

La fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho comparado* (Primera parte)

*Real estate fiduciary projects
in Comparative Law
(Part One)*

por

EVA JIMÉNEZ PALMA

Profesora de Derecho Internacional Privado

RESUMEN: La fiducia inmobiliaria de construcción se caracteriza por recibir un dispar tratamiento en Derecho comparado. Cabe distinguir tres grupos o escenarios normativos diferentes: de un lado, aquellos sistemas jurídicos en los que está firmemente consolidada, como es el caso de numerosos ordenamientos latinoamericanos; en segundo lugar, aquellos sistemas

* Este trabajo constituye la primera parte que se publica con el título «La fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho comparado». Por razones metodológicas no puede ser abordada la materia en un único bloque. De ahí que se proceda a estructurar y dividir el trabajo en dos partes diferentes. En la primera parte, aquí presentada, se realiza una primera aproximación a la fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho latinoamericano (primer escenario normativo). En una segunda parte, necesariamente posterior y diferenciada, se examinará la viabilidad de la fiducia inmobiliaria de construcción en el contexto europeo, haciendo especial referencia a los potenciales problemas de validez y eficacia que puede plantear. Tanto en los países que regulan la fiducia con carácter general, como es el caso de Francia (segundo escenario normativo); como en sistemas jurídicos que aún no regulan la fiducia de forma general, como es el caso español (tercer escenario normativo).

jurídicos que no cuentan con una regulación especial para la fiducia de construcción pero que sí han regulado los negocios fiduciarios en general (y por tanto permiten el desarrollo de tales operaciones en el marco de dichas disposiciones generales); y un tercer grupo de Estados, que aún no han regulado la fiducia. Este trabajo se centra en el primer escenario. Se examinan los antecedentes históricos y la consolidación de la fiducia de construcción en América Latina; y, posteriormente, su funcionamiento y estructura, haciendo especial referencia para ello a la figura colombiana, por constituir el ejemplo más significativo de la institución.

ABSTRACT: Real estate fiduciary projects are characterized by receiving disparate treatment in Comparative law. Three different groups or regulatory scenarios can be distinguished: on the one hand, those legal systems in which it is firmly consolidated, as is the case of numerous Latin American ones; secondly, those legal systems that do not have a special regulation for these transactions but do have regulated fiduciary arrangements in general (and therefore allow the development of such operations within the framework of the aforementioned general provisions); and a third group of States, which have not yet regulated the fiducia. This article focuses on the first scenario. The historical antecedents and the consolidation of the real estate fiduciary projects in Latin America are examined; and, subsequently, its functioning and structure, making special reference to the Colombian case, as it represents the most significant example of the institution.

PALABRAS CLAVE: Fiducia. Fideicomiso. Trusts. Derecho comparado. Proyectos inmobiliarios. Derecho latinoamericano.

KEY WORDS: *Fiducia. Fideicomiso. Trusts. Comparative Law. Real Estate Projects. Latin American Law.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA FIDUCIA CUM AMICO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO.—II. INFLUENCIA DE LOS COMMERCIAL TRUSTS: 1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: A) *Common law, civil law, mixed legal jurisdictions.* B) «*Trust*» vs. «*trusts*». C) «*Commercial trusts*» vs. «*Family trusts*». 2. LOS TRUSTS COMO INSTRUMENTOS INSPIRADORES DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS REGULADOS EN SISTEMAS JURÍDICOS DE DERECHO CIVIL DEL CONTINENTE AMERICANO.—III. CONSOLIDACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN EN AMÉRICA LATINA.—IV. FUNCIONAMIENTO Y ESTRUCTURA: ESPECIAL REFERENCIA A LA FIDUCIA INMOBILIARIA CO-

LOMBIANA: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 2. ETAPAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN: *A) Etapa preliminar. B) Etapa de desarrollo o ejecución. C) Etapa de liquidación.* 3. ESTRUCTURA INTERNA: *A) La fiducia inmobiliaria de construcción como una «operación contractual compleja». B) Entramado de relaciones jurídicas que presentan un nexo funcional entre sí: a) Contrato marco: contrato de fiducia inmobiliaria en sentido estricto. b) Contratos secundarios celebrados por el fiduciario en el marco de sus funciones.* 4. EL «CONTRATO DE FIDUCIA INMOBILIARIA» EN SENTIDO ESTRICTO: ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS: *A) Celebración del contrato: requisitos de forma y contenido: a) Previsiones generales de obligado cumplimiento. b) Autonomía privada y estandarización de contratos de fiducia inmobiliaria. B) Partes contratantes: delimitación subjetiva, derechos y obligaciones: a) Fiduciante. b) Sociedad fiduciaria. C) El papel de los beneficiarios. D) Objeto y naturaleza del contrato marco: el alcance de la transmisión de los bienes fiduciarios a debate. E) Patrimonio autónomo.*

—V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA *FIDUCIA CUM AMICO* EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Los orígenes de los esquemas fiduciarios actuales se remontan al Derecho romano clásico, donde la fiducia vino a colmar la escasez de formas contractuales típicas y su consecuente inadaptabilidad a las necesidades sociales, derivadas del carácter rigorista y formalista del sistema. Existe una vasta bibliografía que analiza los antecedentes históricos de esta figura¹. No se pretende realizar aquí un exhaustivo estudio de Derecho romano ni aportar nuevas luces sobre este terreno, pues excede de los objetivos de este trabajo. Únicamente serán referenciadas las cuestiones más destacables de la fiducia romana; en particular, aquellas relacionadas con la configuración de los esquemas fiduciarios inmobiliarios que se desarrollan en la actualidad.

El trasfondo histórico-social de la fiducia romana se encontraba en el concepto de *fides*, que cumplía una importante función en las relaciones jurídicas de esa época. Se trataba de un fenómeno ético social que se basaba en la «lealtad a la palabra dada». Todos los ciudadanos romanos se veían obligados en conciencia a cumplir lo prometido. Desde el punto de vista jurídico, la *fides* constituyía un «compromiso solemne» que, basado en la *bona fides negocial*, configuraba las relaciones jurídicas del pueblo romano como uno de los principios informadores del Derecho romano².

Según la distinción realizada por GAYO³, en Derecho romano clásico existían dos modalidades de fiducia: la fiducia con fines de administración (*fiducia cum amico*) y la fiducia con fines de garantía (*fiducia cum creditore*).

Mientras la primera modalidad, conocida también como «fiducia pura» o «fiducia gestión», tenía por objeto la transmisión de ciertos bienes para que quien los recibía los administrara de una forma determinada y los retransmitiera al fiduciante una vez cumplido el plazo o condición acordada; en la segunda, el objetivo consistía en entregar la propiedad del bien a fin de recuperarla una vez satisfecha la deuda garantizada.

De acuerdo con esta tradicional clasificación, la fiducia inmobiliaria de construcción se enmarca en la modalidad fiduciaria de administración, esto es, la que tiene por objeto la transmisión de ciertos bienes con el fin de que estos sean gestionados por el fiduciario y retransmitidos una vez cumplida la función encomendada. De ahí que en adelante centremos nuestro estudio en la fiducia de administración, excluyendo por tanto los esquemas fiduciarios que tienen finalidad de garantía.

La *fiducia cum amico* se configuraba como un negocio en virtud del cual el propietario de un bien (*res mancipati*) transmitía el mismo al fiduciario agregando un acuerdo (*pactum fiduciae*)⁴ por el que el fiduciario se comprometía a administrarlo bajo unas determinadas condiciones y a retransmitirlo al fiduciante una vez cumplida la obligación o el plazo acordado para ello. Esta institución buscaba, por tanto, transferir ciertos bienes al fiduciario para que este pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño (tales como la administración, la celebración de contratos, o la defensa contra el ataque de terceros, entre otros) con el fin de ponerlos a resguardo⁵. La propiedad de los bienes se transmitía a través de la *mancipatio* o la *in jure cessio*⁶. El *pactum fiduciae* determinaba las condiciones en las que procedería la retransmisión de la propiedad y el alcance de la *causa fiduciae*. La confianza en recobrar la propiedad era precisamente la razón de ser del negocio. No obstante, no llegó a configurarse como causa, pues se trataba de un negocio abstracto y formal. Para exigir la restitución de la *res mancipati*, el fiduciante disponía de la *actio fiduciae*. Al fiduciario, por su parte, le correspondía la *actio fiduciae contraria*. A través de estas acciones, los sujetos podían reclamarse recíprocamente el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

A pesar de las ventajas que presentaba, la *fiducia cum amico* fue suprimida tácitamente en la legislación justiniana por el *mandatum*, el *comodatum* y el *depositum*, que cumplían funciones similares (CÁMARA LAPUENTE, 2005, 242-275). Las estrictas fórmulas o formalismo de la *mancipatio* y la *in jure cesio* fueron reemplazadas por la *traditio*, que constituyó el modo causal y no formal de transmisión de la propiedad. La Compilación Justiniana no recogía la fiducia, pues aquella se basó en los grandes clásicos del Derecho romano en un momento en el que la fiducia había desaparecido del mismo. No quedaron más que las normas relativas al *fideicommissum* (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 8)⁷.

II. INFLUENCIA DE LOS COMMERCIAL TRUSTS

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

A) *Common law, civil law, mixed legal jurisdictions*

Los *trusts* suelen ser considerados como una institución única del *English law*. De hecho, representan probablemente el instrumento del que los *common lawyers* han estado siempre más orgullosos. Frecuentemente se han referido al mismo como su gran logro o su creación más original. Como una de las aportaciones más formidables del Derecho inglés a la cultura jurídica universal, a pesar de las dificultades que para ciertos juristas ha supuesto asimilarlo. Incluso algunos autores han llegado a afirmar que los *trusts* pueden ser la creación legal que los juristas civiles más han envidiado⁸.

Sin embargo, muchos *trusts* han sido establecidos en *non-English legal systems*, esto es, en ordenamientos de Derecho civil (*civil law jurisdictions*) y en sistemas jurídicos mixtos (*mixed legal jurisdictions*). Asimismo, debe tenerse en cuenta que en cada *common law jurisdiction* se conciben los *trusts* de un modo particular, compartiendo entre sí algunos puntos, pero difiriendo en otros.

El estudio de los *trusts* y de instituciones fiduciarias equivalentes ha constituido uno de los esfuerzos más destacables para entender las posibles diferencias existentes entre distintas familias jurídicas: *common law, civil law* y *mixed legal jurisdictions*. Así, es frecuente caracterizar tales instituciones en función del sistema jurídico en el que se localicen, esto es, según si se trata de un sistema rígido o cerrado o, por lo contrario, de un sistema abierto. Por ejemplo, considerar la propiedad como inequívoca, consolidada y absoluta conlleva, según parte de la doctrina, una difícil comprensión de la noción de *trust* y de su alcance (BRAUN, 2017, 121-149). Asimismo, ha supuesto entender generalmente que los elementos fundamentales de la institución angloamericana son contrarios a los principios básicos de la *civil law doctrine* (HANSMANN y MATTEI, 1998, 434-435). Por lo contrario, otros autores sostienen que el principio de *numerus clausus* de los derechos reales y la mayor parte de las razones que se esgrimen para mostrar las dificultades que presentaría la inserción del *trust* en los sistemas romano-germánicos parecen tan incomprendibles y arcaicos a los juristas angloamericanos como lo es la distinción entre el *common law* y la *equity* para los juristas continentales (GAILLARD, 1990, 305).

B) «*Trust*» vs. «*trusts*»

En Francia, Italia y otros países del ámbito continental se suele emplear el singular «*trust*», mientras que en inglés se utiliza el término en plural

«*trusts*». El ejemplo más significativo quizás lo constituya el Convenio de La Haya de 1985. En francés se titula *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. La versión inglesa, en cambio, lleva por título *Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (LUPOI, 2000b, 5-8)⁹.

¿Esta diferencia lingüística tiene alguna repercusión? Como sostiene M. LUPOI, emplear el término en singular o plural no es una cuestión baladí. El término en plural sirve para subrayar la polimórfica naturaleza de la institución. También sirve para destacar la multiplicidad de experiencias legislativas que han sido impulsadas desde una nueva dimensión, como consecuencia de la adopción de normas especiales en sistemas jurídicos mixtos y de Derecho civil (LUPOI, 2000b, 5-8).

No es conveniente, por tanto, hablar de «*trust*» en singular, pues existen numerosas modalidades de *trusts* en los sistemas jurídicos de *common law* (como Inglaterra, EEUU, Australia, Canadá o Nueva Zelanda) y en sistemas jurídicos mixtos (e.g. Escocia), y no hay un núcleo común único en todos ellos.

C) «*Commercial trusts*» vs. «*Family trusts*»

El concepto de *trusts* se desarrolló en Inglaterra principalmente en el contexto de las relaciones familiares y sucesorías, pero en las últimas décadas ha demostrado ser mucho más valioso y versátil en el contexto comercial y financiero (*commercial trusts*). De hecho, se estima que en el siglo XX menos del 10% de los *trust assets* estaban integrados en *family* y *charitable trusts* (HANSMANN y MATTEI, 1998, 435)¹⁰.

La utilidad de los *commercial trusts*, en virtud de los cuales los *trustees* gestionan bienes y derechos integrados en *trust funds* en beneficio de otros y protegidos de las reclamaciones de sus acreedores personales, se vio reflejada especialmente en aquellos supuestos en los que se trataba de ayudar a personas a recaudar fondos para una serie de proyectos que les beneficiaban tanto a ellos mismos como a quienes proporcionaban la financiación (ya fuera como inversores o como prestamistas —*money-lender*—) (HAYTON, 2002, 23-55)¹¹.

Este trabajo se centra en los *commercial trusts*. Entre las prácticas comerciales modernas más destacables, debemos hacer especial referencia a los «*building construction contracts*» (*retention trusts*). Los contratos estándar de construcción de edificios contienen una cláusula en virtud de la cual el *management contractor*, que emplea a varios contratistas de obras, establece un *retention trust fund* (HAYTON, 2002, 23-55)¹². Constituyendo una medida de seguridad para garantizar que la obra se complete correctamente y

que todas las partes intervenientes en el proyecto tengan cierta protección contra la insolvencia del *employer*.

2. LOS TRUSTS COMO INSTRUMENTOS INSPIRADORES DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS REGULADOS EN SISTEMAS JURÍDICOS DE DERECHO CIVIL DEL CONTINENTE AMERICANO

Los *trusts* del *common law* han inspirado la regulación de instrumentos fiduciarios en numerosos sistemas jurídicos de *civil law* latinoamericanos y europeos. En estos ordenamientos, las familias y las empresas han tenido las mismas necesidades que en países del *common law*, pero los vínculos estrechos con el Derecho romano y el impacto de los códigos basados en el Código napoleónico llevaron a que sus legislaciones se desarrollaran de manera poco sistemática¹³.

La necesidad de adoptar figuras jurídicas más funcionales y versátiles, que superasen la rigidez de otros negocios del *civil law* y que atrajesen la atención de inversores extranjeros, llevó a que se implementaran en esos sistemas jurídicos figuras inspiradas en los *trusts* que se venían utilizando en el ámbito comercial en Inglaterra y en Estados Unidos (CRUZ TORRES, 2018, 125-126; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 379 y 447).

El interés latinoamericano en los *common law trust* se remonta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con motivo de las negociaciones llevadas a cabo entre México y Estados Unidos, en el marco de las inversiones estadounidenses en líneas ferroviarias. Estas inversiones despertaron el interés por los *trusts*, hasta entonces ignorados por los ordenamientos jurídicos ajenos a los sistemas jurídicos anglosajones. Aunque no fue posible implementar esta institución tal cual, en América Latina se logró desarrollar una institución equivalente: el fideicomiso. De ahí que se afirme que el fideicomiso latinoamericano encuentra sus antecedentes directos en los *common law trusts* (GIRALDI, 1988, 11-14).

La primera norma que se adoptó en este sentido en América Latina fue la Ley panameña núm. 9 del 29 de enero de 1925, basada en un proyecto de ley sobre la institución del fideicomiso, preparado por Ricardo J. Alfaro. Sus estudios sobre la materia (así como los de Pierre Lepaulle) y la promulgación de la mencionada Ley propiciaron la propagación de esta figura por otros ordenamientos de la región (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 92-93).

Tan solo un año más tarde, en 1926, fue promulgada la Ley de Bancos de Fideicomiso en México, compuesta por 86 artículos divididos en cinco capítulos: (1) objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, (2) operaciones de fideicomiso, (3) departamento de ahorros, (4) operaciones bancarias de depósito y descuento y (5) disposiciones generales¹⁴.

En Colombia, el fideicomiso fue introducido primeramente por la Ley 45 de 1923, inspirada por el profesor Edwin Walter Kemmerer. El gobierno colombiano pretendía reorganizar el sistema financiero-bancario y contable del país. De ahí que promoviera una «misión de consejeros norteamericanos», capitaneada por el profesor Kemmerer, para que presentara una serie de recomendaciones. Estas fueron transformadas en distintas disposiciones legislativas, como la mencionada Ley 45 de 1923, que permitía que los bancos tuvieran secciones fiduciarias. El capítulo IV de dicho texto legal les facultaba para tomar, aceptar y desempeñar encargos fiduciarios de confianza que les fueran legalmente encomendados (BAENA CÁRDENAS, 2013, 67-68).

Posteriormente, se introdujo el fideicomiso en el Código de Comercio colombiano de 1971, cuyos artículos 1226 y siguientes regulaban la denominada «fiducia mercantil» con carácter general. Los integrantes de la comisión redactora del Código consideraron que la posición del fiduciario podía plantear ciertos problemas o incertidumbres. De ahí que decidieran «profesionalizar» la condición de fiduciario. Lo lograron con la Ley 45 de 1990, que eliminaba la posibilidad de que las entidades bancarias prestaran servicios fiduciarios. Sin embargo, se les autorizó a invertir en sociedades fiduciarias mediante las cuales se prestaban tales servicios. Dicha Ley establecía que las sociedades fiduciarias, como entidades de «servicios financieros», debían organizarse como sociedades anónimas subordinadas del respectivo banco matriz (BAENA CÁRDENAS, 2013, 68-69; CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, 2004, 11-24).

En Argentina, el contrato de fideicomiso también fue regulado. Particularmente, por la *Ley 24.441 de 1994 de financiación de la vivienda y la construcción*¹⁵. Los aspectos técnico-registrales sobre bienes inmuebles están regulados en la Disposición técnico-registral RPI 4/95 y en la Disposición técnico-registral RPI 1/97, dictadas por el Registro de la Propiedad del Inmueble el 18 de agosto de 1995 y el 30 de diciembre de 1997, respectivamente (ETCHEGARAY, 2008, 205-208).

III. CONSOLIDACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN EN AMÉRICA LATINA

Como se ha señalado anteriormente, la fiducia¹⁶ goza actualmente de gran aceptación en América Latina¹⁷. A partir de la rica experiencia mexicana —cuya Ley de fideicomiso de 1926 fue influida claramente por el Derecho anglosajón pero adaptada a los sistemas fundados en el Derecho continental europeo (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22)—, la institución fue incorporada progresivamente en la gran mayoría de las legislaciones la-

tinoamericanas (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 380-382). Tuvo que adaptarse a la situación económica y a las necesidades sociales de cada sistema jurídico, de ahí que su tratamiento e implementación presente características comunes¹⁸ y, a su vez, cuestiones propias en cada uno de los ordenamientos en los que se ha consolidado (LUPOI, 2000b, 271-272; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 371).

Destacan, sobre todo, las legislaciones de México, Colombia y Panamá. Aunque también fue incorporada en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La popularidad de esta institución se debió al hecho de que podía amoldarse a las necesidades de las partes. Les inspiraba certeza y seguridad —para sí y frente a terceros— en el desarrollo de las operaciones económicas que emprendían a través de la misma (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 371-372 y 452-453).

En particular, uno de los negocios fiduciarios que se generalizó en la práctica empresarial latinoamericana fue la «fiducia inmobiliaria de construcción»¹⁹. La complejidad del mercado inmobiliario llevó a que los modos tradicionales de construcción y adquisición de vivienda sufrieran importantes modificaciones. Traían consigo ciertas preocupaciones para los futuros adquirentes de vivienda, como la no finalización del proyecto, la existencia de defectos en la unidad inmueble o la insolvencia del promotor o constructor. Con el fin de minimizar tales riesgos, la ejecución o desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles mediante una figura especial denominada «fiducia inmobiliaria de construcción» ha alcanzado una actualidad indiscutible. Al tratarse de un negocio fiduciario, cuya característica fundamental radica en la confianza, tanto los promotores/constructores como los futuros compradores de las unidades inmuebles tienen la tranquilidad y seguridad de que un profesional experto (la sociedad fiduciaria) va a analizar la viabilidad técnica, económica y jurídica desde la primera fase del proyecto, administrando y controlando su ejecución hasta la entrega y escrituración de cada una de las unidades inmobiliarias.

En el caso colombiano, la fiducia inmobiliaria de construcción se desarrolló como solución a los problemas surgidos en las ventas sobre planos, en las que los adquirentes celebraban promesas de compraventa y se comprometían a pagar una cuota inicial y a continuar desembolsando la mayor parte del precio durante la ejecución de la obra, asumiendo los riesgos del incumplimiento de constructores que, de mala fe o de forma involuntaria, no concluyeran el proyecto e incumplieran su promesa de vender. Tales riesgos llevaron a que se asignara a la Superintendencia Bancaria (hoy «Superintendencia Financiera de Colombia» o «SFC») la vigilancia y el control de los planes de ventas de vivienda a plazos. Dentro de las medi-

das preventivas adoptadas, se acordó que no era posible celebrar promesas de compraventa ni recibir anticipos sin el permiso otorgado por la SFC, para lo que debían demostrar previamente la titularidad sobre el inmueble, aportar los estudios de factibilidad que indicaran la posibilidad de llevarlo a cabo, y haber desarrollado el proyecto en cierto grado (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 472-473).

En ese contexto surgió la posibilidad de acudir a una sección o sociedad fiduciaria con el objeto de constituir un fideicomiso inmobiliario, en virtud del cual se transfería a la fiduciaria un lote de terreno, que pasaba a integrar un patrimonio autónomo con el fin de llevar a cabo la construcción y enajenar finalmente las unidades inmuebles resultantes a los compradores interesados. Tal operación permitía diseñar acuerdos jurídicos con múltiples actores que tenían intereses distintos y a veces contrapuestos: propietarios de lotes de terreno que no tenían recursos ni la capacidad empresarial para acometer por su cuenta el desarrollo del proyecto; entidades financieras deseosas de proveer tales recursos; personas interesadas en la adquisición de viviendas en proceso de construcción pero que no estaban dispuestas a anticipar sumas de dinero al dueño del terreno ni al promotor sin la garantía de que tales recursos se fuesen a administrar adecuadamente, etc. Al encargarse de la recaudación de cuotas periódicas y del desarrollo progresivo del proyecto por etapas, no solo garantizaba la culminación de la obra, sino también la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 473-474 y 484)²⁰.

En buena parte de los sistemas latinoamericanos, el fideicomiso ha sido incorporado con carácter general en los Códigos de Comercio, en leyes bancarias o en otras leyes especiales. Salvo excepciones, no han sido reguladas con carácter especial las distintas modalidades fiduciarias, sino que han sido reconocidas por la doctrina o la jurisprudencia, o por disposiciones de naturaleza administrativa (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22):

i) En Colombia, por ejemplo, el régimen jurídico al que quedó sujeta la fiducia inmobiliaria fue el propio del contrato de fiducia mercantil consagrado en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio²¹. De ahí que estos preceptos hayan debido ser complementados necesariamente con otras disposiciones en materia de publicidad, de información, de calidad, idoneidad y seguridad. Resulta muy destacable el significativo papel que ha tenido la Superintendencia Financiera de Colombia en este punto. Las definiciones y precisiones que ha venido realizando a través de sus «circulares externas»²² han aportado un mejor conocimiento sobre la figura y ello ha ayudado a que esta se consolide en la práctica comercial del país (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22).

ii) El caso de Argentina, donde también se generalizó el fideicomiso inmobiliario de construcción, resulta igualmente ejemplificativo en este sentido. Aunque la *Ley 24.441 de 1994 de financiación de la vivienda y la construcción* no distingüía las distintas variantes del contrato de fideicomiso, la práctica empresarial desarrolló esquemas de modalidad inmobiliaria que quedaban amparados por las disposiciones generales que regulaban el fideicomiso (ETCHEGARAY, 2008, 113-114; MOLINA SANDOVAL, 2009, 467-470).

IV. FUNCIONAMIENTO Y ESTRUCTURA: ESPECIAL REFERENCIA A LA FIDUCIA INMOBILIARIA COLOMBIANA

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Se debe partir de la base de que la «fiducia inmobiliaria» es una modalidad de «fiducia de administración»²³. Como tal, responde a las notas características de esta. Se trata de una estructura jurídica en el marco de la cual el propietario-fiduciante le transmite al administrador-fiduciario la propiedad de uno o más bienes, para que los administre conforme a los términos estipulados²⁴.

Resulta complejo ofrecer un concepto universal de «fiducia inmobiliaria» o «fideicomiso inmobiliario». Estos términos, que suelen ser utilizados indistintamente en los países latinoamericanos, pueden abarcar diversas modalidades de mecanismos fiduciarios desarrollados en el sector inmobiliario²⁵. No obstante, en este trabajo se utilizará dicha expresión para hacer referencia exclusivamente a la «fiducia inmobiliaria de construcción»²⁶.

La Superintendencia Financiera de Colombia ha definido la «fiducia inmobiliaria de construcción» como aquella operación fiduciaria 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 un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato²⁷. Dicho concepto representa el modelo teórico más extendido, denominado «clásico» o «tradicional», que corresponde en lo básico a la suma de modalidades de fiducia inmobiliaria mencionadas en la Circular Básica Jurídica, esto es, a las modalidades de preventas²⁸, de administración y pagos²⁹ y de tesorería³⁰.

La doctrina latinoamericana afirma de forma generalizada que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes (constructores o promotores, en su caso) transmiten un lote de terreno y otros bienes al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada «sociedad fiduciaria») con el fin de que esta administre y gestione el completo desarrollo del proyecto

inmobiliario en los términos y plazos convenidos. Integrándose tales bienes en un patrimonio autónomo. Y retransmitiendo la sociedad fiduciaria, en la última fase de la operación, las unidades inmuebles resultantes, bien a título de beneficiario (a los fiduciarios o a otras personas designadas por ellos) o bien a título de compraventa (a terceros interesados en la adquisición de dichos inmuebles)³¹.

2. ETAPAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN

La denominada fiducia inmobiliaria clásica se suele constituir usualmente en tres etapas: (1) la etapa previa o preliminar, destinada a examinar la viabilidad técnica, jurídica y económica del proyecto, y a vincular a los futuros adquirentes de vivienda dispuestos a participar en dicha operación inmobiliaria; (2) la etapa de desarrollo, en la que se celebran los contratos de obra y suministros necesarios para ejecutar el proyecto de edificación, asumiendo la gestión fiduciaria la gestión de ello; y (3) la etapa de liquidación, en la que se procede a la entrega y escrituración de las unidades inmuebles resultantes y, finalmente, la correspondiente rendición final de cuentas, propia de los negocios fiduciarios (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 38-39).

A) *Etapa preliminar*

En esta primera etapa, conocida también como «fase de preventas», la sociedad fiduciaria, tras celebrar el correspondiente contrato de fiducia (en sentido estricto)³², y en virtud de este, tiene la obligación principal de promocionar el proyecto y recaudar el dinero necesario para su desarrollo. La fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación al proyecto inmobiliario y los administra conforme a las condiciones establecidas en el mismo³³.

Con esta etapa se trata de obtener el «punto de equilibrio comercial», con el que se trata de garantizar que el proyecto sea viable desde el punto de vista técnico, jurídico, económico y ambiental. Comprende la obtención de permisos municipales, la realización de los estudios de factibilidad y la elaboración de planos, la obtención de los compromisos o cartas de intención de las entidades financieras sobre el crédito que estarían dispuestas a otorgar al proyecto, la preparación y evaluación del presupuesto general y del flujo de caja, etc. Todo ello con el fin de obtener el denominado «punto de equilibrio comercial», garantizando un número mínimo de compradores

que aseguren la recuperación de los gastos del proyecto (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 474-475).

De otro lado, se celebran los correspondientes negocios jurídicos entre la sociedad fiduciaria y las personas interesadas en la adquisición de unidades inmuebles resultantes del proyecto. Tales negocios pueden ser de dos tipos: «negocios fiduciarios de preventas» o «negocios de participaciones fiduciarias».

En cuanto a los «negocios fiduciarios de preventas», estos tienen por objeto la recaudación de los recursos necesarios a través de la vinculación de las personas interesadas en adquirir uno o varios de los inmuebles que serán construidos. Como dispone expresamente la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Básica Jurídica, resulta fundamental que en el contenido de tales contratos haya suficiente claridad e información acerca del objeto y la finalidad del negocio fiduciario, de los recursos recibidos del adquirente de la unidad inmobiliaria, del responsable de la construcción del proyecto, del alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria, del estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto, de la calidad en que la sociedad fiduciaria transfiere las unidades inmobiliarias, etc.³⁴. Asimismo, se dilucidará si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos; si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio; cuáles serán las causas y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria; la identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario; los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario, etc. Adicionalmente, siempre que los acuerdos en los que se fundamenten las preventas constituyan contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tal y ser sometidos previamente a autorización de la SFC³⁵.

De otro lado, los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, deben contener información sobre: «las etapas y riesgos del proyecto; el número total de participaciones fiduciarias a comercializar, con la indicación de las participaciones que a la fecha de vinculación del inversionista se hayan transferido; la identificación del promotor y constructor; si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones; la posición contractual que adquiere con su inversión el adquirente de las participaciones, así como sus derechos y obligaciones; el valor de las participaciones fiduciarias previsto en el contrato de fiducia y el valor de comercialización de las mismas; la indicación clara y expresa de que la participación fiduciaria no garantiza rentabilidad, está sujeta a eventuales pérdidas, no da lugar al reconocimiento y pago de rentas vitalicias, ni se trata de un producto equivalente a una pensión de

jubilación; los eventos de salida o de terminación del contrato fiduciario; el estado en el que se encuentra el cumplimiento de las condiciones para el inicio de la fase de desarrollo o punto de equilibrio; los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituido»³⁶.

B) Etapa de desarrollo o ejecución

Una vez examinada la viabilidad del proyecto y alcanzado el «punto de equilibrio comercial», da comienzo la segunda etapa de la operación, denominada «fase de administración y pagos», en la que se lleva a cabo la ejecución material del proyecto (BAENA CÁRDENAS, 2017, 182; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 476-477).

En esta etapa, el fiduciante o fiduciantes transfiere(n) un lote de terreno a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas (bien a título de beneficio fiduciario o bien a título de compraventa). Todo ello en el marco del contrato de fiducia inmobiliaria celebrado entre ambas partes³⁷.

C) Etapa de liquidación

En esta última fase del proyecto, la sociedad fiduciaria se compromete a la transmisión y escrituración de las unidades inmuebles construidas. Además, se procede a la liquidación de todos los contratos celebrados con terceros, incluida la liquidación de los créditos contraídos, en su caso, con entidades financieras. Por último, la sociedad fiduciaria presenta la rendición final de cuentas, cuya importancia es incuestionable (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 477-478 y 481).

3. ESTRUCTURA INTERNA

A) La fiducia inmobiliaria de construcción como una «operación contractual compleja»

Actualmente, buena parte de los negocios celebrados se articulan jurídicamente como «operaciones económicas complejas», esto es, operaciones formadas por: un «contrato marco» o «contrato matriz» en el que se regulan

los aspectos de base del negocio (como las obligaciones de las partes) y varios «contratos secundarios o de ejecución» que se celebran generalmente en cumplimiento de las obligaciones pactadas en el primero (CEBRIÁN SALVAT, 2017, 334-338)³⁸.

Se trata, por tanto, de esquemas de negocio en los que los efectos de cada relación jurídica —individualmente considerada— inciden directa o indirectamente en las restantes³⁹. Existe conexión contractual en tanto que, desde la perspectiva económico-jurídica, los acuerdos no pueden ser considerados independientes (LÓPEZ FRÍAS, 1994, 282). Por tanto, la finalidad económico-social de la operación trasciende la individualidad de cada uno de los contratos y constituye la razón de ser de su unión⁴⁰.

Uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria de construcción es precisamente el relativo al fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual (BAENA CÁRDENAS, 2017, 38). La fiducia inmobiliaria de construcción (entendida en sentido amplio) constituye un «esquema» u «operación contractual compleja» que está compuesta (i) por un «contrato marco»: el «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto, celebrado únicamente por fiduciante y sociedad fiduciaria; y (ii) varios «contratos secundarios» o «contratos subyacentes» celebrados en el marco de dicha operación, necesarios para la consecución de la finalidad fiduciaria del esquema negocial.

Si los negocios fiduciarios plantean por sí mismos numerosos problemas —de validez y/o eficacia— en el tráfico interno de numerosos países, todo se complica aún más cuando presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico, como sucede usualmente con entramados fiduciarios de esta envergadura. Como se examinará más adelante, las operaciones contractuales complejas con repercusiones transfronterizas plantean numerosos problemas en sede de ley aplicable. De ahí que sea necesario hacer una primera aproximación a este fenómeno de conexidad contractual desde el punto de vista material.

B) Entramado de relaciones jurídicas que presentan un nexo funcional entre sí

Como se ha afirmado en el apartado precedente, la fiducia inmobiliaria de construcción (en sentido amplio), se caracteriza por la coexistencia de numerosas relaciones jurídicas, de distinta naturaleza, celebradas con profesionales de diferentes ámbitos. Formalmente, son independientes entre sí; pero, desde el punto de vista funcional, se configuran de forma que solo el conjunto de las relaciones jurídicas conduce a la consecución del objetivo perseguido. Esa relación de dependencia o conexidad implica que los contratos y su contenido se justifican con relación al contrato de fidu-

cia propiamente dicho, que se convierte así en la razón de ser de aquellos (BAENA CÁRDENAS, 2017, 39).

Concurren, por tanto, dos fines o funciones: uno individual, particular de cada una de las relaciones jurídicas celebradas en el marco de la operación; y otro global, común a todos los contratos agrupados, relativo al desarrollo del proyecto de construcción y adquisición de las unidades inmuebles resultantes⁴¹.

a) Contrato marco: contrato de fiducia inmobiliaria en sentido estricto

Como ya se ha tenido ocasión de afirmar, el contrato de fiducia inmobiliaria, en sentido estricto, constituye el contrato marco de esta operación compleja. Se trata de un contrato de fiducia entre el fiduciante del proyecto de construcción (usualmente, el promotor) y la sociedad fiduciaria, en virtud del cual se transfiere el inmueble en el que se desarrollará el proyecto y, en su caso, los planos, licencias y demás documentos necesarios para llevar a cabo el proyecto.

El carácter complejo de este negocio —en tanto que no solo origina la transmisión de un bien inmueble sino también una prestación de servicios fiduciarios de administración— no implica que estemos ante dos o más negocios jurídicos. Se trata, en cambio, de un negocio complejo o mixto.

b) Contratos secundarios celebrados por el fiduciario en el marco de sus funciones

Tales contratos secundarios son celebrados generalmente entre la sociedad fiduciaria —como encargada de la gestión del proyecto de construcción— y otros sujetos que intervienen indirectamente en la operación fiduciaria. Entre estos negocios accesorios, la doctrina especializada menciona comúnmente los contratos de vinculación, como contratos de consumo celebrados entre la sociedad fiduciaria y los beneficiarios; los contratos de opción de compra o contratos de promesa, que les vinculan con los futuros adquirentes de vivienda; los contratos de crédito celebrados con entidades financieras para financiar el proyecto; la propia contratación de la construcción con la empresa encargada de edificar los inmuebles; etc. (BAENA CÁRDENAS, 2017, 204-214).

4. EL «CONTRATO DE FIDUCIA INMOBILIARIA» EN SENTIDO ESTRICTO: ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

A) *Celebración del contrato: requisitos de forma y contenido*

a) Previsiones generales de obligado cumplimiento

En la fiducia inmobiliaria de construcción, suelen sucederse los siguientes actos jurídicos y negocios jurídicos: 1.) En primer lugar, se produce la celebración del contrato de fiducia propiamente dicho, en el que se especifica el objeto de la fiducia, los derechos y obligaciones de las partes, las facultades del fiduciario, su remuneración, el destino de los bienes fiduciarios al momento de finalización del proyecto, etc.; 2.) Consecuentemente, se procede a la escrituración de la transmisión del dominio, en la que se detallan todos los aspectos contractuales trascendentes para el desarrollo del proyecto inmobiliario, tales como el plazo, las facultades del fiduciario, su obligación de rendir cuentas, la necesidad o no de consentimiento para realizar ciertos actos jurídicos de trascendencia patrimonial, etc. Este acto tendrá trascendencia registral en tanto que se ha modificado la titularidad del bien. 3.) Por último, y como finalización de la operación, se transmite el dominio de las unidades inmuebles resultantes a favor de los beneficiarios de la operación fiduciaria y/o a favor de los adquirentes de las viviendas a título de compraventa (ETCHEGARAY, 2008, 114-115).

Debe tenerse en cuenta que las disposiciones que regulan los contratos de fiducia en los distintos sistemas latinoamericanos no contemplan requisitos de fondo y de forma particulares para cada una de las modalidades de fiducia existentes en la práctica comercial. La constitución de tales instrumentos fiduciarios, que deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes⁴², quedará sujeta por tanto a previsiones generales relativas a su redacción y presentación, a ciertas normas y principios de obligado cumplimiento, etc.

Entre otros extremos, se prevé que los contratos de fiducia deben ser redactados en términos sencillos, de modo que sean de fácil comprensión para los usuarios⁴³. La redacción debe reflejar con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas derivadas del contrato para las partes del mismo, independientemente de su posición contractual⁴⁴. Deben prever, al menos, (a) el objeto del contrato, esto es, las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocio fiduciario celebrado. De la lectura del objeto del contrato debe quedar clara la conveniencia y necesidad de la utilización del vehículo fiduciario; (b) los bienes fiduciarios⁴⁵; (c) las obligaciones y derechos de las partes⁴⁶; (d) la

remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión; y (e) la forma como se transferirán los bienes y activos del negocio.

b) Autonomía privada y estandarización de contratos de fiducia inmobiliaria

Como se ha señalado *supra*, no se contemplan normas especiales acerca de los requisitos de fondo y de forma exigidos para la constitución de la fiducia inmobiliaria de construcción. De ahí que la autonomía de la voluntad juegue un papel importante en los contratos fiduciarios celebrados en el marco de proyectos de construcción inmobiliaria⁴⁷.

El postulado de la autonomía de la voluntad, formulado en los siglos XVIII y XIX por la doctrina civilista francesa, se concibe como un poder que el Estado otorga a los particulares para autorregular sus intereses privados. La idea de que el contrato es obra exclusiva de la voluntad de los dos contratantes se ve desdibujada ante la posibilidad de que una de las partes, la más poderosa, imponga a la otra el contenido del contrato. Esto es especialmente importante en la contratación fiduciaria, en tanto que es evidente el proceso de estandarización que han experimentado los productos fiduciarios. Como se ha mencionado *supra*, los sistemas jurídicos tienden a regular únicamente cuestiones generales de los negocios fiduciarios, dejando que sean las partes quienes configuren el contenido del contrato. No obstante, la praxis contractual latinoamericana demuestra que solo excepcionalmente los contratos fiduciarios son negociados por ambas partes⁴⁸. En los restantes casos, la mayoría, los modelos de contratos fiduciarios que utilizan las fiduciarias son exactamente iguales para todos los potenciales fiduciantes. Corresponden a contratos cuyas condiciones generales han sido predispuestas previa y unilateralmente por las propias sociedades fiduciarias para fijar el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de las partes. Así, la autonomía de la voluntad privada se ha visto seriamente limitada a la aceptación o rechazo de la propuesta de negocio presentada por el fiduciario. Los potenciales fiduciantes difícilmente podrán acceder a los servicios fiduciarios que prestan las sociedades fiduciarias sin someterse a los modelos de contrato que estas predisponen (BAENA CÁRDENAS, 2017, 155-163).

B) *Partes contratantes: delimitación subjetiva, derechos y obligaciones*

En el esquema de «fiducia inmobiliaria de construcción», como sucede en cualquier otra operación fiduciaria, suelen identificarse al menos tres sujetos: fiduciante, fiduciario y beneficiario. No obstante, la relación

contractual o relación jurídica fiduciaria (contrato marco, en este caso) se celebra única y exclusivamente entre el fiduciante y el fiduciario (BAENA CÁRDENAS, 2017, 77). Solo son ellos quienes se obligan en el contrato de fiducia, sin perjuicio de los posibles efectos que la fiducia conlleva respecto de otros sujetos involucrados (beneficiarios, fideicomisarios, etc.), que son considerados terceros sobre los que el contrato de fiducia producirá efectos.

a) Fiduciantes

En términos generales, los «fiduciantes», también conocidos como «fideicomitentes» o «constituyentes», son las personas físicas o jurídicas que, a través de un contrato de fiducia, asumen el compromiso de transferir al fiduciario ciertos bienes de su patrimonio para afectarlos o destinarlos al cumplimiento de una determinada finalidad⁴⁹. En la fiducia inmobiliaria de construcción, en particular, los fiduciantes se comprometen a aportar la parcela o las parcelas de terreno sobre las que se desarrollará posteriormente el proyecto inmobiliario. En ciertos supuestos, también aportan las licencias, proyectos arquitectónicos y recursos necesarios para la construcción del complejo inmobiliario (BAENA CÁRDENAS, 2013, 77; MOLINA SANDOVAL, 2009, 27; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 229).

Existe la posibilidad de prever en los contratos de fiducia inmobiliaria distintas categorías de fiduciantes (ETCHEGARAY, 2008, 17-18)⁵⁰. Estos ocuparán la posición de beneficiarios cuando se haya acordado la adjudicación de un cierto número de unidades inmuebles, que variará en función del precio del terreno. Recibirán, en cambio, la cantidad de dinero que resulte de la recaudación de capital aportado por potenciales adquirentes de vivienda cuando no se haya acordado la adjudicación de ninguno de los inmuebles construidos (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 453-454 y 464). Durante la ejecución de la operación, también se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten otros bienes a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario (MOLINA SANDOVAL, 2009, 470-471; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 478).

Destacan los siguientes tipos de fiduciantes⁵¹:

- i) Los «fiduciantes iniciales o constituyentes», que celebran el respectivo contrato de fiducia inmobiliaria⁵² después de que haya sido garantizada la viabilidad jurídica, técnica y económica del proyecto en la primera fase del mismo. A su vez, esta categoría se puede dividir en: a) «Fiduciantes aportantes»: aquellos que transfieren, a título fiduciario, el terreno en el que se va a construir el proyecto inmobiliario⁵³; b) «Fiduciantes promotores»:

aquellos que diseñan, impulsan y financian el proyecto con recursos propios o ajenos para la posterior enajenación de los inmuebles a los terceros interesados en adquirirlos. Normalmente no contratan la construcción con terceros sino que son ellos mismos o una compañía de su grupo quienes aparecen implicados en la construcción; c) «Fiduciantes gerentes»: aquellos que gestionan el proyecto y supervisan su ejecución, es decir, quienes procuran que la construcción se ejecute con arreglo a las normas correspondientes, derivando esto en su potencial responsabilidad en aquellos supuestos en los que la falta de vigilancia, control e inspección de la construcción derive en una desviación o desajuste del proyecto; d) «Fiduciantes constructores»: aquellos que se encargan de adelantar la construcción del proyecto, lo que implica que los bienes fiduciarios se encuentran estrechamente relacionados con la ejecución del proyecto.

ii) Los denominados «fiduciantes adherentes», inversores o beneficiarios, interesados en adquirir los bienes inmuebles resultantes, que se vinculan o adhieren al contrato de fiducia propiamente dicho mediante contratos de vinculación⁵⁴.

b) Sociedad fiduciaria

En la fiducia inmobiliaria de construcción, el fiduciario o sociedad fiduciaria es la persona cualificada, profesional e independiente que se encarga de gestionar el completo desarrollo del proyecto de construcción. Al serle entregados los bienes fiduciarios, se le asigna la construcción de los edificios, que será realizada por sí mismo (cuando su capacitación profesional lo hiciere aconsejable) o por una empresa constructora contratada por él a tal efecto⁵⁵. Asimismo, en la última etapa de la operación, se ocupará de comercializar las unidades inmuebles resultantes.

En numerosos ordenamientos latinoamericanos la función del fiduciario se ha reservado a los bancos y otras entidades de naturaleza fiduciaria (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 29)⁵⁶. No obstante, esta solución no es universal⁵⁷. Como se ha comentado anteriormente, el ordenamiento jurídico colombiano restringió el acceso a la calidad de fiduciario, permitiendo que sean tales exclusivamente las sociedades fiduciarias autorizadas preceptivamente por la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁸.

A diferencia de otras instituciones financieras vigiladas por la SFC, las sociedades fiduciarias carecen de normas especiales que precisen cuál es el ámbito de las operaciones de su objeto social. No obstante, en el artículo 29 del Decreto Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante, EOSF) se enumeran las operaciones y negocios que tales sociedades pueden llevar a cabo⁵⁹.

Como se analizará *infra*, las obligaciones de las sociedades fiduciarias suelen ser las propias del arrendador de servicios. Lo verdaderamente característico del contrato de arrendamiento de servicios⁶⁰ es la actividad desplegada en pro de la consecución de un determinado fin. En los negocios fiduciarios, el fiduciario asume las respectivas obligaciones en calidad de experto de la gestión de negocios ajenos. El carácter profesional que ostentan las sociedades fiduciarias hace que la prestación fiduciaria sea una «prestación cualificada» (BAENA CÁRDENAS, 2013, 81-88).

La presencia de las sociedades fiduciarias asegura la recaudación de las cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto⁶¹. Les corresponde, como parte de sus deberes en este tipo de contratos, analizar los riesgos que involucra cada proyecto, celebrar contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación⁶².

En este sentido, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia establece que la sociedad fiduciaria, al decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe evaluar, valorar y verificar: (i) que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el cumplimiento de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones; (ii) que la tradición de los inmuebles no presenten problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes; (iii) que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o participe no comprometa la viabilidad del proyecto; (iv) que se encuentren dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores; (v) que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra; (vi) que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto; (vii) que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto; (viii) que se cuente, durante todas las etapas del proyecto inmobiliario según resulte aplicable en cada caso, con pólizas de seguro que amparen, por los menos, los riesgos de daños a la obra y los riesgos en la construcción, los daños a la maquinaria de la obra, los daños a terceros y los riesgos de responsabilidad civil⁶³.

Con la misma intención de proteger a los intervenientes en la operación fiduciaria, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia también prevé ciertos deberes de publicidad. En todos los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios,

debe informarse de manera expresa la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, de tal forma que para el adquirente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros a los que se circumscribe la labor fiduciaria. Las sociedades fiduciarias deben publicar en su página web: (i) los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de servicios de fiducia inmobiliaria aprobados por la SFC, con indicación de la fecha de aprobación; y (ii) la cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida la SFC. Igualmente deben garantizar que los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se expongan al público con carteles fácilmente visibles donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto⁶⁴.

C) *El papel de los beneficiarios*

Como su propio nombre indica, los beneficiarios son las personas, físicas o jurídicas, que reciben el beneficio o provecho resultante de un negocio fiduciario. En los supuestos de fiducia inmobiliaria de construcción, la condición de beneficiario puede recaer en los propios fiduciantes de la operación (en cuyo caso estaríamos ante una «superposición de roles»)⁶⁵ y/o en terceros interesados en adquirir, a título de compraventa, alguno de los bienes inmuebles construidos⁶⁶. En ambos casos, será la sociedad fiduciaria quien les transmita, en la última fase de la operación negocial, la propiedad de las viviendas y locales resultantes del esquema de fiducia que les corresponda.

Al contrario de lo que sucede con el fiduciante y con el fiduciario, no es requisito indispensable que los beneficiarios existan al tiempo en que se celebra el contrato fiduciario, puesto que tal condición puede recaer directamente en el propio fiduciante, o bien en un tercero⁶⁷. Lo que sí debe constar en dicho momento es la forma en la que tales beneficiarios serán designados en el futuro⁶⁸.

Usualmente, los beneficiarios firman contratos de opción de compra en la etapa inicial (denominada «fase de preventas») del proyecto. Entregan una cuota programada que oscila entre un 10% y un 30% del valor del inmueble que pretenden adquirir. De darse la imposibilidad de materialización del proyecto inmobiliario, se les restituirá las cantidades entregadas. Esta es una de las características que otorgan transparencia y seguridad a esta institución (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 37-39; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 454-455).

Es muy importante tener en cuenta que los beneficiarios que participan en la operación fiduciaria en calidad de terceros, esto es, cuando se trata de personas interesadas en la adquisición de unidades inmuebles a título de

compraventa, no ostentan la condición de parte contratante en el contrato marco (contrato de fiducia inmobiliaria propiamente dicho)⁶⁹. En cambio, cuando se trate de beneficiarios que ostentan igualmente la condición de «fiduciarios iniciales», sí serán partes contratantes en el contrato marco.

Mientras esté pendiente el cumplimiento de la finalidad del contrato de fiducia, los beneficiarios no tienen ningún derecho real sobre los bienes fiduciarios. Solamente son titulares de una expectativa de adquirir el dominio de algunos de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario. De ahí que sus acreedores no puedan perseguir tales bienes antes de la finalización de la operación fiduciaria, momento en el que le serán transmitidos los mismos a los beneficiarios⁷⁰.

D) Objeto y naturaleza del contrato marco: el alcance de la transmisión de los bienes fiduciarios a debate

Todo contrato de fiducia consiste en la transmisión de ciertos bienes (muebles y/o inmuebles)⁷¹ con fines de administración o bien con fines de garantía⁷². La fiducia inmobiliaria de construcción, como ya se ha mencionado anteriormente, es una modalidad de fiducia con fines de administración. En esencia, consiste en la transmisión de ciertos bienes con el fin de que la sociedad fiduciaria preste —en el marco del proyecto de construcción y posterior atribución de unidades inmuebles resultantes— determinados servicios de administración fiduciaria.

Al caracterizarse por esta doble circunstancia (de un lado, la transmisión de bienes inmuebles; y, de otro, la prestación de servicios de administración fiduciaria), la determinación de la naturaleza jurídica de estos negocios no es pacífica en la doctrina.

La doctrina mayoritaria sostiene que el negocio fiduciario es un negocio complejo, caracterizado por su doble juego de relaciones: está compuesto por un vínculo real, que incorpora todos los aspectos reales relativos a la transmisión de la propiedad fiduciaria, y que tiene efectos *erga omnes* una vez se cumplan las formalidades correspondientes⁷³; y un vínculo obligacional, relativo a los aspectos personales o internos del negocio, configurado por los derechos y obligaciones contractuales y legales que el fiduciario y el fiduciante han asumido. Esta conexión personal solo afecta a las partes, no a terceros (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 173-176). Con respecto a la vinculación entre ambas relaciones, hay distintas teorías. Algunos autores consideran que se trata de dos negocios autónomos (subordinado el obligatorio al real). Otros, en cambio, defienden que se trata de un solo negocio en el que, si bien hay un elemento real y otro obligatorio, sus efectos se influyen recíprocamente⁷⁴.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista funcional, el contrato marco es un contrato de prestación de servicios fiduciarios. El objeto de la fiducia de administración consiste en una actividad material del fiduciario: la prestación de un servicio consistente en administrar y/o enajenar los bienes fiduciarios en los términos estipulados contractualmente. Por ello se afirma que los negocios fiduciarios de administración son contratos de prestación de servicios⁷⁵. El objeto del contrato de fiducia lo constituye, por tanto, el servicio que el fiduciario deberá prestar de acuerdo con la finalidad del negocio. No se puede confundir, entonces, el objeto del contrato de fiducia (la prestación del servicio de que se trate) con los bienes (muebles o inmuebles) que se transmiten en el marco de dicho negocio⁷⁶.

E) Patrimonio autónomo

Como se ha afirmado anteriormente, la entrega de los bienes fiduciarios a la sociedad fiduciaria constituye un requisito indispensable, de forma que, si dicha entrega no se produce en el acto constitutivo, no podemos hablar válidamente de la celebración de un negocio fiduciario⁷⁷. Existe la posibilidad de que un contrato de fiducia por el que se produzca la transferencia de un bien inmueble se realice por instrumento privado, sin perjuicio de que cada adquisición se efectúe según las formalidades necesarias para la válida transmisión de la propiedad fiduciaria⁷⁸. La transferencia del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles, en función de la naturaleza de los bienes de que se trate. En el caso de inmuebles, se requiere la previa inscripción en el Registro de la Propiedad, de modo que no será oponible frente a terceros mientras no esté registrada⁷⁹.

Aunque el fiduciario adquiere la plena propiedad de los bienes fiduciarios, dicha titularidad jurídica se ve limitada por el contenido obligacional del contrato, esto es, por el cumplimiento de la finalidad del negocio fiduciario en cuestión. Tales bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fiduciante, pero no se integran en el patrimonio personal del fiduciario, sino que conforman un patrimonio especial, sin personalidad jurídica⁸⁰, denominado «patrimonio autónomo»⁸¹ o «patrimonio fiduciario»⁸².

Al integrarse los bienes en dicho patrimonio autónomo, se logra minimizar muchos de los riesgos que suelen presentar los proyectos de construcción inmobiliaria, como la no finalización de la obra, la insolvencia del promotor/constructor, o el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los adquirentes de las unidades inmuebles, entre otros⁸³. Esta impermeabilidad o aislamiento patrimonial constituye una de las principales ventajas de este negocio jurídico, pues los futuros adquirentes de vivienda tienen

la tranquilidad de que la finalización y éxito del proyecto inmobiliario no se va a ver truncado por las vicisitudes económicas que puedan sufrir los sujetos que intervienen en el esquema fiduciario (ESTRADA ALONSO, 2010, 105 y 109; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 203-211). Este queda desvinculado, por tanto, de los riesgos empresariales de aquellos (MOLINA SANDOVAL, 2009, 210).

Como dispone el artículo 1227 del Código Civil colombiano⁸⁴, el patrimonio fiduciario solo responde por las obligaciones contraídas en el marco de la actividad fiduciaria (MOLINA SANDOVAL, 2009, 83; RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 31). No se verá afectado, por tanto, por las deudas personales del fiduciario ni de cualquier otro interviniendo en el proyecto (BAENA CÁRDENAS (2017: 26-29); RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 139-140 y 172-173).

Salvo situaciones excepcionales en las que las partes hayan actuado en fraude de ley, los bienes que integran el patrimonio de afectación se encuentran exentos, inmunes, a las reclamaciones de los acreedores del fiduciario, del beneficiario, del fiduciante y del resto de sujetos que intervienen en la operación fiduciaria (ETCHEGARAY, 2008, 27 y 34; MOLINA SANDOVAL, 2009, 245-262).

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. La fiducia goza actualmente de gran aceptación en América Latina. A partir de la rica experiencia mexicana —cuya Ley de fideicomiso de 1926 estuvo influida claramente por el Derecho anglosajón, aunque adaptada a los sistemas fundados en el Derecho continental europeo—, la institución fue incorporada progresivamente en la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Tuvo que adaptarse a la situación económica y a las necesidades sociales de cada sistema jurídico, de ahí que su tratamiento e implementación presente características comunes y, a su vez, cuestiones propias en cada uno de los ordenamientos en los que se ha consolidado. En particular, uno de los negocios fiduciarios que se generalizó en la práctica empresarial latinoamericana fue la «fiducia inmobiliaria de construcción». La complejidad del mercado inmobiliario llevó a que los modos tradicionales de construcción y adquisición de vivienda sufrieran importantes modificaciones. Traían consigo ciertas preocupaciones para los futuros adquirentes de vivienda, como la no finalización del proyecto, la existencia de defectos en la unidad inmueble o la insolvencia del promotor o constructor. Con el fin de minimizar tales riesgos, la ejecución o desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles mediante una figura especial denominada «fiducia inmobiliaria de construcción» ha alcanzado una actualidad indiscutible.

II. En esencia, la «fiducia inmobiliaria de construcción» es una modalidad de «fiducia de administración» (conocida también como «fiducia pura» o «fiducia gestión») cuyos antecedentes históricos se remontan a la *fiducia cum amico* del Derecho romano clásico. Resulta complejo ofrecer un concepto universal de esta institución. Se puede afirmar que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciarios (constructores o promotores, en su caso) transmiten un lote de terreno y otros bienes al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada «sociedad fiduciaria») con el fin de que esta administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario en los términos y plazos convenidos.

III. La entrega de los bienes fiduciarios a la sociedad fiduciaria constituye un requisito indispensable, de forma que, si dicha entrega no se produce en el acto constitutivo, no podemos hablar válidamente de la celebración de un negocio de fiducia inmobiliaria. Aunque el fiduciario adquiere la plena propiedad de los bienes fiduciarios, dicha titularidad jurídica se ve limitada por el contenido obligacional del contrato, esto es, por el cumplimiento de la finalidad del negocio fiduciario en cuestión. Tales bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fiduciante, pero no se integran en el patrimonio personal del fiduciario, sino que conforman un patrimonio especial, sin personalidad jurídica, denominado «patrimonio autónomo» o «patrimonio fiduciario».

IV. Uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria de construcción es el relativo al fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual. La fiducia inmobiliaria de construcción (entendida en sentido amplio) constituye un «esquema» u «operación contractual compleja» que está compuesta (i) por un «contrato marco»: el «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto, celebrado únicamente por fiduciante y sociedad fiduciaria; y (ii) varios «contratos secundarios» o «contratos subyacentes» celebrados en el marco de dicha operación, necesarios para la consecución de la finalidad fiduciaria del esquema negocial.

V. La relación contractual o relación jurídica fiduciaria (contrato marco, en este caso) se celebra única y exclusivamente entre el fiduciante y el fiduciario. Solo son ellos quienes se obligan en el contrato de fiducia, sin perjuicio de los posibles efectos que la fiducia conlleva respecto de otros sujetos involucrados en la operación, que son considerados terceros sobre los que el contrato de fiducia producirá efectos.

VI. En cuanto al objeto del contrato marco, debe partirse de la base de que todo contrato de fiducia consiste en la transmisión de ciertos bienes (muebles y/o inmuebles) con fines de administración o bien con fines de garantía. El objeto de la fiducia de administración consiste en una actividad material del fiduciario: la prestación de un servicio consistente en administrar y/o enajenar los bienes fiduciarios en los términos estipulados

contractualmente. Por ello se afirma que los negocios fiduciarios de administración son contratos de prestación de servicios. El objeto del contrato de fiducia lo constituye, por tanto, el servicio que el fiduciario deberá prestar de acuerdo con la finalidad del negocio. No se puede confundir, entonces, el objeto del contrato de fiducia (la prestación del servicio de que se trate) con los bienes (muebles o inmuebles) que se transmiten en el marco de dicho negocio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, R.J. (1920). *El Fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del Derecho inglés*, Panamá: Imprenta Nacional.
- BAENA CÁRDENAS, L.G. (2013). *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2017). *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BELLO KNOLL, S.I. (2013). *Fideicomiso público*, Buenos Aires: Marcial Pons Argentina.
- BOSCH CARRERA, A. (2005), La admisión en nuestro Derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos). En M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Barcelona: Bosch (565-600).
- BRAUN, A. (2017). The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts. En: M. Graziadei y L. Smith (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing (121-149).
- BUCKLAND, W.W. y MCNAIR, A.D. (1952). *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2005). Elementos para una regulación internacional del trust. En: S. Areal Ludeña y A.-L. Calvo Caravaca, (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid: Colex (242-275).
- (2006). Breve Compendio Geo-Conceptual sobre Trust. En: M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust, III Congreso de Derecho Civil catalán*, Madrid: Marcial Pons (25-52).
- CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, E. (2004). *Del «Trust» anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3.^a ed., Bogotá: Temis.
- CASTRESANA, A. (1991). *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid: Tecnos.
- CRUZ TORRES, Z. (2018). *El trust anglosajón y el derecho internacional privado: evolución y futuro*, Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, Repositorio institucional de documentos ZAGUAN.
- DE ARESPACOCHAGA, J. (2000). *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Madrid: Marcial Pons.

- ESTRADA ALONSO, A. (2010). *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica: proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- ETCHEGARAY, N.P. (2008). *Fideicomiso: técnica y práctica documental*, Buenos Aires: Astrea.
- FUENTESECA, C. (1997). *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch.
- FUENTESECA, M. (2016). *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid: Marcial Pons.
- GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. (1981), *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. (2020). *Derecho privado romano*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 (422-424).
- GIRALDI, P.M. (1988). *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires: Depalma.
- GÓMEZ BUENDÍA, M.C. (2006). La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución. En: M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust: III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid: Marcial Pons (157-172).
- HANSMANN, H. y MATTEI, U. (1998). The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis. *New York University Law Review*, núm. 73, 434-479.
- HAYTON, D. (2002). English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (23-55).
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). Los contratos internacionales de construcción «llave en mano». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 161-235.
- HERNANDO AGUAYO, I. (2020). *Fiducia: Estudio de Derecho Romano*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- JORDANO BAREA, J.B. (1959). *El negocio fiduciario*, Barcelona: Bosch.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona: Bosch.
- LUPOI, M. (2000a). The Development of Protected Trust Structures in Italy. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (85-94).
- (2000b). *Trusts: a comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MEDINA VANEGAS L.M. y VÁSQUEZ TORRES, J.A. (2014). *Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios*, Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- MOLINA SANDOVAL, C.A. (2009). *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires: Euros Editores.
- NAVARRO MARTORELL, M. (1950). *La propiedad fiduciaria*, Barcelona: Bosch.
- NÓRR, D. (1996). *La «fides» en el Derecho internacional romano*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- RODRÍGUEZ AZUERO, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 70, enero-abril, 7-55.

- (2017). *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia: Legis.
- RODRÍGUEZ PADILLA, M. (2019). *La inversión extranjera a través del fideicomiso inmobiliario para mitigar el déficit habitacional en la República Dominicana*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona.
- SÁNDOR, I. (2015). *Fiduciary property management and the trust. Historical and comparative law analysis*, Budapest: HVG-ORAC.
- STEWART BALBUENA, R. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*, Lima: Grijley.
- SMITH, T.B. (1976). Mixed Jurisdictions: Trusts, Fideicomissa and Trustlike Institutions. En: F.H. Lawson (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Structural Variations in Property law*, vol 6, Tübingen: Mohr (§262-267).
- WATERS, D. (2002). Convergence and Divergence: Civil Law and Common Law. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (59-84).

NOTAS

¹ Para mayor profundización sobre los antecedentes históricos de la fiducia y su evolución en distintos sistemas jurídicos, *vid.* entre otros, BOSCH CARRERA (2005: 565-600); FUENTESECA, M. (2016: 33-38); GIMÉNEZ-CANDELA (2020: 422-424); GÓMEZ BUENDÍA (2006: 157-172).

² Etimológicamente, el término fiducia proviene de *fides*, que significa fe o confianza. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE (2006: 25-52); *id.* (2005: 242-275). En palabras de este autor, «la *fides* impregnaba toda la vida romana, ya que se empleaba tanto en las invocaciones a los dioses como en las relaciones internacionales o en la interjección espontánea. Su incumplimiento se castigaba con la infamia, que comportaba graves consecuencias sociales y personales para quien traicionaba la confianza en él depositada»; CASTRESANA, (1991); DE ARESPACOCHAGA (2000); GARRIGUES DIAZ CAÑABATE (1981); JORDANO BAREA, (1959); NÓRR, (1996).

³ Instituciones, II, 60.

⁴ A diferencia del *fideicommissum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicaba un acuerdo *inter vivos* en el que constaba las obligaciones de las partes, como la de retransmitir los bienes llegado el plazo o las condiciones previstas.

⁵ Por ejemplo, cuando se daba el supuesto de que el propietario debía ausentarse para ir a la guerra, solía entregar sus bienes a un amigo de su entera confianza. Para ello, celebraban un contrato en el que se otorgaba a este poderes para que gozara del bien y lo protegiera como un buen *paterfamilias*. En dicho contrato se establecía en qué condiciones y plazos debía devolver los bienes. *Vid.* BOSCH CARRERA (2005: 565-600); FUENTESECA, M. (2016); IGLESIAS (2002); GARCÍA GARRIDO (1985).

⁶ En cualquier caso, se mantiene un profundo debate doctrinal acerca de si se producía o no la transmisión de la propiedad de los bienes fiduciarios. Algunos autores sostienen que mediante la fiducia no se producía traspaso de la propiedad del fiduciante al fiduciario, sino tan solo de la cosa (la cual quedaba bajo la potestad del fiduciario, quien no adquiría la propiedad de Derecho civil, sino el ejercicio fiduciario de la función dominical con una finalidad concreta, en base al *pactum fiduciae* o pacto de confianza. Para profundizar sobre la disparidad doctrinal existente en este punto, *vid.* DE ARESPACOCHAGA, (2000:17); GIMÉNEZ-CANDELA (1999: 449); GÓMEZ BUENDÍA (2006: 157-172); PANERO GUTIÉRREZ, (2000: 400).

⁷ Esto explica por qué numerosos tratadistas del Derecho romano (que partían del *Corpus Iuris Civilis*) solo se refieren al *fideicommissum* y no a las otras dos modalidades; y por qué los legisladores franceses que prepararon el proyecto de Código Civil eliminaron prácticamente toda referencia a las formas fiduciarias que en él se registraron (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 8).

⁸ *Vid.* BRAUN (2017: 121-149); BUCKLAND y MCNAIR (1952); HANSMANN y MATTEI (1998: 434-479); SÁNDOR (2015); SMITH (1976: 262-267).

⁹ Este autor aboga por la siguiente clasificación: «*English-model trust*», «*international-model trust*» y «*civil law model trust*».

¹⁰ El especial interés mostrado hacia los *trusts* e instituciones fiduciarias empleados en el contexto comercial, financiero y de los negocios se debe, probablemente, al hecho de que las legislaciones modernas (como la francesa o la luxemburguesa, entre otras) se han centrado en las figuras que se desarrollan en dicho ámbito patrimonial.

¹¹ Tales necesidades comerciales y económicas eran satisfechas en otros sistemas jurídicos usando figuras funcionalmente homólogas a los *commercial trusts*, como los fondos separados.

¹² En virtud del *retention trust fund*, se retiene un porcentaje de la cantidad certificada por el arquitecto (por ejemplo, un 3 o 5%). La mitad de esa cantidad se paga cuando el arquitecto expide el «*certificate of practical completion*» y la mitad definitiva cuando se expide el «*certificate of completion of making good defects*». «El empleador está obligado a pagar hasta el 5% de los pagos adeudados en una cuenta de representante o parte interesada en una institución financiera, y cuando el trabajo del constructor haya recibido la aprobación final, el saldo de la cuenta se liberará al constructor, protegiendo así al constructor contra el empleador. Alternativamente, el constructor debe otorgar una garantía del 5% del precio del contrato, respaldada por una fianza, o brindar una garantía bancaria. Por lo tanto, se brinda protección de facto al empleador».

¹³ Tras la celebración del Convenio de La Haya de 1985, numerosos países europeos de Derecho civil, al igual que los latinoamericanos, también han tratado de homologar la figura. En el marco de la Unión Europea, donde la cooperación e integración económica y política son cada vez más estrechas, surgió la duda de hasta qué punto la legislación de los distintos Estados miembros debería converger. De hecho, se planteó si era posible la armonización del concepto de *trust* (propio de los países de *common law*) o si, por lo contrario, era incompatible con los conceptos jurídicos fundamentales de los países de *civil law*. Como se analizará *infra*, numerosos autores sostienen que la disparidad o incompatibilidad entre las jurisdicciones de *common law* y *civil law* ha sido exagerada. Argumentan que, de hecho, la separación de bienes (*asset segregation*) y demás particularidades de los *trusts* son perfectamente compatibles con los principios de *civil law*. *Vid.* LUPOI (2000a: 85-94); WATERS (2002: 59-84).

¹⁴ Las legislaciones de Panamá y México han sido las más consultadas, por ser las primeras en contemplar los fideicomisos y las que han servido de modelo o inspiración para los demás ordenamientos latinoamericanos. *Vid.* ETCHEGARAY (2008: 12-13); RODRÍGUEZ PADILLA (2019: 379-380); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 68-74).

¹⁵ Título I, titulado «Del Fideicomiso», compuesto por 27 artículos. Estas disposiciones han sido derogadas por el art. 3º inc. e) de la Ley N° 26.994 (B.O. 8/10/2014), en relación con el artículo 1º de la Ley núm. 27.077 (B.O. 19/12/2014).

¹⁶ En América Latina se suele emplear el término «fideicomiso» como sinónimo de fiducia o negocio fiduciario en general. Salvo mención expresa, por tanto, no se refieren al denominado «fideicomiso *mortis causa*» o «sustitución fideicomisaria». En este trabajo también se emplearán indistintamente los términos fiducia y fideicomiso.

¹⁷ En las figuras latinoamericanas, el soporte más representativo del fideicomiso está constituido por el negocio fiduciario, entendido este mayoritariamente como un «acto jurídico bilateral» o «contrato». *Vid.* RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 139-140 y 191): «En las legislaciones latinoamericanas parece clara la propensión mayoritaria a regular la

fiducia como un acto jurídico bilateral, como un contrato, perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, cuando se trata de un negocio constituido *inter vivos* (...). Dicho acuerdo de voluntades se produce entre el fiduciante y el fiduciario, de modo que el beneficiario tiene el papel de tercero y el fiduciante interviene a manera de quien contrata para otro, sin que pueda hacerse un símil absoluto entre ambas figuras». En el mismo sentido, STEWART BALBUENA (1996: 31). Debe aclararse que la única y verdadera modalidad de negocio fiduciario lo constituye la «fiducia mercantil»; excluyendo, por tanto, los denominados «encargos fiduciarios», en los que no se transmite la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 1.1).

¹⁸ Entre las características que suelen tener en común, destacan: la existencia de tres sujetos (fiduciante, fiduciario y beneficiario); la transferencia del dominio de los bienes al fiduciario; y la constitución de un patrimonio autónomo; afecto exclusivamente a las obligaciones propias del negocio.

¹⁹ RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 37-38): «La presencia de numerosos interesados, con intereses distintos y no pocas veces contrapuestos, logra conciliarse con ventaja cuando una entidad especializada soporta en su cabeza la titularidad del inmueble y ofrece, por consiguiente, plena seguridad de que existe un esquema equilibrado y profesional para que el contrato se desarrolle en la forma y términos que se hayan convenido».

²⁰ RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 473-474 y 484). En palabras de este autor, la fiducia inmobiliaria de construcción fortaleció el sector inmobiliario, dotó a los proyectos de independencia patrimonial al garantizar la aplicación de todos los recursos a la construcción de los mismos, garantizó los flujos de caja, y permitió crear grupos de interesados en la construcción de edificaciones eliminando así el riesgo de no encontrar compradores suficientes y en tiempo para vender las unidades resultantes.

²¹ Artículo 1226 del Código de comercio colombiano: «*La fiducia mercantil 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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.*

²² Estos actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad, pero carecen de virtualidad jurídica suficiente para ser consideradas como una disciplina orgánica reguladora de la denominada fiducia inmobiliaria. BAENA CÁRDENAS (2017: 25-31).

²³ En la fiducia de administración y, especialmente, en los denominados «fideicomisos de administración y pagos», la finalidad principal consiste en el desarrollo de operaciones comerciales; especialmente, de obras públicas o construcción. El contratante, público o privado, pone a disposición del fiduciario los fondos necesarios para el pago progresivo de la obra y este se compromete a ir haciendo los desembolsos correspondientes en función de los requisitos que se hayan señalado en el contrato como de previo cumplimiento para exigirlos. *Vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 32).

²⁴ En el clausulado del acuerdo celebrado por las partes se detallan sus derechos y obligaciones, las fechas en las que el fiduciario deberá rendir cuentas, la remuneración que este recibirá por los servicios prestados, etc. *Vid.* ETCHEGARAY (2008:105-107).

²⁵ Como se ha señalado en la Introducción de la Tesis, al delimitar el objeto de estudio, los entramados fiduciarios de naturaleza inmobiliaria pueden ser clasificados en función de numerosos parámetros: i) según la función económica de la obligación asumida; ii) según la naturaleza pública o privada del fiduciante; etc. De forma muy general, cabe afirmar que la fiducia inmobiliaria puede ser de administración, de inversión (e.g., fondos de inversión inmobiliaria), de garantía o de titulización. Para una

clasificación de estos negocios fiduciarios, *vid.*, por ejemplo, BELLO KNOLL (2013: 171-131); CASAS SANZ DE SANTAMARÍA (2004: 34-38); ESTRADA ALONSO (2010: 149-197); ETCHEGARAY (2008: 81-115); MEDINA VANEGAS y VÁSQUEZ TORRES (2014: 10-18); MOLINA SANDOVAL (2009: 381-503); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 399-559).

²⁶ Quedan excluidas, por tanto, otras operaciones fiduciarias desarrolladas en el sector inmobiliario, como la fiducia de inversión inmobiliaria, la titulización inmobiliaria, etc.

²⁷ Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.

²⁸ La fiducia inmobiliaria de preventas conlleva para la sociedad fiduciaria, como obligación principal, efectuar el recaudo del dinero proveniente de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.3).

²⁹ En virtud de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.1).

³⁰ La fiducia inmobiliaria de tesorería tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.2). *Vid.* BAENA CÁRDENAS, *Fiducia inmobiliaria...*, *op. cit.*, 32 y 184-187.

³¹ *Vid.*, entre otros, BAENA CÁRDENAS (2017: 25-37); ETCHEGARAY (2008: 113); MOLINA SANDOVAL (2009: 470); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 474).

³² *Vid. infra* la distinción entre «operación o esquema de fiducia inmobiliaria» (en sentido amplio) y el «contrato fiduciario» (en sentido estricto), celebrado este último entre fiduciante(s) y sociedad fiduciaria.

³³ Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.3.

³⁴ Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 6.2.1. En el caso de los negocios fiduciarios de preventas, solo debe suministrarse la información referida en los subnumerales 6.2.1.1 a 6.2.1.6. En los negocios fiduciarios de administración y pagos que no prevean la fase de preventas, no se debe informar lo indicado en el subnumeral 6.2.1.6.

³⁵ Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.2.

³⁶ Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.3. Tales recursos únicamente serán transferidos al patrimonio autónomo constituido en el caso de que se haya obtenido el mencionado punto de equilibrio. En caso contrario, las sumas invertidas deberán serle devueltas. Los inversores no reciben a cambio un inmueble propiamente dicho, sino unos derechos fiduciarios en relación con el proyecto global o con algunas de sus unidades. En el sistema jurídico colombiano, no se conciben como títulos valores ni han sido calificados como valores por la Superintendencia Financiera.

³⁷ Como se expondrá *infra*, dicho contrato de fiducia inmobiliaria, celebrado entre fiduciante(s) y sociedad fiduciaria, constituye el «contrato marco» o «contrato matriz» de esta operación fiduciaria. *Vid.* Apartado Cuarto del presente Capítulo, en el que se analizan todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho negocio fiduciario.

³⁸ Esta autora se decanta por el término «operaciones contractuales complejas», por ser más apropiado que otros como «grupos de contratos» o «contratos mixtos o complejos». En el mismo sentido, BAENA CÁRDENAS (2017: 53-56).

³⁹ Para determinar si estamos ante un agrupamiento contractual, existen diferentes teorías en la doctrina latinoamericana. La posición mayoritaria atiende a la noción de «causa», sosteniendo que se tratará de un único contrato si la causa es única, y de una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas entre sí. Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia, existe agrupamiento contractual cuando estamos ante una pluralidad de relaciones jurídicas distintas, autónomas e independientes, con su propia individualización, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico. Resulta imprescindible, por tanto, la existencia de un «nexo/vinculación/unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos, en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral). Para profundizar sobre este punto, *vid.*, entre otros, BAENA CÁRDENAS (2017: 60); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 177-178).

⁴⁰ BAENA CÁRDENAS (2017: 40): «Individualmente considerados, cada uno de los contratos que conforman la red o sistema contractual son actos jurídicos bilaterales (o plurilaterales) que producen relaciones contractuales típicas o atípicas. No constituyen un contrato atípico, ni una unión de contratos meramente externa o con alguna dependencia temporal o funcional; se trata de una red contractual donde los efectos de cada contrato individualmente considerado incide —al menos de manera indirecta— en los restantes contratos».

⁴¹ Dicha finalidad global puede ser detectada de la interpretación contextual o conjunta de los contratos que forman parte de la agrupación. BAENA CÁRDENAS (2017: 58-59).

⁴² *Vid.* el artículo 1228 del Código de Comercio colombiano.

⁴³ De tal modo que se cumplan todas las condiciones previstas en la Ley 1328 de 2009 y en el Capítulo I, Título III, Parte I, de la Circular Básica Jurídica, titulado «Acceso e información al consumidor financiero».

⁴⁴ Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Capítulo I, apartado 2.1.

⁴⁵ Se deben indicar los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fiduciarios, que debe atender siempre a la naturaleza de los bienes y la finalidad señalada por el fiduciante, según el tipo de negocio fiduciario a celebrar.

⁴⁶ Deben estipularse en cláusulas separadas las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos deben convenirse con arreglo a lo establecido en este Capítulo. Las obligaciones, los derechos y las limitaciones deben guardar relación de causalidad con la finalidad perseguida en el contrato.

⁴⁷ Por ello se sugiere que estos contratos incluyan cláusulas que prevean: a) la identificación de las partes y los roles asumidos por cada una de ellas en el marco del proyecto de construcción; b) la descripción detallada del inmueble propiedad del fiduciante que será transmitido al fiduciario, incluyendo todos los datos que se suelen identificar en cualquier escritura traslativa del dominio; c) todas las características del proyecto inmobiliario, incluyendo anexos al contrato principal; d) las obligaciones del fiduciante y si es necesaria su conformidad para la realización de ciertos actos de disposición; e) el plazo o condiciones de extinción del fideicomiso; etc. Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en los contratos de fiducia, *vid.*, entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 21, 30 y 109).

⁴⁸ Cuando el potencial fiduciante tiene tal capacidad negocial que puede evitar que le impongan el contenido obligacional del contrato.

⁴⁹ Al tratarse de contratos de fiducia mercantil (y no de meros «encargos fiduciarios»), la titularidad del derecho de propiedad por parte del fideicomitente constituye un requisito indispensable para poder realizar su transferencia al fiduciario.

⁵⁰ En estos casos, se distinguirán los distintos bienes que los integrantes de cada categoría transmitirán en propiedad al fondo fiduciario y, consecuentemente, los beneficios que percibirán. *Vid.*, a modo de ejemplo, el artículo 1.^º de la Ley 24.441 argentina. ETCHEGARAY (2008: 17-18).

⁵¹ Clasificación de BAENA CÁRDENAS (2017: 188); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478-479). Este autor los clasifica también en grupos: fideicomitente inicial y fideicomitentes inversionistas o adherentes.

⁵² RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478). Según este autor, el fideicomitente da nacimiento al contrato, que puede consistir en realidad en un doble acuerdo: un negocio fiduciario para el desarrollo de la etapa preliminar y un contrato de fiducia mercantil cuando se transfiere el inmueble.

⁵³ «En la práctica comercial, es frecuente que la vinculación de este tipo de fiduciarios al esquema fiduciario inmobiliario se lleve a cabo a través de la celebración de las denominadas «fidencias de parqueo», a través de las cuales se vinculan propietarios aportantes de los inmuebles y personas que realizan la construcción y comercialización de los proyectos, facilitando así la adquisición de los inmuebles resultantes. A través de esta modalidad fiduciaria, la sociedad fiduciaria mantiene la titularidad del inmueble, en su condición de «representante» del patrimonio autónomo». L. G. BAENA CÁRDENAS, *Fiducia inmobiliaria... op. cit.*, 189.

⁵⁴ Clasificación realizada por BAENA CÁRDENAS (2017: 188); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478). Según este autor, estos sujetos participan en dos momentos: inicialmente celebran encargos fiduciarios de inversión y, posteriormente, una vez logrado el punto de equilibrio, al vincularse como prometedores compradores, se adherirán al contrato principal y así, como beneficiarios del fideicomiso.

⁵⁵ Se ha afirmado que resulta más efectivo cuando el fiduciario es meramente administrador y cede a terceros las gestiones de desarrollo, venta y promoción de los inmuebles. *Vid.*, en este sentido, ETCHEGARAY (2008: 51); RODRÍGUEZ PADILLA (2019: 465-466).

⁵⁶ Ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela. *Vid.* RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 29).

⁵⁷ RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 29-30): «En Argentina cualquier persona puede ser fiduciaria pero solo pueden anunciararse públicamente como tales las entidades financieras y las personas jurídicas expresamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores (L. 24441 de 1994). En Uruguay la solución es similar porque cualquier persona puede actuar como tal, pero se reserva a las entidades financieras y a los fiduciarios profesionales la posibilidad de anunciararse como prestadores habituales del servicio (L.17703 de 2003). En Costa Rica (L.3284 de 1964) y Panamá (L.1 de 1984) cualquier persona natural o jurídica puede actuar como fiduciario, incluidas las entidades bancarias».

⁵⁸ *Vid.*, entre otras, la sentencia de 1 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁵⁹ Artículo 29 EOSF, titulado «Operaciones autorizadas»: «*Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social: (a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio; (b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece; (c) Obrar como agente de transferencia y registro de valores; (d) Obrar como representante de tenedores de bonos; (e) Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin; (f) Prestar servicios de asesoría financiera; (g) Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y*

se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión; (h) Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar. Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto; (i) Celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación».

⁶⁰ Esta calificación va a determinar la posterior elección de la ley aplicable en los supuestos de fiducia de construcción con elementos transfronterizos.

⁶¹ Puede encargarse de la construcción del inmueble, o bien delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construir. *Vid.* MOLINA SANDOVAL (2009: 470).

⁶² Además de las obligaciones específicas que le correspondan a la sociedad fiduciaria en el marco del contrato de fiducia inmobiliaria, habrá de cumplir igualmente todas las obligaciones que, con carácter general, correspondan a la figura del fiduciario. *Vid.*, entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 35 y 279-281).

⁶³ Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 5.2.

⁶⁴ Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.1, referido particularmente a las medidas de protección del consumidor financiero en los supuestos de fiducia inmobiliaria.

⁶⁵ A los fiduciarios que son, a su vez, beneficiarios de la operación, se les conoce como «fiduciarios iniciales».

⁶⁶ Como se examinará *infra*, los terceros interesados en adquirir inmuebles del esquema fiduciario firman los correspondientes «contratos de vinculación». RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 230).

⁶⁷ *Vid.* la sentencia de 1 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; BAEZA CÁRDENAS (2013: 104-106).

⁶⁸ Artículo 1229 del Código de comercio colombiano: «*La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto*». RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 30-31).

⁶⁹ BAEZA CÁRDENAS (2013: 108 y 203-204); En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO (1979: 262); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 255-262).

⁷⁰ BAEZA CÁRDENAS (2013: 110); MOLINA SANDOVAL (2009: 251-252); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 326).

⁷¹ La fiducia es una modalidad contractual que se caracteriza por conllevar un traspaso efectivo del derecho de propiedad del fiduciante al fiduciario. La transmisión de la plena titularidad de los bienes no constituye un mero elemento de ejecución del contrato, sino un elemento constitutivo del mismo. Sin dicha transferencia de dominio, el contrato no nace desde el punto de vista jurídico. *Vid.* BAEZA CÁRDENAS (2013: 120).

⁷² Tanto en los supuestos de «transmisión con fines de administración» como en los de «transmisión con fines de garantía», la transmisión en sí misma no es más que un mero mecanismo o medio necesario para obtener los resultados pretendidos. La finalidad última de dichas operaciones es otra: administrar ciertos bienes fiduciarios, en el primer caso; y garantizar un crédito, en el otro.

⁷³ En el caso de inmuebles, el dominio se adquiere entre partes con título y modo —inscripción en el Registro de la Propiedad—, de forma que la adquisición no será oponible frente a terceros mientras no esté registrada, en MOLINA SANDOVAL (2009: 20, 75, 79, 193 y 194); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 155). En palabras de este autor, «entre las partes, el acto que no ha sido publicado tiene plena validez y surte todos los efectos. La inoponibilidad se refiere a terceros ajenos a la celebración del acto».

⁷⁴ Para un análisis detallado de dichas teorías, *vid.* RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 173-177).

⁷⁵ BAENA CÁRDENAS (2013: 112). Este autor sostiene que la prestación fiduciaria puede comprender uno o varios actos jurídicos. Sin embargo, ello no significa que la gestión encomendada al fiduciario se descompone en un supuesto de pluralidad de prestaciones.

⁷⁶ El grado de compromiso que adquiere el fiduciario varía según las circunstancias particulares en las que se celebre el negocio fiduciario. Depende, por tanto, de la modalidad de fiducia de que se trate. Por ejemplo, en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, la obligación es administrar un proyecto inmobiliario y transferir las unidades inmuebles construidas. El listado detallado del objeto de cada una de las modalidades fiduciarias puede verse en BAENA CÁRDENAS (2013: 110-114).

⁷⁷ BAENA CÁRDENAS (2017: 188). Al transferirse la propiedad del bien al fiduciario, este goza de las facultades de dueño, pudiendo ejercer todas las acciones que correspondan a la defensa de los bienes fiduciarios e incluso disponer de ellos o gravarlos cuando lo requieran los fines de la fiducia. Si el fiduciario fue designado con la finalidad de adquirir y vender propiedades como objeto primordial de la fiducia, tal acto de enajenación será un ejercicio de administración pues forma parte del giro normal y habitual de la dinámica fiduciaria. Si se trata de la disposición o grabación de bienes inmuebles, deberá efectuarse mediante escritura pública. MOLINA SANDOVAL (2009: 263-271).

⁷⁸ MOLINA SANDOVAL (2009: 64-65). La doctrina ha debatido de *lege ferenda* sobre la necesidad de inscripción registral del contrato fiduciario. Este autor expone las diferentes posiciones doctrinales existentes en este punto. Considera que la inscripción de este tipo de contratos dotaría de mayor seguridad jurídica el tráfico comercial. No obstante, dicha inscripción solo sería al efecto de la oponibilidad frente a terceros, ya que, para las partes, e incluso terceros intervinientes, el contrato tendría plena validez desde su elaboración.

⁷⁹ ETCHEGARAY (2008: 30); MOLINA SANDOVAL (2009: 193-194 y 455).

⁸⁰ El patrimonio fiduciario no tiene personalidad jurídica. Es un patrimonio de afectación. *Vid.*, entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 453).

⁸¹ Artículo 1233 del Código de Comercio colombiano: «*Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.*» Por su parte, el artículo 1244 de dicho texto establece que «*será «ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos».* BAENA CÁRDENAS (2013: 120-125).

⁸² Una separación patrimonial efectiva excluye cualquier confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fiduciario. ETCHEGARAY (2008: 30); MOLINA SANDOVAL (2009: 247).

⁸³ RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 202). Según este autor, «el Código de Comercio colombiano, inspirado sin duda en la teoría de la afectación, considerados bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad, de modo que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario ni con los de otros patrimonios autónomos administrados por el fiduciario. La calificación ha sido criticada, pues se trataría más bien de un patrimonio especial cuyo titular es el fiduciario, más que de uno autónomo».

⁸⁴ Artículo 1227 del Código Civil colombiano: «los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida».

(Trabajo recibido el 6 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)