



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**

**Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinticinco (2025)**

<b>Referencia</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicación</b>	11001-03-24-000-2021-00301-00 (26627)
<b>Demandante</b>	FIDUCIARIA COLMENA S.A.
<b>Demandada</b>	SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
<b>Temas</b>	Obligación de presentar modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios. Numeral 3 del Título II, Capítulo I, Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia. Libertad de empresa. Libertad contractual. Consumidor financiero.

**SENTENCIA ANTICIPADA**

---

La Sala decide la demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sin cuantía presentada por Fiduciaria Colmena S.A. contra los Oficios Nros. 2020308570-000-000 del 23 de diciembre de 2020 y 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021, proferidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

**ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

El 23 de diciembre de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia emitió a Fiduciaria Colmena S.A. la Orden Administrativa Nro. 2020308570-000-000, en virtud de la cual conminó a la fiduciaria a presentar en el término de un mes, para su respectiva autorización, los modelos de los contratos de adhesión y/o de prestación masiva de servicios, para vincular a terceros interesados en adquirir unidades inmobiliarias en etapas posteriores a la de preventa, y el modelo marco de contrato de fiducia mercantil inmobiliario completo al cual se adherirán o vincularán los terceros interesados.

La fiduciaria interpuso recurso de reposición el 8 de enero de 2021, el cual fue resuelto con Resolución 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021 que confirmó la Orden Administrativa.

**ANTECEDENTES DEL PROCESO**

**Demanda**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), la demandante formuló las siguientes pretensiones<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Samai, índice 31.



### **"Pretensiones principales"**

#### **Pretensión principal No. 1**

*Que se declare la nulidad total de los oficios No. 2020308570-000-000 del 23 de diciembre de 2020, No. 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021 y No. 2020308570-022-00 del 4 de febrero de 2022<sup>2</sup>, expedidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante los cuales se impartió una orden administrativa a Fiduciaria Colmena S.A., y se dio por finalizada la actuación administrativa que derivó en dicha orden, respectivamente.*

#### **Pretensión principal No. 2**

*Que, como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia Financiera de Colombia abstenerse de ordenar a la Fiduciaria Colmena S.A. la presentación de los contratos de adhesión o de prestación de servicios masivos tal como se ordenó en los oficios No. 2020308570-000- 000 del 23 de diciembre de 2020, No. 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021 y No. 2020308570-022-00 del 4 de febrero de 2022.*

#### **Pretensión principal No. 3**

*Que, como consecuencia de la pretensión principal No. 1 y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia Financiera de Colombia proferir un acto administrativo en el que se declare expresamente que Fiduciaria Colmena S.A. no ha incurrido en práctica ilegal alguna, en relación con los hechos que fundamentan la presente controversia.*

### **Pretensiones Subsidiarias**

#### **Pretensión subsidiaria No. 1**

*Que se declare la nulidad parcial de los oficios No. 2020308570-000-000 del 23 de diciembre de 2020 y No. 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021, expedidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, en lo que atañe a la calificación de la conducta de Fiduciaria Colmena S.A. como "práctica ilegal" que se encuentra contenida en los mencionados oficios.*

#### **Pretensión Subsidiaria No. 2**

*Que, como consecuencia de la pretensión subsidiaria No. 1, se ordene a la Superintendencia Financiera de Colombia, a título de restablecimiento del derecho, proferir un acto administrativo que dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este asunto, en el cual se declare expresamente que Fiduciaria Colmena S.A. no ha incurrido en práctica ilegal alguna con ocasión de los hechos que fundamentan la presente controversia."*

A los anteriores efectos, la demandante invocó como **normas violadas** los artículos 6, 29, 83 y 333 de la Constitución Política de Colombia; y 1602 del Código Civil.

Describió que el objeto de la Fiduciaria Colmena es facilitar la ejecución de proyectos de construcción de inmuebles, en donde hay dos etapas:

- i) Preventa (no discutida), en la que los recursos provenientes de los futuros compradores son recaudados y administrados por la fiduciaria a través de un contrato de encargo fiduciario (contrato de adhesión), siendo invertidos a nombre de éstos en el Fondo de Inversión Colectiva Rentafácil (en adelante, FIC Rentafácil), para luego ser transferidos al constructor cuando se cumple el punto de equilibrio del proyecto. Solo en esta etapa los futuros compradores tienen una relación contractual directa con la fiduciaria, y por tanto, ostentan la categoría de consumidores financieros, la cual finaliza con la entrega de los recursos al constructor.
- ii) Y, las posteriores a la preventa (aquí discutida), donde se estructura un negocio jurídico diferente e independiente al anterior, en el que, por un lado, el constructor suscribe con la fiduciaria un contrato de fiducia de administración inmobiliaria, a partir del cual

<sup>2</sup> Se pone de presente que la pretensión de nulidad del Oficio Nro. No. 2020308570-022-00 del 4 de febrero de 2022, fue rechazada mediante auto del 7 de diciembre de 2022 (Samai, índice 33) confirmado por el auto del 15 de junio de 2023, que resolvió el recurso de súplica (Samai, índice 43).



se constituye un patrimonio autónomo que centraliza todos los recursos para el desarrollo del proyecto. Y, por el otro, los compradores que celebran promesas de compraventa con el constructor. De manera que, en esta última fase, los adquirentes no tienen vinculación reglamentaria ni contractual con la fiduciaria, como quiera que el negocio de compraventa se celebra con el constructor en el marco de las normas civiles y comerciales.

En esta etapa, la interacción entre la fiducia y los compradores solo se presenta en la suscripción de las escrituras de compraventa, porque el patrimonio autónomo, que administra la fiduciaria, tiene la propiedad del terreno y de las unidades inmobiliarias que resulten del proyecto. Y, cuando el fideicomiso recauda los pagos efectuados por el comprador, a los cuales se obligó en el contrato de compraventa.

A partir de lo anterior, observó que en ningún caso la administración de los recursos que entregan los interesados en la adquisición de las unidades inmobiliarias implica que los mismos estén vinculados con el fideicomiso inmobiliario, ni con la fiduciaria a través de un fondo de inversión colectiva. Y que, bajo el esquema reseñado, no existe contrato de adhesión o de prestación masiva de servicios que deba ser evaluado por la superintendencia y que se suscriba por el comprador.

Cuestionó que la superintendencia, sin sustento en la ley, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni en la Circular Básica Jurídica de esa entidad, considera que, en la fase posterior a la preventa, la fiducia debe celebrar contratos de adhesión y de prestación masiva de servicios con los terceros interesados en el proyecto inmobiliario, para su respectiva autorización, pese a que en dicha fase los adquirentes no son parte del negocio fiduciario. Así, destacó que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, nada impedía que los futuros compradores adquirieran las unidades de los inmuebles de los fideicomisos de administración inmobiliarias mediante un contrato de promesa de compraventa, el cual no se encuentra coligado al de fiducia, ni está conexo a servicios de administración de la fiduciaria, como equivocadamente lo sostiene la acusada.

Aclaró que, en la etapa posterior a la preventa, los futuros compradores son terceros interesados en el proyecto inmobiliario y no en los servicios que presta la fiduciaria, en tanto éstos entregan los recursos en virtud de la relación contractual que tienen con el constructor. Es este último el que instruye a la fiduciaria para recibir, en su nombre (constructor), dichos dineros.

Agregó que la superintendencia no argumentó su decisión con base en un análisis objetivo de las necesidades del sector financiero, ni de los riesgos del esquema fiduciario que implementa la actora y el que la entidad vigilada pretende imponer, lo cual conlleva a una violación al debido proceso. Que todo esto, además desconoce el derecho de libertad de empresa y competencia, así como el libre ejercicio de configuración contractual, e involucra un exceso en los límites de la competencia de la superintendencia como ente regulador, al imponer un diseño de modelo de negocio que parte de un fundamento legal erróneo y que pone a la fiduciaria en una posición de desventaja competitiva respecto de los demás agentes del mercado, al imponerle con esto un trámite dispendioso (desarrollar y administrar contratos de adhesión de los futuros adquirentes).

Debatió que la superintendencia impone el esquema de negocio con sustento en el numeral 3.3 del Capítulo I del Título II de la Parte 2 de la Circular Básica Jurídica, pese a que esa regulación solo establece la obligación de presentar para su aprobación los contratos de adhesión y prestación masiva de servicios, cuando las



fiduciarias pretendan implementarlos, es decir, cuando sean necesarios para el desarrollo de su objeto social, porque así lo requieren las partes, o responda al modelo del negocio, o lo estipule la ley, supuestos que no se presentan en el caso analizado. Recalcó que el hecho de estar regulados no significa que desaparezca para el sector financiero la libertad contractual.

Respecto de la tesis de la superintendencia de que los contratos de compraventa y de encargo fiduciario se encuentran coligados, precisó que, independientemente de que ello sea así, no existe disposición legal o reglamentaria que conlleve a concluir que ese hecho lleve a la necesidad de que terceros adquirentes deban ser parte del contrato de fiducia. En efecto, ninguna norma obliga que al contrato de administración inmobiliaria se tenga que vincular a los terceros adquirentes, y por tanto, la fiduciaria tiene libertad de decidir el modelo de negocio a implementar. Además, porque, por un lado, la voluntad de los compradores es hacerse parte de un contrato de compraventa, y del otro, *“el recaudo que hace la Fiduciaria no convierte en aporte al negocio fiduciario el dinero que el tercero adquirente entrega al constructor en las cuentas del fideicomiso”*, pues lo recibe por instrucciones del fideicomitente constructor.

Aclaró que la figura de los *“contratos coligados”*, creada por la jurisprudencia, no determina la existencia de una relación jurídica contractual, pues este mecanismo solo ayuda a la interpretación de los efectos jurídicos de contratos existentes y no para *“darle categoría contractual a algo que no lo tiene”*. Y, advirtió que la superintendencia no puede pasar por alto la necesidad del consentimiento y la libertad contractual, menos respecto de personas no vigiladas como los compradores.

Reprochó que la superintendencia hallara contradicción en que la fiduciaria no tratara como parte del fideicomiso a los compradores y, al mismo tiempo, le rindiera reportes semestrales sobre el avance del proyecto inmobiliario, pues desconoce que esto último lo debe hacer la actora en cumplimiento del numeral 6º de la Parte 2, Título II, Capítulo 1 de la Circular Básica Jurídica. Norma que no impone que los adquirentes sean parte de los fideicomisos de administración inmobiliaria, por el contrario, establece una diferencia entre las obligaciones de la fiduciaria con los compradores, y las que tiene con los fideicomitentes y otros intervinientes del negocio. Lo que ratifica que los compradores no hacen parte de la fiducia, sin perjuicio de que estén dentro de una categoría especial que los hace merecedores de reportes.

Clarificó que los futuros adquirentes no se vinculan al FIC Rentafácil en todas las etapas del proyecto inmobiliario, pues solo entregan recursos con destino al fondo en la etapa de preventa, en virtud de un contrato de adhesión celebrado con la fiduciaria y aprobado por la superintendencia. Insistió que, finalizada esta etapa, y constituido el fideicomiso de administración inmobiliaria, los recursos de los adquirentes son consignados con fundamento en el contrato de compraventa y recaudados por la fiduciaria por instrucciones del constructor. De manera que, los pagos corresponden al precio del inmueble, y no a un aporte.

Advirtió que, solo hasta el acto que resolvió el recurso de reposición, la superintendencia indicó como sustento legal el artículo 2 de la Ley 1328 de 2009 (Estatuto del Consumidor Financiero), para señalar que los futuros compradores deben considerarse clientes de la fiduciaria, sin tener en cuenta que la actora no tiene ningún tipo de relación contractual o financiera con esas personas en etapas posteriores a la preventa. Aseguró que, aún si se consideraran clientes, esto no era suficiente para exigir la implementación de contratos de adhesión, pues se repite,



esto no fue previsto en la ley. Y, tampoco puede sustentarse en una supuesta protección de terceros interesados, pues la fiduciaria cumplió con los deberes de transparencia de la información sobre los potenciales adquirentes.

Ejemplificó que hay casos en los que una persona puede usar servicios financieros sin suscribir contratos con la entidad financiera, como los servicios de recaudo que prestan dichas entidades a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Afirmó que el modelo de negocio impuesto no representa mayores garantías o menores riesgos de cara a la protección de terceros si se compara con el implementado por la demandante. Que, la demandada se limitó a indicar que las constructoras pueden adoptar decisiones que llegarían a afectar a los futuros compradores con ocasión del contrato de fiducia, sin advertir circunstancias objetivas y suficientes que permitan arribar a tal conclusión; ni la previsión que esas decisiones se podrían evitar con la vinculación de los compradores al negocio fiduciario.

Explicó que el esquema de negocio implementado no es improvisado y que brindaba una serie de garantías, tales como que la fiduciaria vela por la protección de los intereses del fideicomiso, lleva la contabilidad de los recursos recaudados, presenta un informe semestral a los compradores, contrata un interventor, y adopta políticas para la adecuada ejecución del negocio, como evaluar al constructor, el proyecto y su factibilidad. Y, que con el contrato de compraventa los adquirentes tienen mayor garantía, en tanto pueden pactar las condiciones del negocio.

Reprochó que el ente de control concluyera que el esquema de negocio era ilegal, omitiendo un análisis jurídico y fáctico, y sin adelantar una investigación que diera oportunidad para aportar, solicitar y practicar pruebas, así como pronunciarse sobre los argumentos planteados.

Estimó violado el principio de confianza legítima dado que la conclusión de los actos no fue planteada en forma previa a lo largo de las investigaciones y visitas efectuadas por la superintendencia a la demandante. Insistió en la vulneración de la libertad económica y la facultad de configuración contractual, debido a que los actos imponen un modelo de negocio sin sustento legal, pese a que la fiduciaria y los compradores tienen derecho a celebrar los contratos que atiendan en mejor forma sus intereses. Agregó que la intervención del Estado en la economía no implica que todas las actividades realizadas por entidades vigiladas deban ser objeto de aprobación por los entes de control, pues la regla general es la libertad de configuración contractual.

De igual forma, consideró que los actos violaron la libre competencia, porque colocan a la fiduciaria en desventaja competitiva, mediante la imposición de una estructura de negocios, que afecta su actividad comercial y lesiona sus intereses, pues debió suspender la celebración de nuevos contratos, para realizar un trámite injustificado. Y, también se infringe la autonomía de la voluntad, toda vez que los compradores deben ser libres de elegir si entablan una relación jurídica directa con el vehículo fiduciario o no.

### **Oposición de la demanda**

La Superintendencia Financiera de Colombia contravirtió las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos<sup>3</sup>:

<sup>3</sup> Samai, índice 67



Propuso la **excepción previa** de inepta demanda, con fundamento en que la actora no argumentó el cargo de violación del derecho al debido proceso<sup>4</sup>.

En cuanto al **asunto de fondo**, relató que verificó los estándares de gestión de la actividad de la Fiduciaria Colmena S.A., y advirtió que ésta no contaba con contratos autorizados para la vinculación de terceros interesados en adquirir unidades inmobiliarias.

Aseguró que cuando la fiduciaria administra recursos o bienes para el desarrollo de un proyecto constructivo inmobiliario está ejecutando una línea de fiducia inmobiliaria completa, en virtud del numeral 8.2 del Capítulo I, Título II, Parte 2 (en concordancia con el numeral 5.2. del Capítulo I, Título I, Parte 2) de la Circular Básica Jurídica.

Con base en lo anterior, sostuvo que el negocio desarrollado por la fiduciaria, con la entrega de las unidades inmobiliarias a consumidores financieros, da lugar a la obligación de presentar los modelos de contratos de adhesión y de prestación de servicios masivos en las etapas de preventas y posteriores para su autorización, conforme con el numeral 3.3. del Capítulo I, Título II, Parte 2 de la Circular Básica Jurídica.

Señaló que los actos acusados fueron debidamente motivados, pues analizaron la información presentada por la actora con relación a 20 negocios fiduciarios, de los cuales 4 eran de la etapa de preventa y 16 de fiducia de administración y pagos. Con lo anterior, adujo que pudo determinar que la demandante estaba gestionando negocios fiduciarios en etapas posteriores a la preventa con la finalidad de administrar recursos para el desarrollo constructivo de proyectos inmobiliarios.

Destacó que se probó que, en los negocios objeto de análisis, se efectuaron pagos en virtud de las condiciones contractuales pactadas, recursos que estaban limitados al desarrollo del proyecto inmobiliario. Y que los formularios de vinculación permitieron advertir que la totalidad de los compradores realizaban aportes al FIC Rentafácil, en donde suscribían cartas de instrucciones y el formulario de separación del inmueble. Con lo anterior, se acreditó que la fiduciaria vinculaba a los adquirentes de las unidades inmobiliarias a través de un FIC, y no al negocio fiduciario respectivo mediante un contrato de adhesión o de prestación masiva de servicios que debía ser aprobado por la superintendencia.

Precisó que, la revisión de las cláusulas de los contratos de adhesión se efectúa para proteger a los adquirentes, dado que las mismas son establecidas de manera unilateral por la fiduciaria, y además, en cualquier etapa del negocio fiduciario inmobiliario, ésta puede vincular a terceras personas interesadas en adquirir las unidades inmobiliarias.

Anotó que: *“el hecho de que una sociedad fiduciaria administre de forma temporal los recursos en los fondos de inversión colectiva hasta tanto se cumplan las condiciones técnicas, financieras y jurídicas del desembolso de los recursos no implica que la vinculación de las personas a los negocios fiduciarios inmobiliarios se pueda hacer adhiriéndolos a los fondos de inversión colectiva y que se obvие la vinculación a los negocios fiduciarios inmobiliarios de preventa o de fiducia completa, por cuanto es deber de la sociedad fiduciaria vincular a los clientes a los negocios respectivos para lo cual debe de contar con modelos de contratos de vinculación debidamente autorizados para tal efecto y con la intención de que se materialice la intención de las partes, es decir que se lleva a cabo la vinculación o la adhesión de los adquirentes de unidades inmobiliarias a los negocios fiduciarios.”*

<sup>4</sup> Mediante auto del 12 de diciembre de 2023, el despacho declaró no probada esta excepción. Samaj, índice 73.



Que si bien, cada gestor es libre de celebrar los acuerdos necesarios para desarrollar su actividad, no puede desconocer las obligaciones a cargo de todas las sociedades fiduciarias en ejercicio de sus actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, las cuales están sujetas al régimen de intervención estatal previsto en los artículos 150.18, 189.24 y 335 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger los derechos de los consumidores financieros. Por lo anterior, aseguró que tampoco desconoció los principios invocados por la actora

Expuso que la orden administrativa cuestionada se profirió en el marco de las facultades para sancionar prácticas ilegales, previstas en el numeral 5, literal a) del artículo 208 del EOSF, la cual no tiene un procedimiento en la ley, pues su finalidad es suspender aquello que va en contravía de la actividad que se supervisa.

Reparó en que, se garantizó el debido proceso dado que se concedió el recurso de reposición, y además, la actora no probó que se le hubiere impuesto un trato diferencial en relación con otras fiduciarias.

Desestimó la violación a los principios de confianza legítima, la libre empresa y competencia, dado que la actora entendía la estructura de negocio de la fiduciaria.

Advirtió que, contrario a lo señalado por la fiduciaria, toda persona que aporte recursos a los negocios fiduciarios debe de ser considerado como cliente, sin importar la etapa en la que se vincula al negocio, y por esa razón, se debe materializar su protección a través de deberes legales en cabeza de la fiduciaria.

Esclareció que la orden administrativa impuesta no vulnera la libertad contractual o de empresa de la fiduciaria, porque el gestor fiduciario está obligado tanto contractual como legalmente a prestar unos servicios determinados a los adquirentes de unidades inmobiliarias.

Sobre la libre competencia, afirmó que la orden administrativa no indicó que el único mecanismo para controlar la transferencia de dominio de las unidades inmobiliarias fuera vincular al adquirente contractualmente con la fiduciaria, ni que se impediría la celebración de contratos de compraventa entre constructores y compradores, sino que lo que se reprochó fue la ausencia de autorización en contratos de adhesión y/o prestación masiva de servicios.

Estableció que la superintendencia no tiene funciones para limitar la capacidad contractual o de competencia de sus vigiladas y que la actora puede elaborar cualquier tipo de esquema fiduciario y presentarlo como modelo de contrato de adhesión y/o prestación masiva de servicios. Concluyó que no entender a los consumidores financieros como beneficiarios de los negocios, permitiría que la demandante desatendiera sus obligaciones.

### **Alegatos de conclusión**

La parte demandante<sup>5</sup> reiteró los argumentos de la demanda.

La parte demandada<sup>6</sup> reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

<sup>5</sup> Samai, índice 105.

<sup>6</sup> Samai, índice 104.



## Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Problema jurídico

Atendiendo los argumentos expuestos por las partes, el problema jurídico por resolver consiste en determinar la legalidad de los oficios nros. 2020308570-000-000 del 23 de diciembre de 2020 y 2020308570-012-000 del 15 de febrero de 2021 en cuanto a si existe la obligación jurídica a cargo de Fiduciaria Colmena S.A. de solicitar y obtener, ante la superintendencia, la autorización de los contratos de adhesión y de prestación masiva de servicios a celebrar con los adquirentes de unidades inmobiliarias en etapas posteriores a la preventa, o si en su lugar, la operación desplegada por la actora de forma previa a la orden administrativa se encuentra ajustada a derecho.

### 2. Economía social de mercado: límites a la libertad de empresa y libre competencia en las entidades fiduciarias

A partir de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha determinado que el modelo económico que rige en Colombia es el de la economía social de mercado<sup>7</sup>, en el cual se reconoce la libertad de empresa como eje fundamental de la economía y como derecho que involucra la “libre iniciativa privada” entendida como la “libertad de organización de los factores de producción”<sup>8</sup>, y “la libertad contractual” que implica la capacidad de celebrar los acuerdos necesarios para el desarrollo de la actividad económica<sup>9</sup>. Con todo, dicha libertad no es absoluta pues la propia Constitución Política prevé la posibilidad del Estado de intervenir en la economía para conciliar los intereses particulares, ínsitos a la actividad empresarial, con el interés general.

Una de las principales formas de intervención del Estado en la economía es el despliegue de labores de regulación, vigilancia y control para limitar los abusos y deficiencias del mercado. En palabras de la Corte: “la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales.”<sup>10</sup> Empero, dicha intervención no es absoluta pues debe llevarse a cabo por ministerio de la ley, sin afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa y obedeciendo a motivos adecuados y suficientes, siempre bajo la tutela del principio de solidaridad y de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con todo, respecto de ciertas actividades, la Constitución Política ha previsto en forma expresa la intervención estatal. Es así como el artículo 335 de la Carta señala que las actividades financiera, bursátil y aseguradora son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley. Lo anterior debido a que se trata de actividades que involucran la captación de recursos del público, en donde el Estado debe velar por una especial protección y la primacía del interés general.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



En desarrollo de lo expuesto, el Decreto Ley 663 de 1993 adoptó la versión actual del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), del cual hacen parte las sociedades fiduciarias, quienes, previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, pueden desarrollar las operaciones descritas en el artículo 29 de esta norma<sup>11</sup>. Dichas entidades están sujetas al régimen de intervención estatal previsto en el artículo 46 del EOSF<sup>12</sup>, en virtud del cual, en términos generales, el Estado puede verificar la concordancia de la actividad con el interés público y velar por la tutela de los intereses de los usuarios, ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas.

En reconocimiento de dicha facultad, el Congreso de la República expidió la Ley 1328 de 2009 que contiene el régimen de protección al consumidor financiero, el cual parte del reconocimiento de las asimetrías existentes en la relación entre las entidades vigiladas por la superintendencia (como las sociedades fiduciarias) y los clientes y usuarios del sistema financiero. Para ello, la ley dispuso una serie de principios, obligaciones y derechos que pretenden balancear la relación, garantizando la protección del “*consumidor financiero*”, el cual reviste tres modalidades: cliente, usuario y cliente potencial<sup>13</sup>.

En las relaciones entre las entidades del sistema financiero y, en particular, entre las sociedades fiduciarias y el consumidor financiero, el numeral 3 del Título II, Capítulo I, Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia estableció la obligación de las entidades fiduciarias de presentar ante el ente de control “*los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios*”, a fin de procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios. Lo anterior en desarrollo del mandato contenido en el artículo 146 del EOSF.

En la mencionada normativa, la Circular define los contratos de prestación masiva de servicios como aquellos: “*cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme, generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión.*” Así, el cumplimiento de dicha formalidad es una manifestación de la intervención del Estado en la economía en procura de la tutela del interés general y de la protección de la parte débil de la relación, de tal forma que su procedencia debe analizarse a la luz de su objeto, fin y de las circunstancias de cada caso particular.

### **3. Alcance del requisito de aprobación de contrato de prestación masiva en la fiducia inmobiliaria.**

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, en la fiducia inmobiliaria pueden intervenir los siguientes sujetos: una persona llamada ***fiduciante o fideicomitente***, que transfiere uno o más bienes especificados a otra,

<sup>11</sup> Entre estas, tener la calidad de fiduciario, celebrar encargos fiduciarios, obrar como representante de tenedores de bonos, prestar servicios de asesoría financiera, administrar fondos voluntarios de pensión, fiducia de inversión.

<sup>12</sup> Para la época de los hechos, adicionado por los artículos 23 de la Ley 1328 de 2009, 76 de la Ley 1753 de 2015 y 197 de la Ley 1955 de 2019.

<sup>13</sup> **Artículo 2°. Definiciones.** Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:

- a) **Cliente:** Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.
- b) **Usuario:** Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.
- c) **Cliente Potencial:** Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.
- d) **Consumidor financiero:** Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.



llamada **fiduciario**, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado **beneficiario o fideicomisario**.

El artículo 29 del EOSF autoriza a las sociedades fiduciarias para desarrollar, entre otras operaciones financieras, la de tener la calidad de fiduciario y celebrar encargos fiduciarios para la administración de bienes.

A tal efecto, las fiduciarias tienen que cumplir con ciertos deberes como el de “información”, previsto en el artículo 97 *ibidem*<sup>14</sup>, que le impone suministrar a los usuarios de sus servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, a fin de permitir que éstos puedan escoger las mejores opciones del mercado. Esta obligación también se contempla en los artículos 7 y 9 del Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 de 2009)<sup>15</sup>. En concordancia, la Circular Nro. 029 de 2014, expedida por la superintendencia y que recopila la regulación legal y administrativa del sector financiero, precisa que estas sociedades deben informar<sup>16</sup> los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato.

De manera tal que, en la fiducia, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta su liquidación, las partes intervinientes y los usuarios deben ser advertidos de las implicaciones del contrato, así como del contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar dicho servicio. Marco dentro del cual se debe analizar el alcance de la obligación por parte de las fiduciarias inmobiliarias de someter a evaluación y aprobación previa de la superintendencia el modelo de contrato de prestación masiva de servicios.

En el caso de la *fiducia inmobiliaria*, definida como la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario, se identifican tres modalidades<sup>17</sup> de: **i) preventiva**, en la cual la fiduciaria efectúa el recaudo de los dineros provenientes de los interesados en adquirir los inmuebles, y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto; **ii) administración y pagos**, en la que se transfiere un bien inmueble a la fiduciaria, para que administre el proyecto, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo a las instrucciones dadas en el acto constitutivo “y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato”, para lo cual puede asumir la escrituración de estos bienes; y **iii) tesorería**, que tiene como finalidad encomendar a la fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución del proyecto.

<sup>14</sup> Modificado por la Ley 795 de 2003.

<sup>15</sup> **ARTÍCULO 7o. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS.** Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: (...)

- e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.
- f) Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.

**ARTÍCULO 9o. CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO.** En desarrollo del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.

<sup>16</sup> Parte II, Título II, Capítulo I. Numeral 2.2.1.2.1.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Numeral 8.2.



En la circular, se precisa que cuando en estos negocios fiduciarios, los acuerdos en que se fundamente la preventa<sup>18</sup> y/o la comercialización de las unidades inmobiliarias<sup>19</sup> “*revistan las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios deben ser calificados como tales*” y deben ser sometidos previamente a la autorización de la superintendencia. Y en general, esta entidad tiene la función de evaluar estos tipos de contratos que se pretendan utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria<sup>20</sup>. Todo, con la finalidad de proteger los derechos de los usuarios de servicios financieros, para que las condiciones del contrato se ajusten a la ley, evitando que se impongan cláusulas abusivas<sup>21</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el alcance del pronunciamiento de la superintendencia se limita únicamente a la revisión de los modelos de los citados contratos, y no sobre la validez o eficacia del negocio jurídico<sup>22</sup> (como, las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución y/o liquidación, obligaciones de las partes intervinientes, entre otras).

De modo que, el ente de control está facultado para requerir la presentación de este tipo de contratos para efectos de su aprobación, como también exigir su modificación o suspender su utilización, cuando estos desconozcan algunos de los requisitos legales y administrativos exigidos para su celebración y/o ejecución<sup>23</sup>, como el analizado.

Así las cosas, para determinar si una fiduciaria inmobiliaria está obligada al cumplimiento del requisito de aprobación previa de la superintendencia, la relación contractual, objeto del mismo, debe revestir las características de un contrato de adhesión o de prestación masiva, destacándose entre estas que<sup>24</sup>: **los contratos de adhesión**: *i)* se elaboran unilateralmente por la fiduciaria, *ii)* sus cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libremente, *iii)* los clientes, o las partes que se adhieran al contrato después de celebrado, se limitan a expresar su aceptación o rechazo en su integridad. Y, **los contratos de prestación masiva**: *i)* se utilizan indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios, *ii)* tienen un contenido similar y uniforme, *iii)* en su mayoría responden al concepto de contrato de adhesión.

De manera que, cuando en la operación financiera, de acuerdo con lo pactado en el contrato primigenio por la fiduciaria y los fideicomitentes, se deba imponer estipulaciones y/o condiciones inalterables sobre uno o varios sujetos, o respecto de múltiples personas de forma estandarizada, le corresponde a la fiduciaria suscribir contratos de adhesión y/o prestación masiva de servicios, y presentarlos ante la superintendencia para su revisión previa, en la medida que se pueden ver afectados los intereses de estos individuos.

Por consiguiente, en cada caso, debe hacerse un análisis de las condiciones pactadas en el negocio fiduciario, en particular, de los derechos y obligaciones que se derivan del mismo y de los sujetos que podrían verse afectados, para determinar si se derivan acuerdos que presenten las características de contratos de adhesión y/o presentación masiva de servicios que deban someterse a la aprobación previa de la superintendencia.

<sup>18</sup> Ibidem. Numeral 5.2.1.8.

<sup>19</sup> Ibidem. Numeral 5.2.2.8.

<sup>20</sup> Ibidem. Numeral 3.1. En concordancia con el literal e) del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009 (Estatuto del Consumidor).

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem. Numeral 3.3.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem. Numeral 3.2.



En el contexto de la fiducia inmobiliaria, debe tenerse en cuenta que, en la *preventa* del proyecto, intervienen los propietarios de los terrenos y/o constructores quienes actúan como fideicomitentes. Y, los interesados en adquirir las unidades resultantes del proyecto (inversionistas), se pueden vincular como beneficiarios del contrato de fiducia, o celebrar contratos de encargo fiduciario (solo entrega de recurso sin transferencia de bienes).

En la *fiducia de administración y pagos*, el constructor tiene la calidad de fideicomitente y la vinculación de los adquirentes de la vivienda dependerá de lo pactado en el contrato inicial, esto es, en la medida que éstos se vean afectados o tengan intereses en el acuerdo. Es el caso, cuando la fiducia tiene la administración de los recursos de los compradores, y la venta y/o entrega a cada adquirente de las unidades resultantes, pues ello implica que, junto con el fideicomitente, éstos serán los que recibirán los beneficios que produzca el negocio fiduciario, y por tanto, se derivan derechos y obligaciones respecto de estas personas.

En ese entendido, no puede desconocerse que existe una relación de consumo entre la fiduciaria y los terceros interesados en adquirir la vivienda, cuando aquella adquiere la obligación de administrar los recursos dinerarios de estos compradores para el pago del precio y de transferir a los mismos el dominio del inmueble afecto al proyecto, pues con estas operaciones tales personas utilizan y se benefician del servicio prestado por la fiduciaria. De ahí que, si los adquirentes de las viviendas no fueron vinculados inicialmente, deben ser adheridos al contrato de fiducia inmobiliaria de administración y pagos.

Así, en este evento, la fiduciaria debe suscribir contratos de adhesión y/o de prestación masiva con tales sujetos, pues ellos no pueden negociar las condiciones preestablecidas en el acuerdo. Esto demuestra que los adquirentes que se vinculan al contrato de fiducia se encuentran en una posición vulnerable dado que podrían verse afectados por la actuación de la fiduciaria, por el incumplimiento del acuerdo o la imposición de cláusulas abusivas, entre otras. Razón que fortalece la necesidad de someter a aprobación previa de la superintendencia los contratos de vinculación de los adquirentes de los inmuebles dado el carácter masivo y de adhesión que se impone sobre estos sujetos, a fin de proteger sus derechos e intereses sobre los bienes que administra la fiducia, la información del manejo de los recursos, y la gestión inmobiliaria y del constructor. Todo lo cual se garantiza con la suscripción de estos contratos y su revisión previa ante la superintendencia.

#### **4. Análisis del caso concreto**

Los actos demandados conminaron a la fiduciaria a presentar en el término de un mes, para su respectiva autorización, los modelos de los contratos de adhesión y/o de prestación masiva de servicios, para vincular a terceros interesados en adquirir unidades inmobiliarias en etapas posteriores a la de preventa y el modelo marco de contrato de fiducia mercantil inmobiliario completo al cual se adherirán o vincularán los terceros interesados, con el fin de suspender la práctica ilegal en que incurrió.

La orden administrativa se fundamentó en el hecho de que, en el marco de las funciones de supervisión, la superintendencia verificó la información de los contratos de fiducia de administración y pagos suscritos por la actora (en total valoró 16 contratos, de los 20 contratos allegados por la fiduciaria, pues los 4 restantes se refieren a preventas), y concluyó que, la fiduciaria tenía la obligación de solicitar la aprobación de contratos de vinculación de los clientes, porque ostentaba la titularidad de los inmuebles,



administraba los recursos de los compradores, realizaba pagos a terceros, vinculaba a los adquirentes a través de un fondo de inversión colectiva y no un contrato autorizado, y en la mayoría de los casos, les transfería a éstos el dominio de las unidades inmobiliarias. Agregó que, el gestor fiduciario también podía vincular terceros luego de la etapa de preventas, de manera que, debía contar con los modelos de los contratos debidamente autorizados por la superintendencia.

Con ocasión de la resolución que resolvió el recurso de reposición, la superintendencia precisó que cualquier persona que obtuviese servicios del gestor fiduciario podía calificarse como cliente o consumidor financiero, Que, la aprobación de contratos de prestación masiva de servicios pretendía la protección del consumidor financiero, procurando el equilibrio contractual entre las partes. A partir de la teoría de los contratos coligados, expuso que los contratos de preventas tienen vínculo con los de administración y pagos. Añadió que la fiduciaria no reconoce como clientes a los adquirentes, pese a que les remite informes, administra sus recursos y les transfiere el derecho de dominio sobre las unidades inmobiliarias, en cumplimiento de una obligación contractual y legal.

Indicó que un cliente puede adquirir tal calidad cuando pese a no tener vínculo contractual o legal recibe servicios de las entidades vigiladas, como en este caso, en que la fiduciaria registra pasivos contablemente en favor de los consumidores financieros, como también debe restituirles los recursos en caso de incumplimiento, y escriturar las unidades inmobiliarias.

En la demanda, la fiduciaria expone que los adquirentes de unidades inmobiliarias pueden decidir libremente si se vinculan o no al esquema fiduciario y, solo en caso de que lo hagan, se requiere un contrato de adhesión o prestación masiva de servicios. Acotó que, en la fase de administración y pagos del negocio fiduciario, el constructor realiza el proceso de ventas directamente con los clientes y suscribe contratos de compraventa que no vinculan al comprador con el fideicomiso, de manera que, no hay vinculación reglamentaria ni contractual.

Agregó que, la superintendencia no argumentó su decisión con base en un análisis objetivo de las necesidades del sector financiero, lo cual conlleva a una violación al debido proceso, ni tampoco realizó un análisis de riesgos del esquema impuesto, el cual viola la libertad de empresa, la libre configuración contractual y la libre competencia, al poner en desventaja a la demandante.

Así mismo, acusa a los actos de falsa motivación dado que no hay norma legal o reglamentaria que obligue a suscribir contratos de adhesión o prestación de servicios masivos, si las partes así no lo han querido y la realidad del negocio no lo exige. Y que la tesis de los contratos coligados no obliga a vincular a los adquirentes al contrato de fiducia pues el recaudo de sus recursos no deriva en su vinculación, dado que la única relación de la fiducia es con los constructores, ni configura aporte al negocio. Añadió que no hay contradicción con que se les rinda informes a los futuros adquirentes, porque es una obligación de las fiduciarias frente a los compradores, los cuales no se vinculan al fondo de inversión colectiva en todas las fases sino solo en la preventa y que los pagos realizados son del precio y no son aporte.

Y, alegó una infracción al debido proceso, dado que no se adelantó una investigación que diera oportunidad para aportar, solicitar y practicar pruebas y pronunciarse sobre los argumentos planteados y que se violó el principio de



confianza legítima dado que la orden no se planteó en forma previa a lo largo de las investigaciones realizadas con anterioridad.

La superintendencia, en la contestación a la demanda, reiteró en líneas generales lo expuesto en los actos y defendió la orden administrativa para la protección del consumidor financiero.

Para resolver, sea lo primero precisar que, contrario a lo expuesto por el demandante, la Sala no evidencia una vulneración al debido proceso toda vez que es función de la superintendencia ejercer facultades de prevención y sanción respecto de las sociedades fiduciarias y, en desarrollo de dicha labor, el artículo 326, numeral 5, literal a) del EOSF le faculta a impartir órdenes administrativas para suspender las prácticas que considere ilegales.

En el presente evento, la orden emitida, en primer lugar, se basó en la evidencia recabada por la superintendencia a lo largo del proceso de evaluación de los estándares de gestión en el desarrollo de la actividad significativa de fiducia inmobiliaria de la actora, en particular de los contratos y formatos de vinculación allegados. Y, en segundo lugar, contra el acto administrativo se concedió el recurso de reposición, el cual fue ejercido oportunamente y, mediante el cual se presentaron argumentos y pruebas, de tal forma que, no es cierto que la fiduciaria no haya tenido oportunidad de defenderse. A lo largo del procedimiento de evaluación se garantizó la participación de la fiduciaria (mediante requerimientos del ente de control y las respuestas y la aportación de pruebas por parte de la fiduciaria<sup>25</sup>), siendo la orden consecuencia de este, sin que se requiriera una investigación independiente.

Aunado a lo expuesto, también debe descartarse la presunta violación al principio de confianza legítima bajo el argumento de que en oportunidades anteriores no se habían solicitado los modelos de contrato, respecto del cual la Sección ha explicado que consiste en<sup>26</sup>:

*“un principio o valor que se encuentra íntimamente ligado con la buena fe y su aplicación propende por la protección de las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. Dichas expectativas, valga decir, deben fundarse en hechos o circunstancias objetivas, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza, de manera, que no toda probabilidad puede ser protegida mediante este precepto, pues necesariamente tendrá que ser una proyección seria, que tenga la fuerza de llevar al administrado a la convicción de que su situación jurídica es una y no cualquiera otra, en particular, que bajo ciertas condiciones, se hará acreedor de un derecho o mantendrá uno ya adquirido.”*

Lo anterior debido a que el hecho de que en oportunidades anteriores no se hubiese requerido la aprobación de los modelos de contrato, circunstancia que no está probada por el demandante, no redundo en una situación jurídica de carácter particular y concreto, ni en un hecho objetivo que dé certeza a la sociedad fiduciaria de que nunca se le solicitará, pues no hay un comportamiento positivo por parte de la superintendencia que haga surgir dicha situación. Y, en todo caso, ello no puede ser óbice para impedir el ejercicio de sus facultades de prevención y sanción. Así, fuera de que no está debidamente comprobado lo expuesto por el demandante, la ausencia de un anterior requerimiento no puede ser causal justificativa para sostener que este no puede efectuarse en forma posterior.

<sup>25</sup> Samaj, índice 64.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencias del 16 de febrero de 2023. Exp. 26918. C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello; y del 17 de junio de 2021. Exp. 24575. C.P. Milton Chaves García.



Ahora bien, en lo que respecta a la discusión propuesta en la demanda sobre el alcance del negocio fiduciario, debe resaltarse que el demandante aportó 20 contratos, de los cuales 16<sup>27</sup> correspondían a fiducias de administración y pagos. El análisis planteado en la orden administrativa se limitó a estos acuerdos al indicar lo siguiente:

*“Del análisis de la información se evidencia que de los 20 contratos administrados 4 corresponden a negocios de fiducia de preventas y 16 a negocios de fiducia de administración y pagos, para los fines de este acto administrativo, solamente nos referimos a estos últimos negocios, teniendo en cuenta que éstos constituyen el acervo probatorio que permite concluir que la sociedad fiduciaria está gestionando negocios fiduciarios en etapas posteriores a la preventa y cuya finalidad se concreta en la administración de recursos para el desarrollo constructivo de proyectos inmobiliarios.” (pp. 4).*

Dicha evaluación fue complementada con los formatos de vinculación remitidos por la actora, las rendiciones de cuentas, y la certificación del representante legal y revisor fiscal (pp. 7 y 8).

La Sala procede a la verificación de los contratos y los formatos de vinculación, así como los contratos de promesa de compraventa allegados<sup>28</sup>, para lo cual, se pone de presente que, si bien, en varios de estos se modifica la redacción de algunas cláusulas y definiciones o se incluyen fideicomisos matriz, en líneas generales el clausulado de los acuerdos es semejante, de tal manera que, como ejemplo, se transcriben a continuación algunos apartes relevantes del contrato *“Fideicomiso de Construcción Abundara<sup>29</sup>”*, en el cual firman el fideicomiso matriz, la constructora y la fiduciaria como partes del contrato.

- En la cláusula primera *“Definiciones”* se señala que son adquirentes: *“aquellas personas que suscriban el Contrato de Promesa de Compraventa con el Fideicomitente Constructor a efectos de adquirir la calidad de Promitente Comprador respecto a una o varias unidades inmobiliarias del Proyecto, con las limitaciones establecidas en este contrato y en las respectivas Promesas de Compraventa, en virtud del negocio jurídico de Promesa de compraventa recibirán, por parte del Fideicomitente Constructor, determinadas Unidades Inmobiliarias del Proyecto.*

*Los Adquirentes, no contraen obligación alguna relacionada con el desarrollo del Proyecto, no tendrán derechos ni obligaciones derivados del presente Contrato, diferentes al derecho a recibir las Unidades Inmobiliarias resultantes del Proyecto que hayan seleccionado y a suscribir la correspondiente escritura pública de transferencia a título de compraventa o los derechos otorgados en los eventos de liquidación anticipada establecida en el presente Contrato.”*

- Dentro de las actividades desarrolladas por la fiduciaria, en la cláusula tercera *“Objeto”* se describe:

*“Recibir y administrar los recursos que a título de fiducia mercantil aporte el Fideicomitente Constructor y los Adquirentes en virtud del Contrato de Promesa de Compraventa, provenientes del Proyecto de Construcción, entre otros, los recursos provenientes de: (i) el Encargo Fiduciario de Preventas (ii) los aportes de los Adquirentes en virtud de los Contratos de Promesa de Compraventa (iii) de lo convenido en las Escrituras de Transferencia de las Unidades Inmobiliarias, (iv) el Crédito Constructor otorgado a favor del Fideicomiso por parte del Banco, (v) los demás recursos que ingresen al Patrimonio Autónomo, y (vi) los rendimientos que éstas sumas produzcan.(...)”*

<sup>27</sup> Fideicomiso Proyecto A, Fideicomiso Cerros de Suba, Fideicomiso 12B, Fideicomiso de Construcción Abundara, Fideicomiso de Construcción Aqua, Fideicomiso de Construcción Caminos de Fontibón, Fideicomiso de Construcción Fontana 2, Fideicomiso de Construcción Guayacán, Fideicomiso de Construcción Murano, Fideicomiso de Construcción Natura, Fideicomiso de Construcción Provenzal, Fideicomiso de Construcción Solera, Fideicomiso Proyecto C, Fideicomiso Supermanzana 11 LP, Fideicomiso Villa del Río, y Fideicomiso Autocine.

<sup>28</sup> Samai, Índice 64.

<sup>29</sup> Ibidem. “86\_RECIBEMEMORIALESPORCORREOELECTRONICO\_ANTECEDENT\_2020047034011000Z(.zip)”. Carpeta Fideicomiso de Construcción Abundara. Contrato – Otrosí.



*Suscribir en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo las escrituras públicas de compraventa de las Unidades Inmobiliarias del Proyecto, conjuntamente con el Fideicomitente Constructor. Las escrituras públicas serán suscritas en el siguiente orden: (i) por el Adquiriente, (ii) por el Fideicomitente Constructor quien las suscribirá en su propio nombre y en nombre y representación de la Fiduciaria, de acuerdo con el poder especial que se otorgue para el efecto.”*

- En las obligaciones del fideicomitente, cláusula octava, se contemplan:

*“Llevar a cabo por su cuenta y riesgo a través del Fideicomiso todas las gestiones y actividades necesarias para diseñar, licenciar, construir, desarrollar, promocionar el Proyecto y cumplir con sus obligaciones frente a los Adquirentes. (...)*

*El Fideicomitente Constructor suscribirá las escrituras de compraventa de las Unidades Inmobiliarias que se desarrollen en el Proyecto para efectos de cumplir con las obligaciones que se deriven de la construcción del Proyecto. Los formatos de minutas de compraventa deben ser elaborados por el Fideicomitente Constructor y aprobados previamente por la Fiduciaria, debiendo incluir cláusula que indique que los Adquirentes conocen los términos del presente Contrato de Fiducia, y la cláusula que haga referencia al saneamiento a cargo del Fideicomitente Constructor”.*

Cláusula modificada por el otrosí nro.1:

*“Coordinar el diligenciamiento de los Contratos de Promesa de Compraventa, utilizando para ello los formatos aprobados previamente por la Fiduciaria y remitir semanalmente a la Fiduciaria, los formatos de conocimiento del cliente y los documentos soportes de las personas interesadas en adquirir Unidades Inmobiliarias. En los formatos de Contratos de Promesa de Compraventa se deberá establecer: (i) No incluir disposiciones en los que incorporen esquemas de financiación para el cobro intereses remuneratorios (sic) sobre cuotas o sobre la totalidad del valor de las unidades inmobiliarias resultantes del Proyecto. Lo anterior sin perjuicio del cobro de posibles intereses moratorios por incumplimientos por parte de los Adquirentes y de los respectivos gastos de administración y de escrituración (iii) (sic) se debe incluir una cláusula que indique que los Adquirentes conocen los términos del presente contrato de fiducia, la cláusula que haga referencia al saneamiento a cargo de los Fideicomitentes y del Fideicomitente A del Fideicomiso Matriz, y otra cláusula que indique que el Fideicomitente ostenta la calidad de enajenador de vivienda, en los términos de la Ley 1796 de 2016 y por tanto asumirá todas las obligaciones derivadas de dicha calidad, así como las obligaciones del amparo patrimonial establecidas en la misma. (iii) El Fideicomitente Constructor responderá frente a la Fiduciaria por la adecuada recopilación y recepción de toda la información necesaria para lograr y obtener la información sobre conocimiento del cliente de los Adquirentes, de acuerdo con la reglamentación expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. La Fiduciaria debe responder por escrito la confirmación de la vinculación del cliente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la radicación.”*

- En las obligaciones de la fiduciaria, cláusula undécima del contrato, se indica:

*“Invertir las sumas de dinero del Fideicomiso en los Fondos de Inversión Colectiva administrados por la Fiduciaria, cuyos reglamentos han sido entregados por la Fiduciaria, y el Fideicomitente Constructor y los Adquirentes declaran conocerlos y aceptarlos, estos últimos a través del Contrato de Promesa de Compraventa que suscriban.”*

- La cláusula décima segunda regula la devolución de recursos a los presuntos adquirentes de unidades inmobiliarias como sigue:

*“Devolución de recursos. Sin perjuicio de lo que se señala en el siguiente inciso, efectuar previa instrucción del Fideicomitente Constructor la devolución de los recursos entregados por los interesados en adquirir Unidades Inmobiliarias del Proyecto de Construcción en caso que los Contratos de Promesa de Compraventa se resuelvan por las causales establecidas en ellos, o se presente desistimiento, siempre que existan recursos disponibles en el Fideicomiso en el evento en que cualquiera de los Adquirentes, se retire del negocio antes del vencimiento del plazo señalado en los Contratos de Promesa de Compraventa o incumpla con los aportes consecutivos pactados en dicho contrato, o se abstenga de tramitar oportunamente el crédito para financiar el saldo de los aportes pactados, o no complete los documentos o información*



de vinculación a la Fiduciaria, o incumpla algún compromiso establecido en la promesa, o no concurra a otorgar la respectiva escritura pública por medio de la cual se transferirán a su favor a título de Compraventa las Unidades Inmobiliarias respectivas en la fecha, hora y notaría que informe Fideicomitente Constructor. En la medida que así lo solicite el Fideicomitente Constructor, la Fiduciaria está facultada y autorizada para pagarse y retener a título de pena, la totalidad de las sumas aportadas por los Adquirentes a incumplidos, hasta una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor del inmueble o si el valor de las cuotas pagadas por el adquirente es inferior al 15% del valor del inmueble, la penalidad será la totalidad de pagos efectuados por el adquirente, de la (las) Unidad(es) Inmobiliarias del Proyecto que les correspondiere de acuerdo con el Contrato de Promesa de Compraventa. Dicha suma será entregada por la Fiduciaria al Fideicomitente Constructor, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que el Fideicomitente Constructor le informe a la Fiduciaria, del retiro del Adquirente. El saldo de los recursos será entregado únicamente al Adquirente que sea desvinculado, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del formato de orden de operación por parte de la Fiduciaria, mediante abono en cuenta a nombre del titular de la separación únicamente, en la cuenta indicada por el Adquirente en el Contrato de Promesa de Compraventa”.

- Sobre la transferencia de las unidades inmobiliarias, la cláusula décima cuarta, modificada por el otrosí nro.1, dispuso:

*“El Fideicomitente Constructor suscribirá directamente las promesas de compraventa de las unidades inmobiliarias que se desarrollen en el Proyecto, en las promesas de compraventa se deberá incluir las cuales (sic) no firmará el Fideicomiso: De las promesas de compraventa deberá remitir mensualmente una relación a la Fiduciaria en el formato establecido y mantendrá copia a disposición de la misma cuando esta lo requiera. Los formatos de promesas de compraventa deben ser elaborados por el Fideicomitente Constructor, y deberán incluir una cláusula que indique que los Adquirentes conocen los términos del presente Contrato de Fiducia, los reglamentos y prospectos de los Fondos de Inversión Colectiva administrados por la sociedad Fiduciaria, en los que se invertirán los recursos, así como los derechos y funciones de la Fiduciaria como vocera del fideicomiso, la cláusula que haga referencia al saneamiento a cargo de los Fideicomitentes y del Fideicomitente A del Fideicomiso Matriz, y otra cláusula que indique que el Fideicomitente ostenta la calidad de enajenador de vivienda, en los términos de la Ley 1796 de 2016 y por tanto asumirá todas las obligaciones derivadas de dicha calidad, así como las obligaciones del amparo patrimonial establecidas en la misma. Los formatos de promesa de compraventa no deberán incluir disposiciones en los que incorporen esquemas de financiación para el cobro intereses remuneratorios sobre cuotas o sobre la totalidad del valor de las unidades inmobiliarias resultantes del Proyecto. Lo anterior sin perjuicio del cobro de posibles intereses moratorios por incumplimientos por parte de los Adquirentes y de los respectivos gastos de administración y de escrituración*

*El Fideicomitente Constructor suscribirá las escrituras de compraventa de las unidades inmobiliarias que se desarrollen en el Proyecto para efectos de cumplir con las obligaciones que se deriven de la construcción del Proyecto. Los formatos de minutas de compraventa deben ser elaborados por el Fideicomitente Constructor y aprobados previamente por la Fiduciaria, debiendo incluir la cláusula que indique que los Adquirentes conocen los términos del presente contrato de fiducia, y la cláusula que haga referencia al saneamiento a cargo del Fideicomitente Constructor. Los formatos de escritura de compraventa no deberán incluir disposiciones en los que incorporen esquemas de financiación para el cobro intereses remuneratorios sobre cuotas o sobre la totalidad del valor de las unidades inmobiliarias resultantes del Proyecto. Lo anterior sin perjuicio del cobro de posibles intereses moratorio (sic) por incumplimientos por parte de los Adquirentes y de los respectivos gastos de administración y de escrituración.”*

- De otro lado, en las vinculaciones remitidas, asociadas al proyecto<sup>30</sup>, consta comunicación en donde la constructora informa la suscripción del contrato de promesa de venta entre ésta y el adquirente. En el formato se lee:

*“(…) Con lo cual dichas promesas de compraventa se constituyen en el documento vinculante entre los inversionistas, la constructora y con el Fideicomiso de construcción ABUNDARA.*

<sup>30</sup> Ibidem “83\_RECIBEMEMORIALESPORCORREOELECTRONICO\_ANTECEDENT\_2020047034018000Z(.zip)”.Carpeta Vinculaciones. Fideicomiso de Construcción Abundara.



*Por lo anterior solicitamos que dicho inversionista sea vinculado y los recursos sean trasladados al Fideicomiso de construcción ABUNDARA”.*

- Así mismo, como se evidencia en el contrato de fiducia, el contrato de promesa de compraventa es suscrito por el comprador y el constructor, este último en nombre propio y en representación de la fiduciaria de acuerdo con un poder especial. Además este contrato se suscribe previa aprobación de la fiduciaria, y debe incluir una cláusula que indique que los adquirentes conocen los términos del contrato de fiducia.

A partir de lo expuesto, se evidencia que, como lo señala la demandante, los adquirentes de las unidades inmobiliarias no son parte, como suscriptores, del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Fiduciaria Colmena S.A. y las constructoras, mientras que sí lo son de la promesa de compraventa, en donde funcionan como parte. No obstante, ello no implica que no estén vinculados al contrato de fiducia, a los servicios fiduciarios y a sus efectos.

Ciertamente, el contrato, pese a que no es suscrito por ellos, les confiere el derecho a recibir *“las Unidades Inmobiliarias resultantes del Proyecto que hayan seleccionado y a suscribir la correspondiente escritura pública de transferencia a título de compraventa o los derechos otorgados en los eventos de liquidación anticipada establecida en el presente Contrato”*. Así mismo, los recursos depositados por los futuros adquirentes son administrados por la fiduciaria quien, además, debe concurrir a la firma de la escritura pública por intermedio del constructor (como apoderado), lo cual evidencia que el contrato de fiducia sí produce efectos respecto de estos compradores, tanto así que está pactado expresamente que se les informe sobre su existencia y contenido al momento de la firma de la promesa de venta. Sumado a que en las vinculaciones se establece que ese documento obliga a la fiducia y vincula al adquirente con esta, y que este último es el beneficiario de los inmuebles resultantes.

Todo ello se complementa con las atribuciones que tiene la fiduciaria en caso de resolución de las promesas de venta o desistimiento, en donde, incluso, se le autoriza a retener a título de pena un porcentaje de los recursos de los adquirentes y se regula el procedimiento de devolución de dineros. Además del hecho de que la fiduciaria debe concurrir a la firma de la escritura, en el contrato seleccionado, por conducto del constructor, y a su vez, el contrato de compraventa está sometido a previa aprobación por parte de esa entidad.

En consecuencia, si bien no hay una vinculación formal del adquirente, quien no es parte suscriptora del contrato de fiducia, diversas cláusulas lo involucran en forma directa e implican consecuencias frente a la prestación final que es la transferencia de la unidad inmobiliaria, tanto así que el contrato fiduciario reconoce este como su único derecho. En ese sentido, si bien el propósito del comprador es la transferencia en su favor del dominio sobre el inmueble, lo cual se efectúa mediante el contrato de venta, el vehículo utilizado para alcanzar dicho objetivo es el contrato de fiducia, de manera que no es cierto que el único interés del adquirente sea aquella relación contractual, tanto así que el acuerdo fiduciario expresamente obliga a comunicarle de su clausulado al cliente, quien acepta los términos y condiciones del mismo al suscribir el contrato de promesa de venta.

Es así como, a partir de las definiciones previstas en el artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, los adquirentes de las unidades inmobiliarias sí son consumidores financieros, por cuanto, como lo consideró la orden administrativa, son clientes dada la relación contractual indirecta existente entre la fiduciaria y el adquirente, o bien, porque, de no aceptarse la tesis del *“cliente”*, son usuarios de los servicios de la entidad vigilada,



los cuales se materializan en la administración de sus recursos y la transferencia de los inmuebles. En tal virtud, al ser el consumidor financiero la parte débil de la relación, desde la óptica constitucional está prevista la intervención estatal a fin de equilibrarla y dotar a éste de garantías adicionales, de forma que la libertad de empresa cede ante la prevalencia del interés general y la justa corrección de inequidades en el mercado.

Si bien el adquirente decide libremente si se vincula o no al esquema fiduciario, también lo es que para que pueda conseguirse el objetivo último de la transferencia del inmueble, debe consentir con que la fiducia administre sus recursos, vinculándose al acuerdo, además de que confía en que se honre las obligaciones de comparecencia a la firma de la escritura pública, la cual deviene del contrato fiduciario.

Se reitera que, si bien se reconoce que el constructor es quien participa en el proceso de ventas directamente con el cliente y la promesa se suscribe entre estos dos, también lo es que los efectos del contrato fiduciario vinculan al adquirente, a partir de las consideraciones expuestas, de forma tal que sí existe un interés en los servicios fiduciarios como mecanismo para la consecución de la prestación del contrato de compraventa.

En ese sentido, cobra sentido que no pueda asociarse al comprador de forma informal, sino que se requiera de un contrato de adhesión o prestación masiva de servicios, teniendo en cuenta que la vinculación de los diferentes adquirentes de las unidades inmobiliarias se hace de forma estandarizada, sin posibilidad de negociar los términos y condiciones que se le imponen.

Ahora bien, las normas que regulan la solicitud de aprobación de dichos contratos no obligan a que la superintendencia realice un análisis de las necesidades del sector, ni de los riesgos del esquema impuesto, ni mucho menos del mercado financiero, toda vez que lo que se busca es la protección del cliente como consumidor financiero, finalidad legítima reconocida a nivel constitucional, más aún teniendo en cuenta la administración que de sus recursos realiza el fideicomiso. Lo anterior no implica que se viole la libertad de empresa ni la libre configuración contractual pues, en este caso, el interés estatal de equilibrar la relación negocial para proteger las inequidades ínsitas a ella prevalece sobre la libertad de configuración del negocio.

En sentido semejante, en todos aquellos casos en donde se constate la necesidad de vinculación del adquirente, a partir de los términos contractuales, la exigencia de aprobación será idéntica para toda sociedad fiduciaria, de manera que no se puede sostener una violación a la libre competencia, ni una situación de desventaja, que tampoco está demostrada pues no se aportaron elementos de prueba en los que se acredite que en situaciones similares no se ha determinado dicha exigencia.

De otro lado, debe descartarse la configuración de una falsa motivación pues los actos invocaron tanto el numeral 3 del Título II, Capítulo I, Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera como la Ley 1328 de 2009 para establecer que los adquirentes de las inmobiliarias eran consumidores financieros y que la obligación de solicitud de aprobación de los contratos se fundamentaba en tal calidad. No es que la norma obligue a suscribir el contrato, sino que se prevé un régimen reforzado de protección en caso de que haya un vínculo legal, contractual o de usuario con un consumidor financiero, en la que la revisión del contrato configura una garantía adicional que equilibra la relación negocial.



Es importante subrayar que, pese a que en este caso el adquirente no es parte suscriptora del contrato de fiducia, la realidad del negocio deriva en que sus efectos lo vinculan, otorgándole el derecho a recibir la unidad inmobiliaria y determinándose, en el contrato de promesa de compraventa, que conoce el de fiducia. De tal forma que, el uso del negocio fiduciario como mecanismo para el perfeccionamiento de la venta sí es un efecto querido por las partes.

Así mismo, si bien la teoría de los “*contratos coligados*” no obliga a vincular a los compradores, y los pagos de los adquirentes no son aportes directos al contrato de fiducia, sino el precio del inmueble, también lo es que el uso de recursos del público merece una especial protección. A su vez, se insiste, el negocio fiduciario sí cobija a los adquirentes, con lo cual la coligación no determina la relación contractual, sino que es el contrato de fiducia en sí el que impacta al consumidor.

En línea con lo expuesto, si bien la obligación de rendir informes a los compradores no implica una vinculación efectiva al contrato de fiducia, a partir del análisis que ha realizado la Sala es dable concluir que ese acuerdo produce efectos indirectos frente a los adquirentes, que no directos al no ser parte del mismo, los cuales son dignos de protección.

En consecuencia, deben desestimarse también las presuntas violaciones a la libertad económica y la facultad de configuración contractual dada la existencia de una relación con un consumidor financiero en la cual, en tutela del interés general, el Estado interviene para dotarla de equilibrio la relación negocial. Nótese que la libertad económica no es absoluta y que la intervención en este caso está autorizada por el legislador, sin que pueda concluirse que la actividad desplegada por la superintendencia haya vulnerado los derechos de la fiduciaria, quien, si bien puede estructurar sus negocios libremente, debe propender por proteger a los usuarios, y clientes potenciales del sistema financiero, en los términos previstos en la ley.

Así mismo, se reitera que no está demostrada una violación a la libre competencia dado que no está probada la grave afectación a las actividades comerciales de la fiduciaria, ni la presunta desventaja competitiva con otros agentes del mercado.

Por último, debe resaltarse que la decisión de la superintendencia no afecta a los compradores ni su autonomía de la voluntad, pues en forma indirecta estos tienen relación con el contrato fiduciario, sino que, por el contrario, propende por dotarlos de garantías adicionales frente a las entidades vigiladas, de tal forma que no proceden los argumentos al efecto propuestos en la demanda.

Con respecto a las pruebas aportadas con la demanda, la Sala evidencia que ninguna de ellas logra llevar al convencimiento de una violación a la libertad de empresa, la libre competencia ni la falsa motivación o infracción de normas superiores. Ellas constan de oficios en donde la fiduciaria da respuesta a los requerimientos de la superintendencia, que también se allegan, para el envío de los modelos de contrato de fiducia inmobiliaria completa, remisiones de los contratos, vinculaciones y certificaciones de revisor fiscal, información general de la estructura, gobierno y gestión de riesgo de la fiduciaria y la estructuración y liquidación de los negocios, la matriz de riesgo operativo, circunstancias analizadas previamente en esta sede.

En síntesis, los argumentos de la demanda no prosperan dado que la fiduciaria debió presentar los contratos de prestación masiva de servicio, relativos a la



vinculación formal de los adquirentes de las unidades inmobiliarias como consumidores financieros, para la aprobación previa de la superintendencia, en los términos previstos en la orden administrativa.

## 5. Costas

Conforme a lo previsto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y 365 (numeral 8) del Código General del Proceso, no habrá condena en costas (gastos del proceso y agencias en derecho), por no encontrarse probadas en el expediente.

En mérito de lo expuesto, el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

1. **Negar** las pretensiones de la demanda.
2. No condenar en costas.

**Cópiese, notifíquese y comuníquese. Cúmplase.**

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)  
**WILSON RAMOS GIRÓN**  
Presidente

(Firmado electrónicamente)  
**MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**

(Firmado electrónicamente)  
**LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO**

Señor ciudadano este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica: <https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>