

La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción. Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano

The commercialization of real estate on plans or under construction. Legal analysis of the figure in Colombian law

Jimmy Antony Pérez Solano 

Universidad del Norte, Colombia

pjimmy@uninorte.edu.co

Recibido: 27 de junio de 2019 / **Aceptado:** 3 de noviembre de 2019

<https://doi.org/10.17081/just.24.36.3526>

Resumen

El auge de la comercialización de bienes inmuebles sobre planos en las últimas dos décadas, ha cambiado las tendencias del negocio de la construcción, erigiéndose como una figura novedosa e interesante para el campo jurídico, por lo que es preciso delimitar lo que se entiende por la compraventa de inmuebles sobre planos en el imaginario colectivo o la comercialización de los mismos sobre planos a través de esquemas de vinculación en fiducia mercantil y lo que en estricto derecho implica este negocio jurídico, con miras a poder dimensionar si efectivamente el negocio es tan ventajoso como aparece tan publicitado en el sector inmobiliario y de la construcción, observando que en tanto que existe una expectativa futura de adquirir un inmueble, garantizada por la otra parte contratante o por un tercero que asume una posición de garante al administrar los recursos recibidos para el desarrollo de las actividades pactadas, se hace necesario que los sujetos involucrados (comprador, vendedor y entidad fiduciaria) conozcan las implicaciones legales y contractuales existentes a la hora de celebrar este tipo de contratos (innominados) dentro de la legislación civil colombiana.

Palabras Clave: Comercialización, Inmuebles, Planos, Cosas Futuras, Fiducias.

Abstract

The rising of real state marketing on blueprints in the last two decades, has changed the tendencies of the construction business, establishing itself as a new and interesting figure for the legal field. Therefore, it is necessary to define what is meant by “the sale of property on blueprints” in the collective worldview or the marketing of those blueprints through linkage schemes in mercantile trust and what this legal business

implies in strict accordance with the law, in order to realize whether or not the business is as advantageous as it appears in real estate and construction marketing strategies. Noting that, while there is a future expectation of acquiring a property, guaranteed by the contracting party (constructor) or by a third party (fiduciary), who assumes a position as a guarantor by managing the received funds for the development of agreed activities, it is necessary that those involved (buyer, constructor and fiduciary trust) know their legal and contractual implications when concluding this kind of contracts (unnamed) within Colombian Civil Legislation.

Keywords: *Marketing, Real Estate, Planes, Non-Existent Things, Trusts.*

Como citar:

Pérez Solano, J. A. (2019). La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción. Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano. Justicia, 24(36), 1-21.
<https://doi.org/10.17081/just.24.36.3526>

I. INTRODUCCIÓN.

La comercialización de inmuebles sobre planos, más conocida como “venta de inmuebles sobre planos”, “en preventa” o “en fase de construcción”, es un negocio jurídico de gran interés en un mercado donde las libertades negociales son el orden del día y la autonomía de la voluntad toma cada vez más relevancia. Se trata de una reformulación de la actividad de la construcción que tradicionalmente funcionó bajo la premisa de “construir para vender”, siendo reemplazada por la consigna de “vender para construir”, por lo que toma especial relevancia este aspecto legal (compraventa) dentro de la actividad de la construcción.

Este estudio surge de la necesidad de conceptualizar, sobre la figura de la venta de inmuebles sobre planos, dentro de un escenario académico en el que, hasta hace poco, no se ha publicado ningún documento de investigación, ni mucho menos un libro o artículo de carácter jurídico especializado sobre la materia. No obstante, en esta investigación se han encontrado breves artículos de opinión y ensayos sobre algunos aspectos del negocio de la venta de inmuebles en fase de construcción, desde la perspectiva de los constructores y otros profesionales ajenos al Derecho, con especial énfasis en el negocio desde una perspectiva económica o comercial, antes que un detallado estudio jurídico que aporte al conocimiento riguroso de esta modalidad contractual.

Para llegar a esta conclusión se hizo una revisión desde lo más básico de la institución del contrato de compraventa, en un estudio detallado de todo el entramado normativo del derecho colombiano, así como la jurisprudencia proferida sobre el asunto, haciendo un contraste con el manejo de este mismo negocio jurídico en el derecho español, para concluir que efectivamente se trata de un típico negocio con primacía de la autonomía de la voluntad con grandes ventajas para los involucrados, que requiere que los sujetos involucrados (comprador, vendedor y entidad fiduciaria) conozcan las implicaciones legales y contractuales existentes al momento de celebrar este tipo de contratos (innominados) para efectos de una adecuada estructuración del negocio dentro del marco normativo colombiano.

II. RESULTADO

Naturaleza jurídica de los contratos mediante los cuales se comercializa un bien inmueble sobre planos o en fase de construcción

La comercialización de inmuebles sobre planos o en fase de construcción se entiende, dentro del marco de lo comúnmente conocido, como aquel negocio jurídico en el que quien pretende adquirir (comprador o beneficiario de área) un futuro inmueble, celebra con un comerciante (vendedor del inmueble sobre planos

o promotor del proyecto inmobiliario), un contrato cuyos recursos iniciales están garantizados por un tercero (entidad fiduciaria) con quien el “comprador o beneficiario de área” celebra un contrato encargo fiduciario cuyas condiciones e instrucciones irrevocables establecen que la administración de los recursos que aporte para la adquisición del bien inmueble en que está interesado se entreguen al constructor o promotor del proyecto directamente una vez se alcancen las condiciones de punto de equilibrio (encargo fiduciario de preventa simple) o para que sean administrados por una entidad fiduciaria, garantizando que éstos se ejecuten única y exclusivamente para el desarrollo de la obra (fiducia inmobiliaria).

Los recursos recibidos por la entidad fiduciaria de manos del “comprador o beneficiario de área” deben ser administrados de tal manera que sólo podrán hacerse los desembolsos de los recursos (y sus rendimientos) al constructor una vez se hayan cumplido una serie de eventos y requisitos tales como: 1) Alcanzar el punto de equilibrio por parte del constructor¹. 2) Cumplir con la legalización de la obra, esto es, legalización de predios, la obtención de permisos y licencias ambientales y de construcción para el inicio de la obra, 3) Radicar ante la autoridad municipal o distrital competente la documentación necesaria para salir a la preventa de los inmuebles por construir² (para los eventos en que se utilice el sistema de preventa), y 4) Iniciar o avanzar en la ejecución de la obra de acuerdo con un cronograma de ejecución de obra que estará verificando la fiduciaria para el correcto uso de los recursos girados.

Las modalidades de pago del inmueble que se pretende adquirir son tan variadas como promotores existan. Sin embargo, puede decirse que hay una tendencia a que en este tipo de negocios se fije el pago de una cuota inicial para separar el inmueble y unas cuotas parciales, las cuales se imputan al precio total, así como el pago de una cuota final, la cual en la mayoría de los casos suele ser financiada con un crédito hipotecario individual que una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera le apruebe a dicho comprador o beneficiario de área, o incluso a través de una operación de leasing habitacional con entidades financieras autorizadas para realizar este tipo de operaciones. Claro está que nada impide que el negocio puede ser pagado en un único instalamento desde el inicio del negocio, en procura de obtener un mejor precio en la negociación.

Consecuencia de lo anterior, se tiene que una vez construido el inmueble objeto de la negociación, se procederá a suscribirse un contrato de compraventa de bien inmueble mediante una escritura pública la cual deberá registrarse ante la Oficina

¹ Se entiende como el conjunto de condiciones técnicas, jurídicas, financieras y comerciales para que un proyecto inmobiliario pueda iniciar y culminar en su totalidad en un punto de no pérdida.

² Ley 962 de 2005 y Decreto 2180 de 2006, modificados por el artículo 185 del Decreto-Ley 019 de 2012. Así como los Decretos 2610 de 1979 y 2391 de 1989 en cada caso.

de Registro de Instrumentos Públicos y hacer la entrega real y material de dicho inmueble al comprador para que se perfeccione la compraventa y se haga la respectiva tradición del inmueble. En los eventos en que el interesado en adquirir el bien inmueble se vincule a través de un esquema fiduciario en el cual obtenga la condición de **beneficiario de área**, quien efectúa la transferencia a título de restitución de beneficio en fiducia mercantil será la entidad fiduciaria obrando como vocera del patrimonio autónomo que tiene las unidades inmobiliarias resultantes del proyecto, y en la cual también comparece el **promotor o constructor** del proyecto para garantizar la calidad del bien construido y para obligarse a responder por los vicios redhibitorios.

En estricto rigor de derecho, el tema no es tan simple y general como se presenta, pues no se trata de un contrato con las características propias de la compraventa de un inmueble ya existente, tal como lo regula expresamente el Código Civil (artículo 1849) y el Código de Comercio (artículo 905).

Lo primero que se debe poner de presente es que la compraventa comercial de un inmueble³ ubicado en Colombia, está regida principalmente por lo dispuesto en el Código de Comercio cuando se trata de comerciantes o de asuntos mercantiles (artículo 1) y el Código Civil, cuando las cuestiones comerciales no pudieren regularse por dicha norma (artículo 2 y 822 del Código de Comercio (Decreto-Ley 410, 1971)), y es en ese sentido que se debe identificar la norma aplicable para entender enteramente la naturaleza del tema en estudio.

En efecto, el Código Civil colombiano siguiendo la corriente romano-germánica impone que para adquirir derechos reales se deba cumplir de manera obligatoria con unas formalidades conocidas como el **Título** y el **Modo**, correspondiendo el primero de ellos, a los actos y hechos de las personas que les comprometan u obliguen, o los mandatos de la ley que le faculden para adquirir el derecho real de dominio de manera directa y por su propia voluntad, como es el caso de los contratos. La segunda formalidad, esto es, el Modo, corresponde a la manera como se transmiten los derechos de propiedad o dominio que estaban involucrados en el Título, valga decir, sólo a través del Modo⁴ (tradición, para el caso de la compraventa) se transfieren de manera efectiva los derechos surgidos del Título (contrato).

³ “Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos.” (Artículo 656, Ley 57 de 1887)

⁴ “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. De la adquisición de dominio por estos dos últimos medios se tratará en el libro De la sucesión por causa de muerte, y al fin de este código.” (Artículo 673, Ley 57 de 1887)

Precisado lo anterior, se tiene que la compraventa de los inmuebles impone que una de las partes se obliga con otra a dar o transmitir una cosa y la otra a pagarla en dinero, la primera se dice vender y la segunda comprar⁵, de lo cual se tiene que hay dos sujetos jurídicos involucrados en la negociación, comprador y vendedor, que pretenden obtener una prestación para sí, y se comprometen mutuamente a dar una contraprestación que se tiene como correlativa; Las prestaciones (obligaciones) en juego son, de una parte, la transferencia de la propiedad de un bien inmueble⁶, y de la otra, el pago de un precio como contraprestación por el bien inmueble, el cual se mira como equivalente.

No obstante, de conformidad con el Código Civil⁷, la venta de los inmuebles se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, y que dicho acuerdo se eleve a Escritura Pública como requisito de existencia y validez.

De la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de un inmueble se pueden resaltar algunas características que le son propias, por ejemplo: Se trata de un contrato **bilateral** (existen obligaciones recíprocas), **conmutativo** (las obligaciones recíprocas son interdependientes la una de la otra), **oneroso** (buscan el lucro económico de cada una de las partes involucradas), es de **libre discusión** (las partes acuerdan libremente el contenido de las cláusulas negociales y los pormenores del contrato), es un **contrato solemne** (sólo se perfecciona cuando el acuerdo sobre el inmueble y el precio se elevan a escritura pública), es un **contrato típico**, en la medida en que se goza de un reconocimiento social y se hace un uso constante de él en el tráfico jurídico, es un contrato **nominado**, esto es, el ordenamiento jurídico regula integralmente la figura en una norma especial como es el Código Civil y el Código de Comercio.

Ahora bien, al analizar el negocio jurídico que efectivamente celebran los involucrados en la denominada socialmente como “**venta de inmuebles sobre planos**”, acudiendo a la finalidad teleológica de este tipo de acuerdos

⁵ “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.” (Artículo 905, Decreto-Ley 410 de 1971). Así mismo se expresa: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.” (Artículo 1849, Ley 57 de 1887)

⁶ “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.” (Artículo 756, Ley 57 de 1887)

⁷ “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente se adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción.” (Artículo 1857, Ley 57 de 1887)

contractuales y, en atención que el derecho contractual es esencialmente dispositivo y no impositivo, surgen dos posiciones jurídicas respecto de la verdadera naturaleza jurídica de este contrato.

En efecto, de una parte, hay dentro de la doctrina foránea quienes sostienen que este contrato debe ser calificado como compraventa de cosa futura, tal como puede verse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en España (Yzquierdo et al, 2014). En ese sentido, Yzquierdo (2014) cita la recopilación que sobre el tema hace la jurisprudencia española:

[El Tribunal Supremo Español] de 19 de julio de 2012 (RJ 2013,2262), recoge la doctrina constante en tal sentido:

<<El contrato otorgado...debe ser calificado como compraventa de cosa futura. Este es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general. (...) El contrato en el que se combina la obligación de construir por parte del [vendedor], con la entrega de un piso o apartamento una vez construido el edificio es un contrato complejo, que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia. Esta Sala ha calificado este tipo de compraventa dentro del tipo emptio rei speratae, es decir, como un contrato conmutativo que, a diferencia de la modalidad emptio spei, que es un contrato aleatorio, <<[...] presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar [...]>> (STS de 30 octubre de 1989). La STS 649/1992, de 1 de julio (RJ 1992,6498) dice que <<No se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza (venditio spei), sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presume indudablemente en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance la realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, -que por ello no reviste naturaleza precontractual (Sentencia de 17 de junio de 1986 [RJ 1986, 3570]- ya que el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el resto del precio, -aún debitado-, de 3.250.000 pesetas sería efectivo a la entrega del local de referencia>> (p. 228,229)

Una lectura jurídica sobre el contrato de **compraventa de inmuebles sobre planos** no puede hacerse en el marco del derecho colombiano, dado que este negocio jurídico no se ciñe a las normas que rigen la compraventa de inmuebles en Colombia, tal como se ha expuesto anteriormente; en la venta de inmuebles sobre planos no se está celebrando un contrato de compraventa de un inmueble al momento de realizar el negocio inicial, únicamente se están haciendo, al menos en cuanto a la compraventa del inmueble, unas tratativas o acuerdos iniciales a través de una preventa o un contrato de promesa de contrato futuro, según sea el caso. En ese momento se están adquiriendo unos derechos para adquirir una o más unidades inmobiliarias en un futuro.

Es por ello que corresponde dilucidar lo que en estricto rigor jurídico es la socialmente conocida venta de inmuebles sobre planos o venta de inmuebles en fase de construcción, considerándolo en dos categorías a saber:

Venta de inmuebles sobre planos con administración de recursos por un tercero

Dentro de esta primera categoría se puede conceptualizar la venta de inmuebles sobre planos como un negocio jurídico mediante el cual una parte llamada comprador de unidad inmobiliaria⁸ acuerda con otra llamada promotor, la adquisición futura de una unidad inmobiliaria producto de la ejecución de un proyecto inmobiliario, a cambio de unos dineros que el comprador de la unidad inmobiliaria gira a un tercero llamado fideicomisario (entidad fiduciaria), quien se encarga de recibir y administrar dichos recursos para luego ser girados al constructor para que éstos sean invertidos exclusivamente en la ejecución del proyecto una vez cumplidas ciertas condiciones que hagan financieramente viable y jurídicamente seguro el negocio para los contratantes. No obstante ser esta la forma genérica como se entiende este negocio, existe ciertas variaciones y especificidades que determinan la manera como interviene la entidad fiduciaria en dicho negocio, así como su rol y régimen de responsabilidad frente a las partes involucradas.

Esquema fiduciario de preventa

Cuando se habla de la comercialización de inmuebles sobre planos, o en fase de construcción se está presencia de un negocio jurídico de inversión de recursos que hace el comprador de la unidad inmobiliaria, encaminado a la eventual y futura adquisición de un inmueble a un promotor-constructor a través de una entidad fiduciaria, constituyendo un encargo fiduciario cuyo objeto principal es entregarle los recursos del comprador (fideicomitente) a la entidad fiduciaria (fideicomisario) para que ésta, eventual y posteriormente los gire al constructor, y de esta manera

⁸ Es el nombre que ha surgido de la costumbre. Aquí se está comprando un derecho negocial.

el comprador adquiera el derecho a que una vez construido el inmueble, se suscriba un contrato de compraventa sobre dicho inmueble, pero que a la fecha de suscribir el encargo fiduciario inicial, el inmueble no existe físicamente en los términos pactados y con las características acordadas por las partes.

El comprador de la unidad inmobiliaria o **comprador sobre planos**, suscribe inicialmente un contrato de preventa y, una vez construido el inmueble, suscribe un verdadero contrato de compraventa de bien inmueble.

En este negocio jurídico se pueden identificar tres sujetos intervinientes: 1) El Comprador de la unidad inmobiliaria o comprador sobre planos (Fideicomitente). 2) El Promotor-constructor que es el vendedor sobre planos y quien ejecuta el proyecto inmobiliario y 3) El Fideicomisario o Entidad Fiduciaria, quien se encarga de recibir los dineros de manos de los compradores de unidades inmobiliarias y garante de los giros y la correcta inversión de los recursos.

La característica principal de esta modalidad está en que la entidad fiduciaria actúa únicamente en la etapa de preventa como receptora de los dineros, precisamente cuando aún no se ha empezado la construcción de la obra, suscribiendo un encargo fiduciario matriz con el constructor para el manejo de los dineros entregados por los compradores de las unidades inmobiliarias (sobre planos) a quien le harán los desembolsos de los recursos una vez la fiduciaria suscriba los contratos de encargo fiduciario con los compradores, el constructor logre el punto de equilibrio y se radiquen los documentos para el permiso de ventas ante la autoridad municipal o distrital competente, conforme lo dispuesto en el artículo 185 del Decreto-Ley 019 de 2012.

Esquema fiduciario en la etapa de construcción – con patrimonio autónomo

Además del tradicional sistema de preventa, se encuentra otro esquema de uso frecuente, como es la constitución de un patrimonio autónomo⁹ bajo la modalidad de fiducia inmobiliaria. En este modelo la entidad fiduciaria funge ya no como un patrimonio de inversión temporal como es el caso de los encargos fiduciarios, como ocurre en la preventa, sino que se constituye un patrimonio autónomo al cual se le hace la transferencia del lote de terreno en el que se habrá de construir el

⁹ Cuando se hace referencia a un patrimonio autónomo se quiere significar una independencia de esos recursos y una finalidad contemplada en el acto constitutivo de la fiducia, de conformidad con lo expresado en el artículo 1233 del Código de Comercio, imponiendo la obligación a cargo de la entidad fiduciaria de mantener los bienes fideicomitidos separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Por lo tanto son bienes inembargables, no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida, en los términos del artículo 1227 de la obra en cita.

proyecto inmobiliario, y que una vez se den las condiciones de **punto de equilibrio** que acredita el promotor del proyecto y que verifica la entidad fiduciaria, pasa a administrar los recursos que aporten todos los interesados en adquirir unidades inmobiliarias que se hayan vinculado al proyecto siendo futuros compradores o **beneficiarios de área**. Así mismo, la fiduciaria recibe toda la documentación jurídica, técnica y financiera del proyecto, habida cuenta que será quien fungirá como promotora del proyecto y será la responsable de todos estos aspectos ante el cliente, siendo finalmente la obligada a hacer la transferencia del derecho de propiedad de las unidades inmobiliarias, una vez construidas, a los compradores o beneficiarios de área. Esto en consideración a que en muchas ocasiones quienes compran sobre planos con este esquema no necesariamente adquieren el derecho para sí, sino para invertir un dinero a cuotas y posteriormente venderlo, ganándose la valorización del proyecto ya construido, más el ahorro en los costos directos por la diferencia de los precios que experimentan los materiales desde el inicio hasta culminación del proyecto, como suele suceder con los promotores inmobiliarios independientes.

Esquema fiduciario con promotor de proyecto independiente – a precio fijo

En este esquema existe un sujeto adicional a los ya conocidos en los esquemas anteriores, es decir, además del constructor, la entidad fiduciaria con la cual se constituye el patrimonio autónomo, y del comprador de la unidad inmobiliaria, aparece en escena el promotor inmobiliario de manera separada tanto del constructor como del fideicomisario.

Este promotor tiene como principal actividad hacer el mercadeo y venta de los inmuebles ya construidos o aún en la fase de construcción, a cambio de un precio fijo previamente acordado con la entidad fiduciaria que maneja el patrimonio autónomo, de modo que, a la manera de un agente comercial, actúa por su cuenta y riesgo en la aventura negocial, teniendo que asumir la contingencia del incremento del precio de la unidad inmobiliaria vendida. La relación jurídico-comercial del promotor no es con los compradores iniciales que aportaron al patrimonio autónomo para adquirir una unidad inmobiliaria, sino con compradores nuevos e independientes del proyecto inicial. Es por ello que el contrato que se celebre con estos compradores, producto de la gestión del promotor, “no está sujeto a las condiciones resolutorias por el incumplimiento del punto de equilibrio y no asumen el riesgo de los incrementos de los costos” (Puyana, 2013, p. 82).

Esquema fiduciario de administración de recursos

El esquema tiene como característica principal el manejo directo de los recursos por parte de la entidad fiduciaria, al punto que es ésta la encargada de invertir los

dineros en el proyecto inmobiliario en materiales, equipos, personal y cualesquiera otras erogaciones que fueren necesarias para el desarrollo del proyecto hasta su culminación. Le corresponde entonces a la fiduciaria rendir cuentas de su gestión en los términos y condiciones pactadas en el contrato de encargo fiduciario matriz. Tal como lo manifiesta Puyana (2013), esta modalidad puede usarse para proyectos al costo o a precio fijo, con o sin transferencia de los inmuebles y únicamente se transfieren los documentos necesarios para el desarrollo del proyecto y, en este último caso (sin transferencia de inmueble), la fiduciaria no celebra las promesas de compraventa porque no es propietaria del bien. (p. 83).

Otros esquemas fiduciarios

Como se vio en cada uno de los anteriores esquemas, donde el rol de cada uno de los intervinientes sufre algunos cambios en función de las obligaciones en punto del desarrollo del proyecto, es por lo que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes involucradas podrán, en todo caso, celebrar cualesquiera negocios jurídicos que consideren apropiados para el logro de los intereses de cada uno, y en esa medida podrán pactar las cláusulas que contengan las condiciones y modalidades que estimen necesarias para el logro de sus intereses. Así las cosas, podrán haber encargos fiduciarios y fiducias mercantiles, con variaciones de acuerdo a cada caso, y las modalidades podrán darse tal como se han referenciado o de la manera que mejor se ajuste a los intereses de los involucrados, siempre dentro del marco de la juridicidad.

Venta de inmuebles sobre planos con administración de recursos por parte del promotor

Esta es la primigenia forma jurídico-negocial de la venta de inmuebles sobre planos que existió en nuestro ordenamiento jurídico. En este esquema no hay intervención de terceros en la transacción, sino que toda la relación contractual se da únicamente entre el “vendedor” y el “comprador” del inmueble sobre planos.

En este escenario se considera la llamada “venta de inmuebles sobre planos”, como un negocio jurídico bilateral, oneroso, de dos o mas partes que hacen una inversión de recursos, encaminado a la realización de una eventual y futura compraventa de una vivienda, local comercial o cualquier otro inmueble no existente al momento de celebrar el negocio, pero que existirá una vez se cumpla un plazo y unas condiciones específicas acordadas por las partes.

Respecto de esta categoría de negocio, más sencilla que la anterior, se tiene que el mismo podría hacerse de manera directa entre el comprador del proyecto y el mismo constructor de la obra, sin el concurso de tercero alguno que respalde la operación, es decir, que para la existencia y validez del negocio no sería necesaria

la intervención de una entidad fiduciaria ni de cualquier otro garante para que el negocio tenga la misma finalidad o alcance.

Ahora bien, en atención a que para los años 90 hubo una crisis inmobiliaria en Colombia, y que muchos consumidores se vieron defraudados en sus expectativas de adquirir el bien prometido en venta a través de la figura de la compraventa de inmuebles en fase de construcción, el Gobierno Nacional en asocio con el Congreso de la República, se vieron obligados a intervenir en la economía dictando normas que regularan la actividad con el fin de garantizar la misma, exigiendo el lleno de ciertos requisitos para poder dar inicio a la preventa cuando existe captación directa de dinero del público por parte de los constructores, para lo cual expidió la Ley 338 de 1997, modificada por la Ley 962 de 2005 modificada a su vez por el Decreto-Ley 019 de 2012.

No obstante, dentro de esta segunda categoría de venta de inmuebles sobre planos, **el contrato de promesa de contrato futuro** se hace directamente con el promotor-constructor a quien se le giran directamente los recursos iniciales y periódicos y, una vez construido el inmueble, se hace el pago del saldo restante, bien sea de manera directa por el comprador o a través de un crédito hipotecario, por ejemplo, es entonces cuando se protocoliza la compraventa del inmueble adquirido. Esto tiene plena validez, como contrato principal, sin necesidad de contratos accesorios, tales como avales bancarios o seguros de cumplimiento que lo amparen, de común (obligatoria) utilización en el derecho español (Cómitre, 2009, p. 21 a 29), pero que bien podrían ayudar a fortalecer la seguridad de cumplimiento del negocio por parte de los involucrados.

Es por lo anterior, que no se comparte en su totalidad la percepción que sobre este negocio tiene la Cámara Colombiana de Construcción (2008) la cual manifiesta que: “El potencial comprador debe que tener claro que el documento que firma inicialmente, no es la promesa de compraventa del inmueble, como en los proyectos que ya están construidos; (...)” (p. 5). En su lugar, se pareciera que en dicho concepto se refieren a la primera categoría aquí tratada, es decir, de venta de inmuebles sobre planos con administración de recursos por un tercero.

Nada impide que se pueda hacer una simple promesa de compraventa de un inmueble inexistente a condición de que éste exista al momento de materializarse la venta definitiva del inmueble, bien valiéndose de lo normado en el artículo 1611 del Código Civil (Requisitos de la promesa) o bien celebrar un contrato de promesa de contrato futuro en ejercicio de la autonomía de la voluntad como regla imperante del derecho privado colombiano.

Así como la esencia del contrato de compraventa es obligarse a *dar o transferir* el derecho de dominio que se tiene sobre un inmueble, la esencia de un contrato de promesa es la de *hacer* o desplegar una actividad¹⁰prometida. El contrato de promesa¹¹ de compraventa de bien inmueble propende porque se cumpla la obligación hacer, esto es, de suscribir la escritura de compraventa del bien inmueble, y en esa medida nada impide que se puedan (pre)“vender” inmuebles que apenas existen sobre plano haciendo uso de una promesa de venta, en tanto que sólo haría falta suscribir el contrato prometido en la oportunidad fijada en el contrato y bajo las condiciones previamente negociadas.¹²

Relación con otras figuras jurídicas

Teniendo en cuenta que se promete adquirir un inmueble que no existe, y no dejando pasar por alto la visión que se tiene sobre la figura en el Derecho español, lo cual obliga a retomar tanto el Código de Comercio como el Código Civil en torno a la figura de la “**venta de cosas inexistentes**” o “**venta de cosas futuras**” con miras a determinar si dichas normas efectivamente son aplicables tanto a muebles como a inmuebles de manera indiscriminada, en especial, atendiendo los efectos jurídicos que se derivan.

Por ejemplo, el Código de Comercio en lo concerniente a la compraventa de cuerpo cierto existente o inexistente dispone que “[l]a compra de un "cuerpo cierto" que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no producirá efecto alguno, salvo que las partes tomen como objeto del contrato el alea de su existencia y el vendedor ignore su pérdida.” (Artículo 918, Decreto-Ley 410, 1971). De manera que “[s]i falta una parte considerable de la cosa al tiempo

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (26 de marzo de 1999). Ref. Exp. 5149. M.P. Jaramillo Schloss, C. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (13 de mayo de 2003). Ref. Exp. 6760. M.P. Valencia Copete, C.J.

¹¹ “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito.

2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 (sic) del Código Civil.

3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.” (Artículo 1611, Ley 57 de 1887, Subrogado por artículo 89, Ley 153 de 1887)

¹² Aquí resulta interesante plantear la posibilidad de que el pago que surja como consecuencia de la venta no sea exclusivamente en dinero, pues como no se trata de una compraventa de un inmueble ya existente, no obliga rigurosamente lo dispuesto en el artículo 905 del Código de Comercio. En este caso, se considera que el pago del precio puede ser en dinero o con otros bienes estimables en dinero, sin que por eso se pueda estar hablando de una permutación, dado que, se insiste, no se está ante un negocio de compraventa tradicional de un inmueble construido, sino de un negocio jurídicamente innominado (aunque tenga tipicidad social) en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en ese sentido lo que se recaude durante el precontrato o promesa de contrato, en dinero o en especie, se tendrá como pago aceptable y equivalente por el inmueble cuya tradición se haría como producto de este negocio.

de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador desistir del mismo o darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación de expertos o peritos.

El que venda a sabiendas lo que en todo o en parte no exista, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.” (Artículo 918, Decreto-Ley 410, 1971). [El subrayado es del autor].

Nótese que en este caso se está frente a un bien que **“se supone existente”** y no existe al momento de perfeccionarse el contrato. La consecuencia jurídica la trae la norma misma, como es, que no produce efecto alguno, sin perder de vista que la norma trae una excepción consistente en que las partes “tomen como objeto del contrato el alea de su existencia y el vendedor ignore su pérdida” (Artículo 918, Decreto-Ley 410, 1971), lo cual no tiene aplicación en el presente caso.

Sin embargo, es preciso decir que en lo tocante a los bienes inmuebles, si llegare a darse el caso de que se fuese a suscribir la compraventa de un inmueble, vgr una casa, y al momento de hacerse la entrega real y material del inmueble objeto de la compraventa perfeccionada, las partes encuentran, por ejemplo, que el inmueble no existe porque hubo error en la identificación del bien, o el inmueble vendido fue demolido en su totalidad por cualquier causa, o se construyó otro inmueble diferente en el lugar de ubicación del lote del inmueble inicialmente vendido, sin duda alguna que las partes desde ya han de conocer las implicaciones que tendría este negocio jurídico, así como el evento en que el promotor-constructor venda a sabiendas de que el inmueble en todo o en parte no existe, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe en los términos del inciso final del artículo 918 del Código de Comercio; en ambos casos, habría un incumplimiento contractual puro (y en algunos eventos podría pensarse en un dolo o mala fe contractual), el cual puede o no estar precedido de una promesa de compraventa, que llevaría a considerar ineficaz el contrato celebrado, en caso de poder elevarlo a escritura pública. Es por ello que no es esta la figura jurídica que se acompasa con la comercialización de inmuebles sobre planos, porque de hacerlo por esta vía, se estaría en presencia de la celebración de un contrato suscrito con clara mala fe y dolo contractual de parte del vendedor. “En este caso no hay contrato, y la compraventa más que nula es inexistente, pues falta uno de los elementos esenciales a ella cual es la cosa vendida.” (Gómez, 2008, p. 39).

En lo que respecta a la venta de cosas futuras, al tenor de lo dispuesto en la norma comercial aplicable se tiene que “[l]a venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato parezca que se compra el alea. Si la cosa llegare a tener

únicamente existencia parcial podrá el comprador desistir del contrato o perseverar en él a justa tasación.” (Artículo 917, Decreto-Ley 410, 1971).

De la lectura de la norma es preciso distinguir entre la venta de la cosa futura y la venta de un alea. En el primero de los dos supuestos, nos se está ante una obligación condicional, por lo tanto se requiere que la condición se cumpla para que pueda perfeccionarse el contrato. Dicho de otra manera, si no llegare a cumplirse la condición, esto es, que llegare a existir el inmueble, la consecuencia natural es que no habría contrato, por ausencia sustancial del objeto, siendo este un requisito de la esencia del contrato de compraventa.

En el segundo supuesto, esto es, que se hace la venta de un alea o de la suerte, se verifica que ello es perfectamente válido en tratándose de bienes muebles por autorización legal, es así como se cita tradicionalmente el ejemplo de la cosecha que se vende con la expectativa de que llegue darse en los términos previstos. Sin embargo, tal circunstancia no es predicable tratándose de bienes inmuebles.

Tal como lo manifiesta el Profesor César Gómez Estrada (2008):

Ahora bien, como el contrato de compraventa supone necesariamente la existencia de la cosa vendida, pues sin esta no hay compraventa, se ve claro entonces que cuando el artículo 1869 reza que en su caso la venta se entiende celebrada bajo la condición de que la cosa llegue a existir, se está refiriendo a una condición impropia o conditio iuris, no a la condición propia o conditio facti. Lo cual lleva a la consecuencia muy trascendental de que en la hipótesis en examen el contrato solo se puede considerar como perfeccionado y existente desde la fecha en que la cosa espera llegue a existir, de suerte que sólo a partir de ese momento y hacia el futuro se producen los efectos propios del contrato. (p. 38).

Hasta este punto se ha dicho que la venta de cosa inexistente o la venta de cosas futuras, son negocios jurídicos válidos amparados por el ordenamiento jurídico, pero que no son figuras aplicables a la compraventa de bienes inmuebles.

El punto que obliga a esta conclusión es que en lo que respecta a la venta de inmuebles es que el Código Civil, como norma complementaria aplicable, exige el cumplimiento *sine qua non* de una solemnidad, siendo requisito *ab sustatian actus* como es, que este negocio jurídico, además de que se llegue a un acuerdo entre el

bien inmueble y la contraprestación que se paga por él, se deba elevar a escritura pública ante una Notaría Pública para que nazca a la vida jurídica.¹³

En efecto, el Código Civil en su artículo 1500 expresa que tratándose de contratos solemnes, para que estos sean perfectos se deben observar ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

Más aún, la misma codificación en su artículo 1760 expresa de manera categórica que:

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

De otra parte, el artículo 12 del Decreto 960 de 1970 al precisar los actos que requieren solemnidad, dispone que “[d]eberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad.”, como es el caso de la compraventa de bienes inmuebles, según se ha expresado en los artículos anteriormente citados.

No obstante, teniendo presente que la inexistencia del inmueble es ya razón jurídica suficiente para no poder suscribir una escritura pública de compraventa, se le adicionan otras razones que derivan de la principal, como es el hecho de que para poder extender una escritura pública de compraventa de un inmueble en Colombia se requiera: 1) Copia auténtica y pagada del impuesto predial del año en que se va a realizar la escritura. 2) Que los datos del inmueble que se pretende vender se encuentren completos, es decir, la dirección del predio con el respectivo número de la casa, apartamento u oficina, según el caso, la Cédula Catastral y la

¹³ “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente se adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción.” (Artículo 1857, Ley 57 de 1887)

Matrícula Inmobiliaria.¹⁴ 3) El Paz y Salvo original de Valorización expedido por la autoridad municipal o distrital competente. 4) Paz y salvo de la administración de la administración, si el inmueble está sometido a propiedad horizontal.

Así las cosas, resulta evidente que no podría elevarse a escritura pública¹⁵ la compraventa de un inmueble sobre planos o en fase de construcción por cuanto no resulta materialmente posible su plena identificación por carecer de nomenclatura, linderos, dimensiones interiores, un registro catastral, o una matrícula inmobiliaria, etc., faltando entonces aquellos elementos que permiten identificar el bien objeto del negocio y, por lo mismo, subsumirlo en las normas que regulan la venta de inmuebles de manera tradicional.

Dicho lo anterior, se reitera lo manifestado a lo largo del texto, respecto a la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de inmuebles sobre planos, considerándolo como un contrato típico, pero innominado y complejo, que adopta las características propias de un precontrato o promesa de contrato inicial provisto de una *obligación de hacer* que desemboca en un contrato final contentivo de una *obligación de dar o transferir*.

III. CONCLUSIONES

Luego de analizar los elementos propios de lo que típicamente se conoce como contrato de compraventa de inmuebles, en contraste con lo que comúnmente se conoce como “contrato de comercialización inmuebles sobre planos” se puede concluir que se trata de un contrato **bilateral, conmutativo, oneroso, de libre discusión, consensual, innominado y sujeto a una condición**, esta es, que el inmueble exista para poder celebrar en su debido momento un contrato de compraventa de bien inmueble, el cual sí es solemne y nominado de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Este negocio jurídico implica la intervención de diferentes sujetos con una carga obligacional diversa, de suerte que algunas de las responsabilidades derivadas son sustancialmente distintas a las de la compraventa de inmuebles típica regulada tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil, ajena a las posibles aplicaciones de lo reglado para la venta de cosas futuras o las inexistentes de que

¹⁴ “IDENTIFICACIÓN DE INMUEBLES. Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal.” (artículo 31, Decreto 960 de 1970)

¹⁵ “OBJETO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. Cuando el Notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento; indicará el acto o contrato con su denominación legal si la tuviere, y al extender el instrumento velará porque contenga los elementos esenciales y naturales propios de aquel, y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso.” (Artículo 15, Decreto 960 de 1970)

tratan los artículos 917 y 918 del Código de Comercio y 1869 y 1870 del Código Civil, que serían eventualmente aplicables para el caso de incumplimiento del contrato de compraventa propiamente dicho, pero no al contrato inicial de comercialización de inmuebles sobre planos.

Esta modalidad negocial, que en el pasado fue altamente riesgosa por la falta de protección jurídica para los contratantes, hoy cuenta con un escenario legal más propicio para su implementación extensiva por contar con muchas garantías para los intervinientes en dichos negocios, al punto que los riesgos jurídicos y económicos que comporta, están siendo previstos y minimizados cada vez más por diversos mecanismos legales y convencionales para darle mayor firmeza y seguridad jurídica a esta modalidad de contratación que está al orden del día en el sector de la construcción.

La participación de las compañías fiduciarias en el negocio, la mejor estructuración de los negocios entre las partes y el papel preponderante que tiene de la Superintendencia de Industria y Comercio desde sus competencias administrativas y jurisdiccionales en punto de protección al consumidor inmobiliario, se puede concluir que efectivamente se trata de un negocio ventajoso para todos los involucrados.

IV. REFERENCIAS

- Borrero, O., Tellez, M., Puyana, G., Noriega, J., Consuegra, J.G., Gaviria, N., ... Bautista, M.A. (2009). *Gerencia de proyectos inmobiliarios*. Bogotá: Bhandar Editores Ltda.
- Cámara Colombiana de Construcción. (abril de 2008). *Concepto Jurídico 48 de 2008. Reglamentación Preventa*. Recuperado de http://camacol.co/sites/default/files/secciones_internas/COBO20090414013753.pdf
- Cencerrado, E., Clemente, M.E., Galán, R.M., Gómez, F., González, D., Herbosa, I.,..., Yzquierdo, M. (2014). *Contratos de Finalidad Traslative del Dominio (I)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Cómitre, C. (2009). *La ejecución de Avals de la Ley 57/1968*. Málaga: Cyclo abogados S.L.P.
- Congreso de la República de Colombia. (15 de abril de 1887). Ley 57 de 1887. *Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Código*

Civil.

Congreso de la República de Colombia. (19 de agosto de 1997). Ley 400 de 1997.
Por el cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes.

Congreso de la República de Colombia. (8 de julio de 2005). Ley 962 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.*

Congreso de la República de Colombia. (29 de junio de 2006). Decreto 2180 de 2006. *Por el cual se reglamenta el artículo 71 de la Ley 962 de 2005.*

Congreso de la República de Colombia. (15 de julio de 2009). Ley 1328 de 2009. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.*

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Ley 1480 de 2011. *Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones.*

Congreso de la República de Colombia. (13 de julio de 2016). Ley 1796 de 2016. *Por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la función pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la superintendencia de notariado y registro y se dictan otras disposiciones.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (26 de marzo de 1999). Ref. Exp. 5149. M.P. Jaramillo Schloss, C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (13 de mayo de 2003). Ref. Exp. 6760. M.P. Valencia Copete, C.J.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1 de noviembre de 2011) Ref. Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01. M.P. Díaz Rueda, R.M.

De Elizalde, Ibarbia, Francisco (2015). *El contenido del contrato*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Díez-Picazo, Luís. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters.

- Etcheverry, R.A., Jaramillo, C.I. (2012). *La interpretación de los contratos atípicos y la valoración de la conducta de los contratantes*. Bogotá: Grupo Editorial – Universidad de la Sabana.
- Gómez, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Presidencia de la República de Colombia. (20 de junio 1970). Decreto 960 de 1970. *Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*.
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Decreto-Ley 410 de 1971. *Por el cual se expide el Código de Comercio*.
- Presidencia de la República de Colombia. (26 de octubre de 1979). Decreto-Ley 2610 de 1979. *Por el cual se reforma la Ley 66 de 1968*.
- Presidencia de la República de Colombia. (20 de octubre de 1989). Decreto 2391 de 1989. *Por el cual se reglamentan el artículo 62 de la Ley 9 de 1989 y el artículo 3 del Decreto Ley 78 de 1987, en desarrollo de las actividades de las Organizaciones Populares de Vivienda*.
- Presidencia de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Decreto-Ley 019 de 2012. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*.
- Presidencia de la República de Colombia. (17 de abril de 2013). Decreto 735 de 2013. *Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7° y siguientes de la Ley 1480 de 2011*.
- Solarte, Rodríguez, Arturo. (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Universitas, diciembre, 282-315.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2012). Concepto 12-204384-00002-0000 de 26 de diciembre. Bogotá, D.C.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2016). Circular Externa 024 de 2016 de 27 de julio. Bogotá, D.C.