollará en tres etapas, LOS BENEFICIARIOS tendrán plena libertad para definir el diseño urbanístico y arquitectónico de la Primera y Tercera Etapas, con las solas limitaciones impuestas por las normas urbanísticas y de construcción y por las autoridades competentes del Municipio de XXXXXXXX.
 - f. Sobre el lote sobre el cual se desarrollará cada etapa de la Urbanización se dará cumplimiento a las obligaciones urbanísticas que exijan las entidades municipales de cesión de áreas públicas.
4. El contrato de fiducia señala que LOS BENEFICIARIOS pueden vincular terceros al FIDEICOMISO, bajo la calidad de BENEFICIARIOS DE ÁREA, quienes:
- a. Quedarán vinculados con respecto al beneficio que corresponda a LOS BENEFICIARIOS en unas determinadas unidades inmobiliarias y en el porcentaje de copropiedad que a ellas les corresponda en las zonas comunes, de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal al cual sea sometido LA URBANIZACION BENEDICTINE GARDENS.
 - b. Lo que le corresponda a EL BENEFICIARIO DE ÁREA por todo concepto en razón de la vinculación a EL FIDEICOMISO a través de contratos de encargo fiduciario como éste, le será cubierto exclusivamente, al momento de la transferencia, en esas determinadas unidades inmobiliarias y en los derechos de copropiedad sobre los bienes comunes.
 - c. Por la vinculación LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA no adquieren el carácter de FIDEICOMITENTES ni de BENEFICIARIOS, por tanto no participarán en los excedentes o en las pérdidas que resulten al momento de liquidar EL FIDEICOMISO ni a ningún otro derecho u obligación, ni a intervenir en las deliberaciones y decisiones sobre el mismo.
5. EL CONSTITUYENTE tiene la intención de vincularse como BENEFICIARIO DE ÁREA del mencionado FIDEICOMISO, con miras a que a la terminación del PROYECTO, LOS BENEFICIARIOS le hagan entrega material de las unidades inmobiliarias que más adelante se identifican, y que LA FIDUCIARIA le efectúe la transferencia de las mismas en los términos y condiciones previstas en el presente contrato. Por tanto, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente documento, lo convierten en BENEFICIARIO DE ÁREA con los derechos que en su favor se estipulan en el contrato de fiducia que dio lugar al FIDEICOMISO XXXXXXXX, cuyo texto declara conocer y aceptar EL BENEFICIARIO DE ÁREA por la suscripción del presente documento.
6. En razón a que LOS BENEFICIARIOS contraen para con EL CONSTITUYENTE y/o BENEFICIARIO DE ÁREA las obligaciones propias relacionadas con EL PROYECTO, y éste contrae para con aquéllos la obligación de entregar a LA FIDUCIARIA las sumas de dinero acordadas con LOS BENEFICIARIOS por la vinculación, éstos y aquél suscriben también el presente contrato en el cual además de instruir a LA FIDUCIARIA de la vinculación, se reglamenta el cumplimiento de sus mutuas obligaciones.

Con base en los anteriores antecedentes, las partes convienen las siguientes cláusulas:

CLÁUSULAS

Primera. Objeto: El objeto de este contrato consiste en:

1) Que LA FIDUCIARIA, a través de EL FIDEICOMISO, administre los dineros que EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a entregar con base en el plan de pagos y reglas que se señalan en el parágrafo de esta cláusula, y los mantenga temporalmente invertidos en la CARTERA COLECTIVA ABIERTA - XXXXX.

2) Que cumplidas las condiciones dentro del plazo previsto en la cláusula segunda siguiente, transfiera a EL FIDEICOMISO, por cuenta de EL CONSTITUYENTE, los dineros entregados los cuales se imputarán al valor de los inmuebles a los cuales se vincula EL CONSTITUYENTE. Los rendimientos producidos no harán parte del citado valor y serán de propiedad de LOS BENEFICIARIOS.

PARÁGRAFO. PLAN DE PAGOS Y REGLAS.

I. PLAN DE PAGOS:

II. NORMAS QUE REGULAN ESTE PLAN DE PAGOS:

1. Los pagos que efectúe EL BENEFICIARIO DE ÁREA serán aplicados en primer lugar al pago de los intereses que tenga pendientes de cancelación, los excedentes se abonarán al valor adeudado.
2. Los pagos deberán ser entregados a LA FIDUCIARIA directamente o en las oficinas de XXXXX. con cheque no negociable girado a favor de LA FIDUCIARIA S.A. o a través del servicio de recaudo.
3. El incumplimiento en los pagos dará derecho a LA FIDUCIARIA para exigir judicial o extrajudicialmente, y con la sola presentación de este documento, las sumas adeudadas, junto con sus intereses, sin perjuicio de las demás acciones y facultades que tenga o pueda ejercitar contra EL BENEFICIARIO DE ÁREA, o las que pueda adelantar LOS BENEFICIARIOS en su contra, de acuerdo con lo previsto en este contrato de encargo
4. Cuando EL BENEFICIARIO DE ÁREA de este contrato incumpla con los pagos previstos anteriormente, sin perjuicio de lo señalado más adelante, se causarán intereses a la tasa comercial de mora más alta permitida por la ley, los que una vez recibidos incrementarán este encargo, pero no harán parte del valor del (de los) inmueble(s) al (a los) cual(es) se vincula.
5. NORMAS RESPECTO A LA SUMA DE DINERO REPRESENTADA EN LOS BIENES INMUEBLES ENTREGADOS EN PAGO SEGÚN EL LITERAL B:
 - a. Respecto a la suma de dinero representada en los inmuebles mencionados, como EL BENEFICIARIO tiene la facultad de enajenarlo(s) y para lo cual por conveniencia recíproca entre LOS BENEFICIARIOS y EL BENEFICIARIO DE ÁREA este último se obliga a celebrar, concomitantemente a este encargo fiduciario, una promesa de compraventa cuyo objeto sea(n) dicho(s) inmueble(s), se aclara expresamente que no es función de LA FIDUCIARIA, ni adelantar actividades para la venta del (de los) inmueble(s), ni el control de la entrega de los recursos que resulten de la enajenación, cuya responsabilidad recae única y exclusivamente en LOS BENEFICIARIOS quienes entregarán dichos recursos a EL FIDEICOMISO, cuando el flujo de caja de EL PROYECTO lo requiera o cuando se reciba su precio, aunque el flujo de caja no lo requiera.
 - b. LOS BENEFICIARIOS manifiestan y EL BENEFICIARIO DE ÁREA así lo acepta, que si el (los) inmueble(s) se enajena(n) por un mayor valor al establecido en el literal B del plan de pagos, el mayor valor será para LOS BENEFICIARIOS. Igualmente que si el (los) inmueble(s) se enajena(n) por un menor valor al establecido en el literal B del plan de pagos, la diferencia será asumida por LOS BENEFICIARIOS, quienes deberán aportarla a EL FIDEICOMISO cuando el flujo de caja de EL PROYECTO lo requiera.

- c. Si durante el término de ejecución del proyecto, LOS BENEFICIARIOS no han enajenado el(los) inmueble(s) recibido(s) en pago, su valor será asumido por LOS BENEFICIARIOS, quienes deberán aportarlo a EL FIDEICOMISO cuando el flujo de caja de EL PROYECTO lo requiera o cuando se reciba su precio, aunque el flujo de caja no lo requiera. EL BENEFICIARIO DE ÁREA deberá otorgar la escritura de enajenación en favor de LOS BENEFICIARIOS, a más tardar el mismo día en que LA FIDUCIARIA otorgue a su favor la escritura de transferencia a título de beneficio de las unidades a las cuales se vincula.
 - d. EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a transferir el (los) inmueble(s) indicado(s) en el literal B del plan de pagos, libre(s) de gravámenes y limitaciones al dominio y se obliga a sanear todos los vicios, nulidades o condiciones que LOS BENEFICIARIOS le indiquen que afectan la titulación y/o la tenencia del (de los) mismo(s).
 - e. En el evento en que EL BENEFICIARIO DE ÁREA no pueda dar cumplimiento a su obligación de sanear los vicios, nulidades o condiciones que tenga la titulación y/o tenencia del (de los) inmueble(s) mencionado(s) en el literal B, en un plazo que no excederá de treinta (30) días calendario contado a partir del momento en que LOS BENEFICIARIOS le indiquen su existencia, éstos podrán dar por terminado o resuelto el presente contrato, lo cual le deberá ser notificado por escrito tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, sin que haya lugar a penalización alguna, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de tal notificación. En este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de las unidades a las cuales se vincula, éste deberá restituirla(s) simultáneamente a la devolución que se le haga de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas en un fondo abierto a su nombre en el fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA. Sin perjuicio de lo anteriormente expresado, si la terminación de este contrato por la causa anteriormente expresada, llegare a producirse por negligencia o culpa de EL BENEFICIARIO DE ÁREA, LOS BENEFICIARIOS podrán cobrar además la cláusula penal pactada más adelante.
6. RESPECTO DEL PRODUCTO DEL CRÉDITO AL QUE SE REFIERE EL LITERAL C:
- a. Para pagar la suma descrita en el literal C del plan de pagos, EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a solicitar en un plazo de quince (15) días calendario contados a partir de la fecha en que LOS BENEFICIARIOS así se lo requieran por escrito, un crédito ante una entidad financiera, que en caso de ser aprobado total o parcialmente se entenderá pagado en el momento en que se haga efectivo el desembolso o la subrogación por parte de dicha entidad a favor de EL FIDEICOMISO. La solicitud de crédito deberá presentarse en el formulario que la mencionada entidad tiene para ello y deberá acompañarse de todos los documentos exigidos por ésta, siendo un trámite de absoluta responsabilidad de EL BENEFICIARIO DE ÁREA. Transcurrido el plazo sin que EL BENEFICIARIO DE ÁREA haya presentado la solicitud de crédito en la debida forma, LOS BENEFICIARIOS podrán a su elección: A) Cobrar a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, a partir del vencimiento del plazo, intereses mensuales liquidados a la tasa comercial de mora más alta permitida por la ley sobre la suma descrita en el literal C, evento en el cual conservarán vigencia los derechos y obligaciones derivados del presente contrato. O, B) Requerir por escrito a EL BENEFICIARIO DE ÁREA para que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes cumpla con su obligación de solicitar el crédito, de manera que si dentro de este último plazo no cumple con dicha obligación, LOS BENEFICIARIOS podrán dar por terminado o resuelto el presente contrato, lo cual le deberá ser notificado por éstos por escrito tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA, como vocera del

FIDEICOMISO XXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de tal notificación. En este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de las unidades a las cuales se vincula, éste deberá restituirla(s) simultáneamente a la devolución que se le haga de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas en un fondo abierto a su nombre en el fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA.

- b.** EL BENEFICIARIO DE ÁREA declara conocer todos los requisitos exigidos por la entidad financiera en mención para la presentación y aprobación de la solicitud de crédito en forma tal que si ésta negare el préstamo, esta negativa no podrá atribuirse en ningún caso a omisión, falla, negligencia, demora o acto alguno imputable a LOS BENEFICIARIOS.
- c.** Mientras se adelanta la tramitación del préstamo, EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a presentar en tiempo oportuno y dentro de los plazos que se señalen por la entidad financiera en mención, los documentos adicionales exigidos para la concesión del préstamo, como también a cumplir con los demás requisitos exigidos al efecto.
- d.** Si presentados todos los documentos y cumplidos todos los requisitos y transcurridos cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la fecha de la solicitud de crédito, la entidad financiera en mención no le otorga el crédito o se lo otorga parcialmente o no se pronuncia al respecto, y EL BENEFICIARIO DE ÁREA no allega en un plazo adicional de treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de la notificación en tal sentido, los recursos necesarios para cubrir el saldo del valor pactado, LOS BENEFICIARIOS requerirán por escrito a EL BENEFICIARIO DE ÁREA para que pague esta suma dentro de los treinta (30) días calendario siguientes. Transcurrido este plazo sin que EL BENEFICIARIO DE ÁREA haya cumplido con esta obligación, LOS BENEFICIARIOS podrán dar por terminado o resuelto el presente contrato, lo cual le deberá ser notificado por éstos por escrito tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, sin que haya lugar a penalización alguna, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de tal notificación. En este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de las unidades a las cuales se vincula, éste deberá restituirla(s) simultáneamente a la devolución que se le haga de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas en un fondo abierto a su nombre en el fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA. A pesar de lo antes previsto, LOS BENEFICIARIOS podrán dar por terminado este contrato y además hacer efectiva la cláusula penal estipulada más adelante, si la entidad financiera desistiere o negare el préstamo por una cualquiera de las siguientes causas:
 - Por falsedad, reticencia o ambigüedad en la información que EL BENEFICIARIO DE ÁREA presentó.
 - Porque EL BENEFICIARIO DE ÁREA no allegare en el tiempo oportuno los documentos adicionales que le fueron exigidos.
 - Porque EL BENEFICIARIO DE ÁREA esté reportado ante una o varias centrales que manejen o administren bases de datos del sector financiero, comercial, inmobiliario, etc.

- Porque EL BENEFICIARIO DE ÁREA adquiera con posterioridad a la fecha de este encargo, otras deudas que a criterio de la entidad financiera afecten su capacidad de endeudamiento.

- e. Si al momento del otorgamiento de la escritura pública de transferencia hay pendiente el pago de alguna parte del precio distinta a la suma descrita en el literal C del plan de pagos, EL BENEFICIARIO DE ÁREA estará obligado a asegurar el pago de dicho saldo con hipoteca sobre los inmuebles materia de este contrato, a favor de LOS BENEFICIARIOS.
 - f. Si pasados cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la fecha de la comunicación de la entidad financiera notificando la aprobación del crédito, la subrogación no se ha efectuado por causas imputables a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, LOS BENEFICIARIOS podrán hacer exigible por la vía ejecutiva el pago de la suma descrita en el literal C del plan de pagos y desde esa fecha cobrarán intereses de mora a EL BENEFICIARIO DE ÁREA sobre dicha suma, pudiendo además hacer efectiva la cláusula penal estipulada en la cláusula décima de este encargo de vinculación.
 - g. Si en la fecha en que de acuerdo con lo previsto en la cláusula cuarta de este encargo se entienda(n) entregado(s) el (los) inmueble(s), EL BENEFICIARIO DE ÁREA no ha pagado las sumas a las que se obliga en esta cláusula primera y decide solicitar un crédito para pagarlas, EL BENEFICIARIO DE ÁREA, previa aceptación del cambio en la forma de pago por parte de LOS BENEFICIARIOS, deberá pagar a éstos desde dicha fecha intereses de mora sobre dichas sumas, liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera para créditos de libre asignación.
 - h. Para garantizar a la entidad financiera que le otorgue el crédito, el pago de éste, EL BENEFICIARIO DE ÁREA deberá constituir en favor de aquélla hipoteca abierta de primer grado sobre los inmuebles señalados en la cláusula tercera, en la misma escritura por la cual se le transfiera su dominio.
7. LA FIDUCIARIA se reserva el derecho de verificar la procedencia y el origen de los fondos que ingresen al fideicomiso.
8. El presente contrato presta mérito ejecutivo para hacer exigibles las obligaciones de dar y hacer en él previstas.

Segunda. Condiciones para la entrega de recursos: LA FIDUCIARIA hará entrega al fideicomiso de los recursos cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que LOS BENEFICIARIOS hayan obtenido la licencia de urbanismo y construcción de la Segunda Etapa del Proyecto XXXXXXXXX, o en su defecto, que hayan enviado a LA FIDUCIARIA una carta de la autoridad competente, donde manifieste que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para la expedición de dicha licencia, encontrándose pendiente únicamente el recibo del pago de los derechos económicos para la obtención de la misma. En este caso, los primeros pagos solo serán para cancelar los impuestos que genere la licencia y los posteriores solo se harán una vez esté la licencia expedida.
- b. Que se hayan celebrado con LA FIDUCIARIA contratos similares a este, para un número no inferior a Treinta y Dos (32) apartamentos del total de inmuebles que integran las TORRES 3 y 2 que conforman la Primera y Segunda Etapa del Proyecto XXXXXXXX. EL CONSTITUYENTE declara conocer y aceptar que la determinación de este número de apartamentos es responsabilidad exclusiva de LOS BENEFICIARIOS.

Para el cumplimiento de las condiciones, se señala como plazo el día ____ de _____ de _____. Sin embargo, si dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha indicada EL CONSTITUYENTE no dispone de los recursos, el plazo se prorrogará por dos (2) meses más, esto es, hasta el 30 de noviembre de dos mil doce (2012). Si para esta última fecha señalada no se han dado las condiciones anotadas anteriormente, EL CONSTITUYENTE podrá disponer de los

recursos entregados a LA FIDUCIARIA en virtud de este contrato, el cual se entenderá terminado. Si se prevé que las condiciones se van a cumplir con posterioridad a la fecha prevista, y EL CONSTITUYENTE desea permanecer vinculado, será necesario que suscriba un Otrosí en tal sentido.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si EL CONSTITUYENTE solicita los recursos antes del plazo indicado mediante notificación escrita, LA FIDUCIARIA descontará de los dineros entregados a la misma, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total previsto en el parágrafo de la cláusula primera, los que serán entregados a LOS BENEFICIARIOS, y restituirá el excedente a EL CONSTITUYENTE, previa deducción de la comisión de LA FIDUCIARIA. Si las sumas descontadas a EL CONSTITUYENTE y entregadas a LOS BENEFICIARIOS no alcancen el veinte por ciento (20%) del valor total previsto en el parágrafo de la cláusula primera, EL CONSTITUYENTE deberá cancelar a LOS BENEFICIARIOS la diferencia dentro de los (15) días calendario siguientes a la fecha del vencimiento del plazo pactado en la presente cláusula, sin que sea responsabilidad de LA FIDUCIARIA su cobro. **PARÁGRAFO SEGUNDO: DEVOLUCIÓN POR VENCIMIENTO DEL PLAZO Y NO CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES:** Si vencido el plazo previsto en esta cláusula o de su prórroga, no se dan las condiciones allí establecidas, se procederá por parte de LA FIDUCIARIA a la devolución de los dineros entregados por EL CONSTITUYENTE, junto con sus rendimientos financieros, previa deducción de la remuneración fiduciaria y sin que se considere que ha habido incumplimiento de LOS BENEFICIARIOS. **PARÁGRAFO TERCERO: VINCULACIÓN:** Cumplidas las condiciones establecidas en esta cláusula, dentro del plazo previsto, EL CONSTITUYENTE se tendrá para todos los efectos, como un BENEFICIARIO DE ÁREA, con arreglo a los términos y condiciones del contrato de Fiducia que al efecto se celebró y dio origen al FIDEICOMISO XXXXXXXXX, y que a continuación se expresan. **PARÁGRAFO CUARTO:** A la fecha ya se transfirió al FIDEICOMISO el lote sobre el cual se construirá EL PROYECTO

Tercera. El beneficio: Se determina de la siguiente manera:

1. Lo que a EL BENEFICIARIO DE ÁREA ha de corresponder por todo concepto en razón de esta vinculación, le será cubierto exclusivamente mediante la transferencia del dominio y la posesión que le hará en su oportunidad LA FIDUCIARIA, como vocera de EL FIDEICOMISO, de los siguientes inmuebles, que harán parte integrante de la Segunda Etapa.

En la transferencia se entenderá incluido el porcentaje de copropiedad en las zonas comunes que le corresponda a los inmuebles antes señalados, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Propiedad Horizontal que se dicte para la Urbanización y sus adiciones.

2. Respecto a las unidades inmobiliarias:

- a. El apartamento tendrá un área privada construida aproximada de _____ metros cuadrados, que se calculó excluyendo las columnas, los muros comunes y los buitrones, y un área bruta construida será de _____ metros cuadrados, que se calculó incluyendo los buitrones, las columnas y los muros comunes. Se aclara expresamente que la nomenclatura asignada es provisional ya que la definitiva será la que asigne la Subsecretaría de Catastro del Municipio de XXXXXX. En el evento en que ésta no coincida con la antes indicada, le será informada por LOS BENEFICIARIOS o por la Gerencia del Proyecto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA.
- b. Los bienes a los que se vincula tendrán las características y especificaciones que aparecen en los anexos Nos. 1 y 2 de este contrato, los cuales se entienden que hacen parte integrante del mismo

3. Reformas: En el evento en que EL BENEFICIARIO DE ÁREA desee realizar reformas o mejoras en la unidad a la cual se vincula, requerirá autorización previa y por escrito de LOS BENEFICIARIOS, caso en el cual las partes suscribirán un otrosí al presente contrato, en el que regularán todo lo relacionado con las mismas. Se deja expresa constancia de que EL

BENEFICIARIO DE ÁREA acepta que tales reformas serán por su cuenta y riesgo, que las garantías otorgadas por LOS BENEFICIARIOS perderán su vigencia en los casos de reformas o modificaciones a los bienes que no hayan sido efectuadas por ellos y que acepta que la fecha de entrega pactada en este contrato pueda llegar a prorrogarse. Es entendido que LOS BENEFICIARIOS no están obligados a autorizar ninguna modificación o reforma en dicha unidad. Cuarta. Derechos y Obligaciones de LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA:

A. Derechos

1. Garantía sobre acabados de las unidades inmobiliarias: LOS BENEFICIARIOS garantizan a EL BENEFICIARIO DE ÁREA por un (1) año, contado a partir de la fecha de entrega de los inmuebles, los acabados y el buen funcionamiento de las mismas, obligándose a efectuar las reparaciones que ocurran en los acabados o instalaciones por hechos que sean de responsabilidad de LOS BENEFICIARIOS, previa comunicación escrita al respecto por parte de EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de conformidad con el procedimiento indicado en el manual del usuario o manual de funcionamiento que se le entregará el día de la entrega material del (de los) inmueble(s). De los detalles de acabado deberá dejarse constancia en el acta de entrega. Los aspectos relacionados con las zonas y bienes comunes, deberán tramitarse a través de la administración de la copropiedad.

Parágrafo primero: LOS BENEFICIARIOS concurrirán a la defensa de LA FIDUCIARIA si fuere reclamada o demandada por los eventos previstos en el parágrafo anterior, sin perjuicio de que LA FIDUCIARIA se reserve el derecho de repetir contra ellos, si fuere perseguida por razón de la responsabilidad que a éstos corresponda en virtud de lo estipulado.

Parágrafo segundo: El deterioro derivado del mal uso y/o mal mantenimiento de los bienes comunes que hayan sido entregados por LOS BENEFICIARIOS antes de que sean recibidos de manera definitiva por la comisión designada por la Asamblea de Propietarios para el efecto, será asumido por la copropiedad. Por lo tanto, en el momento del recibo definitivo no podrá argumentarse el deterioro de dichos bienes comunes como una razón para no recibirlos o para exigir su reparación por parte de LOS BENEFICIARIOS.

2. Entrega:

- a. La entrega material de los inmuebles a EL BENEFICIARIO DE ÁREA la efectuarán LOS BENEFICIARIOS durante el segundo trimestre de 2014; la fecha de entrega señalada está supeditada al cumplimiento por parte de EL BENEFICIARIO DE ÁREA en el pago de las cuotas a las que se obliga y que el crédito para el pago de la suma a la que se refiere el literal C. de la cláusula primera haya sido aprobado. En caso de que LA GERENCIA apruebe las reformas solicitadas por EL BENEFICIARIO DE ÁREA será requisito la definición de las reformas en las fechas que indique la gerencia y de su pago oportuno. Esta entrega se hará constar en acta debidamente suscrita por LOS BENEFICIARIOS y por EL BENEFICIARIO DE ÁREA.
- b. No obstante la estimación anterior, se pacta entre LOS BENEFICIARIOS y EL BENEFICIARIO DE ÁREA sin intervención alguna de LA FIDUCIARIA, un plazo de gracia de tres (3) meses calendarios adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo antes estipulado, para efectuar la entrega. Transcurrido el plazo de gracia sin que se hubiere efectuado la entrega, LOS BENEFICIARIOS deberán reconocer y pagar a EL BENEFICIARIO DE ÁREA durante un término máximo de tres (3) meses, a título de compensación por todos los perjuicios que pudieren sufrir en razón del retardo, una suma mensual equivalente al 0.5% del total de las sumas que EL BENEFICIARIO DE ÁREA haya pagado a EL FIDEICOMISO. Esta suma se considera por las partes completamente indemnizatoria.
- c. Pasado el tercer mes de estarse reconociendo por LOS BENEFICIARIOS la suma compensatoria sin que se produzca la entrega efectiva de los inmuebles, se entiende que hay incumplimiento de LOS BENEFICIARIOS, y EL BENEFICIARIO DE ÁREA podrá exigir la aplicación de la cláusula penal prevista más adelante, salvo en los eventos previstos más adelante.
- d. Si los inmuebles están listos para su entrega material y no se ha otorgado la escritura de

- transferencia del dominio de éstos, es facultativo para LOS BENEFICIARIOS realizar dicha entrega, la cual en el evento de tener lugar, se hará a título de mera tenencia.
- e. En el evento de que haya mora en el pago de las sumas de dinero a que se obliga EL BENEFICIARIO DE ÁREA, LOS BENEFICIARIOS podrán suspender la construcción de las unidades que le corresponden a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, sin que por ello se presente incumplimiento por parte de LOS BENEFICIARIOS, de LA FIDUCIARIA o de EL FIDEICOMISO.
 - f. Cuando los bienes estén terminados y listos para su entrega material, LOS BENEFICIARIOS lo harán saber por escrito a EL BENEFICIARIO DE ÁREA a la dirección suministrada por éste, quien deberá comparecer a recibirlos el día indicado en la carta de aviso, la cual se le entregará bajo recibo personal o se le enviará por correo certificado. La entrega material se hará constar en el acta suscrita por ambas partes, y en la misma se indicarán aquellos detalles de acabado que sean susceptibles de ser corregidos como garantía que otorgan LOS BENEFICIARIOS, sin que las observaciones que se hicieren al respecto, constituyan motivo para abstenerse de recibir los inmuebles o de pagar los dineros adeudados por EL BENEFICIARIO DE ÁREA, por cualquier concepto. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no se presentare a recibirlos o si presentándose no lo(s) recibiere, éste (os) se dará(n) por entregado(s) desde el día de vencimiento del plazo para presentarse a recibirlos, quedando las llaves del mismo a su disposición, en las oficinas de LA GERENCIA, cumpliendo así éstos su obligación de entregar. Parágrafo: Si los inmuebles están terminados y listos antes de la fecha estimada para su entrega material que consta en el literal a) se dará aplicación a lo previsto en este literal.
 - g. En el caso de ser autorizadas por LOS BENEFICIARIOS y efectuarse reformas a los inmuebles EL BENEFICIARIO DE ÁREA pactará con LOS BENEFICIARIOS, un plazo diferente para la entrega material, que dependerá del número y complejidad de las mismas. En este caso de reforma, los plazos mencionados en el literal b. anterior, empezarán a correr al final del plazo pactado por EL BENEFICIARIO DE AREA y LOS BENEFICIARIOS, para efectuar dichas reformas.
 - h. No habrá lugar a sanciones a cargo de LOS BENEFICIARIOS de ninguna naturaleza, cuando la mora en la entrega obedezca a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o a tardanza por causas imputables a las autoridades competentes en el recibo de la etapa o a las empresas prestadoras de servicios públicos en la instalación de los mismos.
3. Libertad de gravámenes: LOS BENEFICIARIOS garantizan que las unidades inmobiliarias cuyo dominio se transferirán a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, estarán al momento de la transferencia, libres de todo gravamen y limitación de dominio, con excepción de los inherentes al régimen de propiedad horizontal al que será sometida la Urbanización y de las servidumbres que consten en títulos anteriores o que se requieran para la conducción de las redes de servicios públicos. EL FIDEICOMISO podrá gravar el predio sobre el cual se desarrollará la Segunda Etapa de EL PROYECTO con hipoteca abierta en favor de una entidad financiera, gravamen que será desafectado por esta entidad en lo que hace relación al(a los) inmueble(s) señalado(s) en la cláusula tercera, en la misma escritura en que se transfiera a EL BENEFICIARIO DE AREA su dominio. Todos los gastos que se causen por esta desafectación serán de cargo de LOS BENEFICIARIOS.
 4. Saneamiento: LOS BENEFICIARIOS se obligan a acudir al saneamiento de los inmuebles que se transferirán a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, tanto por evicción como por vicios redhibitorios. LOS BENEFICIARIOS hacen suyas todas las obligaciones que por estos conceptos se deriven, relevando expresamente de ellas a LA FIDUCIARIA y al FIDEICOMISO.
 5. Cesión: EL BENEFICIARIO DE ÁREA podrá ceder en todo o en parte el presente encargo, previa aprobación de LOS BENEFICIARIOS y de LA FIDUCIARIA.

B. Obligaciones. El BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga, además de lo previsto en la ley y en otras partes de este contrato, a suscribir el Formato de vinculación que para el efecto exige la Superintendencia Financiera de Colombia, a aportar la documentación e informes allí indicados y a suscribir a favor de FIDUCIARIA S.A., FIDEICOMISO XXXXXXXXXX, un pagaré en blanco con carta de instrucciones, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. LA FIDUCIARIA podrá ceder este pagaré a LOS BENEFICIARIOS.

Quinta. Otorgamiento de la escritura pública: La escritura pública de transferencia de los inmuebles será otorgada por LA FIDUCIARIA como vocera de EL FIDEICOMISO, por LOS BENEFICIARIOS y por EL BENEFICIARIO DE ÁREA, en la oportunidad y en la Notaría que previamente y por escrito, informen LOS BENEFICIARIOS o la Gerencia del Proyecto, siempre y cuando:

- a. Se haya cumplido por EL BENEFICIARIO DE ÁREA con la entrega de los recursos a los cuales se obliga en virtud del presente contrato. No obstante lo anterior, LOS BENEFICIARIOS se reservan el derecho de exigir las garantías que considere necesarias sobre las sumas que EL BENEFICIARIO DE ÁREA adeude al momento del otorgamiento de la escritura.
- b. Haya sido terminada la obra por parte de LOS BENEFICIARIOS.
- c. Se encuentre registrado el reglamento de propiedad horizontal.

Parágrafo 1. Si cumplidas las anteriores condiciones, EL BENEFICIARIO DE ÁREA se negare a firmar la escritura de transferencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se le requiera para tal fin, EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a cancelar a favor de LA FIDUCIARIA una comisión de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (3 s.m.m.l.v.) pagadera mes vencido y por cada mes de retardo. Igual remuneración pagará si no solicita ante la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, el registro de la escritura de transferencia, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en la que ésta le sea entregada. El incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones, permitirá a LA FIDUCIARIA exigir su cumplimiento por vía ejecutiva, previo requerimiento escrito, para lo cual EL BENEFICIARIO DE ÁREA desde ahora autoriza y acepta que la certificación que en tal sentido expida el contador de LA FIDUCIARIA, sea prueba plena del monto de la obligación.

Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a la notaría en el plazo antes señalado a firmar la escritura pública, LOS BENEFICIARIOS lo requerirán por escrito para que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la comunicación cumpla con esta obligación, de manera que si dentro de este plazo no cumple con ella, LOS BENEFICIARIOS podrán dar por terminado o resuelto el presente contrato, lo cual le deberá ser notificado por escrito tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de tal notificación, sin reconocimiento de suma alguna por concepto de rendimientos o mejoras en los inmuebles, salvo que para ello hubiere obtenido autorización previa y escrita de LOS BENEFICIARIOS y previas las deducciones a favor de la Fiduciaria. En este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de las unidades a las cuales se vincula, éste deberá restituirla(s) simultáneamente a la devolución que se le haga de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas en un fondo abierto a su nombre en el fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA. Para este efecto, EL BENEFICIARIO DE AREA confiere mandato especial y expreso a LOS BENEFICIARIOS y a la Gerencia del proyecto, para que éstos, (conjunta o separadamente), abran en su nombre, el mencionado fondo de la cartera colectiva abierta

Parágrafo 2. LOS BENEFICIARIOS comparecerán en la escritura mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión de las unidades inmobiliarias señaladas en la cláusula tercera, para manifestar su conocimiento y aceptación del contenido de dicha escritura.

Sexta. Gastos de legalización: Los gastos notariales y el impuesto de registro (boleta de rentas)

que se generen por la escritura de transferencia a título de beneficio fiduciario de las unidades inmobiliarias, son por cuenta de LOS BENEFICIARIOS y EL BENEFICIARIO DE ÁREA por partes iguales; los gastos de inscripción en la Oficina de Registro de la escritura de transferencia del dominio son por cuenta exclusiva de EL BENEFICIARIO DE ÁREA.

Todos los gastos de constitución y cancelación de hipotecas sobre las unidades respecto de la cual se vincula EL BENEFICIARIO DE ÁREA (derechos notariales, impuesto de registro, derechos de registro, etc.), serán por cuenta de éste.

Los gastos de cancelación de la hipoteca en mayor extensión, si se hubiere constituido por EL FIDEICOMISO, son por cuenta de LOS BENEFICIARIOS.

Séptima. Otros Gastos: Serán de cargo de EL BENEFICIARIO DE ÁREA:

1. A PARTIR DE LA FECHA DE LA ENTREGA MATERIAL DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS. Los gastos que se causen por servicios públicos como energía, acueducto, alcantarillado, tasa de aseo, gas, etc.; por impuesto predial, por cuotas de administración ordinarias o extraordinarias, así como intereses del crédito o intereses de subrogación, si los hubiere.
2. DESDE LA FIRMA DEL PRESENTE CONTRATO: Todos los impuestos distintos al impuesto predial, las tasas distintas a la tasa de aseo, las contribuciones de valorización, bien sea de nuevas obras o de reajustes de las anteriores, y todas las demás contribuciones y gravámenes que sean establecidos, decretados y/o derramados por leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones u oficios emanados de cualquiera de los órganos del poder público o de cualquier entidad oficial y que recaigan sobre el(los) inmueble(s) objeto de este encargo. Si la contribución y/o el gravamen se derrama antes del desenglobe en la Secretaría de Catastro de Envigado, de la Segunda Etapa de EL PROYECTO, EL BENEFICIARIO DE ÁREA asumirá su pago de acuerdo con el porcentaje de copropiedad que de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal le corresponda al(a los) inmueble(s). Si la contribución y/o el gravamen se derrama con posterioridad al desenglobe, será de cargo de EL BENEFICIARIO DE ÁREA el pago de la tarifa individual que se le asigne al (a los) inmueble(s). Si por exigencia de alguna entidad pública, LOS BENEFICIARIOS se ven obligados a cancelar la totalidad de la contribución y/o del gravamen derramado, sin consideración a los plazos concedidos por la respectiva oficina de valorización, el valor del gravamen correspondiente al (a los) inmueble(s) objeto de este contrato, deberá ser pagado por EL BENEFICIARIO DE ÁREA a más tardar el día de la entrega material o del otorgamiento de la escritura pública, según lo que primero ocurra.

Octava. Declaraciones de EL BENEFICIARIO DE ÁREA. EL BENEFICIARIO DE ÁREA expresamente manifiesta conocer y aceptar lo siguiente:

1. Que LOS BENEFICIARIOS podrán adoptar cambios en EL PROYECTO con las debidas autorizaciones de las autoridades respectivas, en el evento de requerirse, y con las solas limitaciones impuestas por las normas urbanísticas, sin necesidad de obtener el “consentimiento” en tal sentido de EL BENEFICIARIO DE ÁREA, a menos que esos cambios alteren sustancialmente el diseño, la calidad y/o el área de las unidades señaladas en la cláusula tercera, y que le fueron presentados por LOS BENEFICIARIOS a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, los cuales éste último declara conocer y aceptar.
2. Que no es función de LA FIDUCIARIA el control de los cambios o modificaciones que pueda sufrir EL PROYECTO, pues los mismos son responsabilidad única y exclusiva de LOS BENEFICIARIOS.
3. Que sobre el lote sobre el cual se desarrolla la Segunda Etapa de EL PROYECTO, se dará cumplimiento a las obligaciones urbanísticas que para dicha etapa exijan las entidades municipales. También se dará cumplimiento en el lote de las futuras etapas a las obligaciones urbanísticas que deban cumplirse en él. Por lo tanto el área bruta del lote sobre el cual se construirá la Segunda Etapa y el área bruta del lote de la totalidad de la urbanización se disminuirá como consecuencia de la cesión o cesiones de cualquier clase, que deban efectuarse para el cumplimiento de dichas obligaciones.
4. Que EL PROYECTO XXXXXXXXXXXX se desarrollará en tres etapas que conformarán una unidad residencial administrada por un solo reglamento de propiedad horizontal Lo antes indicado no

implica compromiso alguno para LA FIDUCIARIA ni para LOS BENEFICIARIOS, en cuanto al desarrollo de las etapas futuras, las cuales podrán ser o no construidas, ni en cuanto a su concepción urbanística y arquitectónica, las cuales podrán ser modificadas. LOS BENEFICIARIOS conservarán plena libertad para determinar el número y tipo de bienes de dominio particular y consecuentemente, los bienes comunes que conformarán las etapas futuras del PROYECTO, con las solas limitaciones impuestas por las normas urbanísticas y de construcción y por las autoridades competentes del Municipio de XXXXXXX.

5. Que por ser un desarrollo por etapas, FIDUCIARIA S.A., como vocera del FIDEICOMISO XXXXXX, o la persona que eventualmente sea la propietaria del lote sobre el cual se proyecta desarrollar las etapas futuras adicionará posteriormente el reglamento de propiedad horizontal con la determinación del lote, con la descripción de los bienes de dominio particular en ella ubicados, con la indicación de los bienes comunes que se entregan con dichas etapas, y con la determinación de los coeficientes o porcentajes de copropiedad y de participación en las expensas comunes correspondientes a la totalidad de las etapas que existan. Dicha adición no constituirá una reforma al reglamento de propiedad horizontal, y, en consecuencia, no requerirá el consentimiento de los propietarios de la(s) etapa(s) existente(s), quedando plenamente facultada la propietaria del lote donde se desarrolle la segunda y tercera etapa para efectuar tal adición.

Novena. Incumplimiento de EL BENEFICIARIO DE ÁREA. Sin perjuicio de las causales de terminación o resolución previstas en otras cláusulas de este contrato, en el evento en que EL BENEFICIARIO DE ÁREA incurra en mora superior a sesenta (60) días en la entrega de los recursos o en las demás obligaciones que se generan a su cargo en virtud de este contrato, sin perjuicio de la posibilidad de cobro de intereses moratorios, LOS BENEFICIARIOS podrán, previo requerimiento .por escrito a EL BENEFICIARIO DE ÁREA para que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la comunicación cumpla con la respectiva obligación, dar por terminado o resuelto el presente contrato, lo cual le deberá ser notificado por escrito tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a LA FIDUCIARIA. LA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de tal notificación. En este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de las unidades a las cuales se vincula, éste deberá restituirla(s) simultáneamente a la devolución que se le haga de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas en un fondo abierto a su nombre en el fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA.

A partir de la fecha en que LOS BENEFICIARIOS le notifiquen a EL BENEFICIARIO DE ÁREA la decisión de considerar terminado o resuelto este contrato, quedarán LOS BENEFICIARIOS en libertad de vincular con relación a la(s) unidad(es) de que trata el presente contrato, a nuevos BENEFICIARIOS DE ÁREA.

Décima. Cláusula penal: El incumplimiento de LOS BENEFICIARIOS y/o de EL BENEFICIARIO DE ÁREA de la totalidad o de alguna o algunas de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a la parte que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir, para exigir inmediatamente a título de pena aplicable a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma de dinero equivalente al quince por ciento (15%) del total de las sumas que EL BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga a entregar a EL FIDEICOMISO. En el evento de incumplimiento de una parte, la otra deberá darle aviso por escrito para que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes proceda a cumplir lo que le corresponda. Si vencido este plazo persiste el incumplimiento, la parte que cumplió o se allanó a cumplir podrá exigir la suma antes pactada como cláusula penal. Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. El contratante que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir sus obligaciones, podrá demandar en caso de que el otro no cumpla o no se allane a cumplir lo que le corresponde, bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo. En ambos casos, juntamente con el cumplimiento o la resolución, tendrá derecho el contratante cumplido a pedir el pago de la pena, tal como lo permite el artículo 870 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO: Se exonerará a LOS BENEFICIARIOS y/o a EL BENEFICIARIO DE ÁREA del pago de la cláusula penal pactada en la presente cláusula, si el incumplimiento de sus obligaciones se ha generado por el acaecimiento de un caso fortuito y/o una fuerza mayor.

Décima Primera. Remuneración:

1. LA FIDUCIARIA tendrá derecho a la siguiente remuneración por sus servicios:
 - a. Por los recursos invertidos en la CARTERA COLECTIVA ABIERTA - XXXXXXXX tendrá derecho a la remuneración prevista en el reglamento de dicha cartera, el cual EL BENEFICIARIO DE ÁREA declara conocer.
 - b. Medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente más IVA, por el registro de cada cesión que solicite EL BENEFICIARIO DE ÁREA. No habrá lugar a este cobro, si la cesión se efectúa por motivo de la aprobación de un crédito de leasing habitacional.
 - c. Un (1) salario mínimo legal mensual vigente más IVA por registro de pignoraciones o promesa de hipoteca de los inmuebles a los que se vincula, pagadero por quien pignore su participación o prometa en hipoteca.
 - d. Si no se alcanza el punto de equilibrio mencionado o no se cumplen las otras condiciones en el plazo señalado, o EL BENEFICIARIO DE ÁREA desiste antes del vencimiento del plazo indicado, LA FIDUCIARIA deducirá la suma de medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente más IVA, al momento de hacer la devolución de los recursos a EL CONSTITUYENTE.
2. Las sumas antes previstas no incluyen los costos y gastos en los que incurra LA FIDUCIARIA con ocasión de la defensa judicial o administrativa de este encargo o de los bienes que lo conforman frente a terceros, aún después de su terminación, los cuales serán pagados por EL BENEFICIARIO DE ÁREA a LA FIDUCIARIA con la sola demostración sumaria de ellos, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que sean presentados para su pago. Transcurrido este término se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia Financiera para este concepto.

Décima Segunda. Vigencia: La duración del presente encargo será igual a la duración de EL FIDEICOMISO, excepto en los casos previstos en la cláusula siguiente.

Décima Tercera. Terminación: Este encargo terminará al cumplimiento del término pactado para su expiración o anticipadamente por las siguientes causas:

1. Por no cumplirse las condiciones de la cláusula segunda dentro de los términos allí pactados.
2. En el evento previsto en el párrafo primero de la cláusula segunda, esto es, que EL CONSTITUYENTE solicite los recursos antes del plazo indicado.
3. Cuando LOS BENEFICIARIOS decidan darlo por terminado o resuelto, por las causales previstas en las cláusulas primera, quinta, novena y décima séptima.
4. Por haberse cumplido plenamente su objeto.
5. Por la disolución de la entidad Fiduciaria.
6. Por aparecer reportado EL BENEFICIARIO DE ÁREA en la lista CLINTON y/o en la lista de la Oficina de Control de Activos en el Exterior (OFAC), o en cualquier lista para el control de lavado de activos, administradas por cualquier autoridad nacional o extranjera.
7. Por las causales previstas en la ley.
8. Por mutuo acuerdo suscrito entre las partes.

Décima Cuarta. Notificaciones: Para todos los efectos que se deriven del presente documento las partes convienen como domicilio del mismo la ciudad de Medellín y declaran que recibirán notificaciones en las siguientes direcciones, a menos que den aviso escrito a la otra, de un cambio en aquéllas: _____

Décima Quinta. Información a la CIFI: EL CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO DE ÁREA autoriza a Alianza o a quien represente sus derechos u ostente en el futuro la calidad de acreedor a reportar, procesar, solicitar y divulgar a la central de información del sector financiera -CIFI- que administra la asociación bancaria y de entidades financieras de Colombia, o a cualquier otra entidad que maneje o administre bases de datos con los mismos fines, toda la información

referente a su comportamiento como cliente de la entidad. Lo anterior implica que el incumplimiento de sus obligaciones se reflejará en las mencionadas bases de datos, en donde se consignan de manera completa, todos los datos referentes a su actual y pasado comportamiento frente al sector financiero y, en general, frente al incumplimiento de sus obligaciones. Para todos los efectos, EL CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO DE ÁREA conoce y acepta expresamente que los reportes y plazos se efectuarán de conformidad con las normas que al respecto sean incluidas en el reglamento de la CIFIN, y las normas legales que regulan la materia. Igualmente, EL CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO DE ÁREA manifiesta que conoce y acepta que la consecuencia de esta autorización será la consulta e inclusión de sus datos financieros en la central de información del sector financiero -CIFIN-, y demás entidades que manejen este tipo de información, por tanto, las entidades del sector financiero afiliadas a dichas centrales conocerán el comportamiento presente y pasado relacionado con el incumplimiento de sus obligaciones financieras.

Décima Sexta. Actualización de información: Para los fines previstos en la Ley EL BENEFICIARIO DE ÁREA y LOS BENEFICIARIOS se obligan a entregar información veraz y verificable y a actualizar sus datos por lo menos anualmente, suministrando la totalidad de los soportes documentales e información exigidos por Alianza al momento de la vinculación. Alianza queda facultada para dar por terminado el contrato, en caso de desatención a estos deberes.

DÉCIMA SÉPTIMA. Fallecimiento: Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA fallece, o de ser varios, uno de ellos fallece, LOS BENEFICIARIOS darán aviso por escrito al cónyuge sobreviviente y/o a los herederos de la existencia del presente contrato, al igual que a las demás personas que tengan la calidad de BENEFICIARIO DE ÁREA, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la fecha en que tenga conocimiento del fallecimiento. Si dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la comunicación, no se ha terminado el trámite de liquidación y adjudicación de la herencia, LOS BENEFICIARIOS podrán dar por terminado o resuelto este contrato, lo cual deberá ser notificado por éstos por escrito a LA FIDUCIARIA y a los sucesores de EL BENEFICIARIO DE ÁREA, quien desde ahora confiere mandato irrevocable a LA FIDUCIARIA para con base en lo dispuesto en el artículo 2195 del Código Civil consigne, en el fondo de cartera colectiva administrado por LA FIDUCIARIA, a nombre de EL BENEFICIARIO DE ÁREA fallecido (sucesión ilíquida), las sumas recibidas de éste a cuenta de este negocio, dentro de los treinta (30) días siguientes a tal notificación. En el evento en que sean varios LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA, LOS BENEFICIARIOS deberán además notificarles por escrito al vencimiento del plazo de cuatro (4) meses antes pactado, su decisión de dar por terminado o resuelto este contrato, y ALIANZA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, les devolverán dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de envío de tal notificación, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, siempre y cuando se acredite el porcentaje en que cada uno participó en este contrato, porque de no hacerlo deberán todos LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA distintos al fallecido, indicar por escrito a LA FIDUCIARIA dicha participación, obligándose solidariamente entre sí y exonerando a LA FIDUCIARIA, a EL FIDEICOMISO y a LOS BENEFICIARIOS de la responsabilidad por los porcentajes en los que se haga la correspondiente devolución. Si LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA distintos al fallecido no comparecen a recibir las sumas a devolver, éstas serán consignadas en un fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA, a nombre de éstos.

Comunicado al cónyuge sobreviviente y/o sucesores, así como a los restantes BENEFICIARIOS DE ÁREA, en el evento en que sean varios, la anterior decisión, quedan ALIANZA y LOS BENEFICIARIOS en libertad de vincular con relación a las unidades de que trata el presente contrato, a nuevos BENEFICIARIOS DE ÁREA.

Si dentro del término de cuatro (4) meses previsto en esta cláusula finaliza el trámite de liquidación y adjudicación de la herencia, LA FIDUCIARIA y LOS BENEFICIARIOS continuarán con este contrato, con el sucesor o sucesores a quién(es) se les adjudiquen los derechos y obligaciones que el causante tenía en virtud del mismo, salvo que éste(os) se encuentre(n) incurso(s) en alguna de las causales previstas en las normas relativas al sistema de administración de riesgos de lavado de activos o por aparecer reportado(s) en la lista CLINTON y/o en la lista de la Oficina de Control de Activos en el Exterior (OFAC), o en cualquier lista para el control de lavado de activos,

administradas por cualquier autoridad nacional o extranjera.

En caso de no continuar por esta razón el negocio con el sucesor o sucesores adjudicatario(s), LA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO XXXXXXXXX, o LOS BENEFICIARIOS, si EL FIDEICOMISO no tuviere recursos, devolverá las sumas recibidas de la manera indicada en esta cláusula. Comunicada por escrito al cónyuge sobreviviente y/o a los sucesores y a los restantes beneficiarios de área, de ser varios, esta decisión, quedan LA FIDUCIARIA y LOS BENEFICIARIOS en libertad de vincular con relación a las unidades de que trata el presente contrato, a nuevos BENEFICIARIOS DE ÁREA.

DECIMA OCTAVA. CONOCIMIENTO DE ESTE CONTRATO. EL BENEFICIARIO DE ÁREA manifiesta que:

1. Conoció este contrato con tres (3) días de antelación.
2. Que leyó todas las cláusulas de este contrato y ha entendido a cabalidad tanto el alcance de sus derechos como el de sus obligaciones, así como las consecuencias de su incumplimiento.
3. Que acepta todas las cláusulas de este contrato.

Para constancia de lo anterior se suscribe el presente documento en la ciudad de Medellín, en tres (3) ejemplares, a los _____ días del mes de _____ de 2.01__

EL CONSTITUYENTE O BENEFICIARIO DE ÁREA

LA FIDUCIARIA:

LOS BENEFICIARIOS:
