

Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia

Overview of the secondary duties of conduct of trust companies in the trust contract

Fredy Andrei Herrera Osorio*
y Alejandro Mahecha Pulido

Resumen

El mercado contemporáneo, imbuido de la necesidad de realizar negocios con agilidad, impone la existencia de instituciones que permitan a las partes involucradas en un negocio jurídico bilateral actuar con la confianza de que no serán defraudadas en sus expectativas razonables, labor que viene a ser suplida por el principio constitucional de la buena fe, en virtud del cual se imponen reglas de comportamiento y criterios de actuación tanto en el ámbito nacional como internacional, integrando el contenido del negocio.

El contrato de fiducia, como un ejemplo diciente de la contratación contemporánea, requiere considerar el principio de la buena fe para reconocer la existencia de deberes secundarios de conducta a cargo de la sociedad

* Abogado Grado de Honor de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales. Magister en Derecho área investigativa. Aspirante a Doctor en Derecho de la misma Universidad. Ex-Coordinador Académico de la Especialización en Derecho Privado Económico y de la Maestría en Derecho área de profundización Derecho Privado Económico de la misma alma máter. Profesor Catedrático Asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de las Universidades Católica de Colombia, de Tunja y del Atlántico. Alejandro Mahecha Pulido es estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

fiduciaria, los cuales resultan explicables en virtud del profesionalismo exigible de este experto, así como por la especial sujeción del fideicomitente.

Palabras clave

Fiducia mercantil, buena fe, integración contractual, deberes secundarios de conducta, actividad fiduciaria.

Abstract

The contemporary market, imbued with the need to make business with agility, imposes the existence of institutions that allow the parties involved in a bilateral legal business to act with the confidence that they will not be disappointed in their reasonable expectations, situation that is replaced by the constitutional principle of good faith, under which behavioral rules and criteria for action are imposed, both national and international level, integrating the content of the business.

The contract of trust, as an example of the contemporary contracting, requires considering the principle of good faith to recognize the existence of secondary duties of conduct by the trust company, which are explainable on the basis of the professionalism of this expert, as well as the special submission of the settlor.

Key words

Trust, good faith, integration of the contracts, secondary duties of conduct, trust activity.

Introducción

La actividad fiduciaria tiene rasgos particulares derivados fundamentalmente del comportamiento profesional que se espera del fiduciario y de la confianza depositada en el adecuado cumplimiento de sus funciones¹, al punto que el artículo 1234 del Código de Comercio le impuso el deber de actuar con la mayor diligencia en la realización de los actos necesarios para alcanzar la finalidad fiduciaria².

Sin embargo, la redacción genérica empleada por el legislador para la consagración de sus obligaciones, así como la dificultad de determinar las actuaciones que les son exigibles en concreto, demandan la realización de estudios de sistematización que permitan comprender el régimen de responsabilidad de las sociedades fiduciarias y, especialmente, el alcance de los deberes que resultan connaturales a su actividad.

Dentro de este contexto se ubica el presente artículo académico, el cual presenta de forma general los deberes secundarios de conducta que son exigibles de las sociedades fiduciarias colombianas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, para lo cual, en primer lugar, se hará una presentación general del principio de la buena fe objetiva y consecuentemente de la integración contractual. Con posterioridad se analizará la actividad fiduciaria y se descenderá a los deberes secundarios que le son exigibles en atención al principio de la buena fe y la integración contractual.

Metodológicamente este escrito se originó en una reconstrucción dogmática descriptiva sobre el principio de buena fe y su relación con la integración contractual. A partir de estos supuestos, se efectuó un profundo análisis normativo y de

¹ El tratadista RODRÍGUEZ AZUERO identifica tres elementos fundamentales en el negocio fiduciario: "...Un **elemento real** constituido por la transmisión plena de derechos, ya reales como la propiedad o personales como la titularidad de un crédito, por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna... y aún cuando no existe posición unánime por parte de la doctrina y hay quienes sostienen que la transición está limitada desde un comienzo por el cumplimiento de la finalidad propuesta por el fiduciario... otros piensan que existe una transmisión plena y que la propiedad adquirida puede nominarse como fiduciaria, caracterizada por no ser absoluta... Un **elemento personal u obligatorio** por virtud de la cual la titularidad del fiduciario se le limita en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante... el fiduciario tiene una amplia gama de facultades, pero ellas se encuentran limitadas por las obligaciones que haya contraído en virtud del acto constitutivo, por las que señala la ley, y en todo caso por las que fluyan del debido cumplimiento de la finalidad... El **riesgo de que el fiduciario abuse de sus facultades**, dado el exceso de poderes jurídico que recibe y que resultan de hacerlo propietario, frente a la finalidad económica buscada que, en nuestro derecho, puede ser enajenar el bien o administrarlo para cumplir la finalidad". RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La responsabilidad del Fiduciario*. Medellín : Biblioteca Jurídica Diké, 1997, p. 24-27.

² "...El principio cardinal que domina el funcionamiento del trust es que el fiduciario debe realizar todos los actos necesarios para que la voluntad del constituyente se cumpla en forma plena... el fiduciario puede realizar todos los actos y contratos necesarios para llevar a cabo la finalidad que no le estén prohibidos por la ley o el acto de constitución o para los cuales no se exija una autorización expresa en aquella o ésta...". RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos bancarios su significación en América Latina*. Bogotá : Legis, 2003, p. 854-855.

jurisprudencial arbitral para determinar los principales deberes secundarios de las fiduciarias y su contenido, los cuales son presentados de forma crítica desde de la experiencia práctica en la supervisión de esta actividad y las reflexiones académicas del salón de clases.

1. De la buena fe subjetiva a la buena fe objetiva

Los negocios jurídicos, clásicamente, fueron considerados como una forma de creación de derecho objetivo, en tanto buscaban regular intereses patrimoniales a través del establecimiento de obligaciones entre los sujetos negociales³. Sin embargo, el devenir histórico mostró la necesidad de reconocer al interior de los negocios un componente moral⁴, garantizando de esta forma un tipo de protección para los sujetos que se encuentran en imposibilidad o desventaja para defender sus intereses, apelando, entre otras reglas, a cargas provenientes de la moral como la buena fe.

Y es que el negocio jurídico no puede convertirse en una forma de explotación abusiva de una parte sobre la otra, pues, en la modernidad, se reconocen límites a la actividad individual y se reprocha la existencia de conductas que suponen un beneficio desmedido frente a las cargas impuestas a la otra. No debemos olvidar las sabias palabras del maestro Jorge Ripert:

“...La regla moral puede estudiarse primero en su Función Formativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica que vendría a utilizarse con fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, la necesidad de protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte. Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles...”⁵.

³ “Contracting is often described as an act of private lawmaking by which the parties create a kind of personalized “statue” that governs their transaction. The law so created by the terms of the contract is binding on the parties and is capable of being enforced though the compulsive power of the state”. BLUM, Brian y KLUWER, Wolters. *Contracts, law & business*. Estados Unidos : s.n., 2011, p. 6.

⁴ “...la posibilidad de dos o más personas de quedar jurídicamente obligadas por su propia iniciativa significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Ese paradigma liberal se rompe en los abundantes supuestos en que expresamente el esquema contractual se constituye sobre la diversa posición de los sujetos contratantes, o... en los casos en que bajo la apariencia de una contratación regular o normal puede encubrirse la realidad de un nuevo status. En estos casos no existe propiamente negociación ni equilibrio de intereses entre los particulares, debido a la existencia de condiciones impuestas por el contratante más fuerte. Estas situaciones imponen, desde imperativos del constitucionalismo económico y social, el señalamiento de límites a la libertad de contratación...” MONEREO PÉREZ, José Luis. *El negocio jurídico como categoría problemática*. Estudio preliminar. En : BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada : Colmares, 2010, p. XXVII y XXVIII.

⁵ RIPERT, Jorge. *La regla moral en las obligaciones*. (C. J. Latorre, Trad.). Bogotá : Universidad Nacional de Colombia, 1941, p. 6.

Dentro de este contexto, la buena fe adquirió un valor superior como mecanismo limitativo de la voluntad individual, en el sentido de que recondujo las obligaciones contractuales, imponiendo incluso deberes superiores a los que fueron objeto de negociación o negando eficacia a cierto tipo de cláusulas. Este mismo autor señala:

“...El acreedor y el deudor de una obligación contractual están, pues, obligados a respetar el vínculo jurídico que los une, obrando de buena fe el uno hacia el otro. La existencia de la situación contractual les crea en cierta forma deberes particulares. Sin duda que tienen intereses opuestos, pero la ley común que se han dado les impone una conducta moral, y el juez no dejará nunca de apreciar esta conducta...”⁶.

En Colombia, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio establecieron que los contratos, esto es, los negocios jurídicos bilaterales, deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe, determinando con ello una carga moral que implica a las partes comportarse con lealtad, probidad y honradez en el iter contractual, so pena de comprometer su responsabilidad. Más aun, el artículo 83 de la Constitución Política consagró una presunción general de buena fe, imponiendo así una prohibición de actuar de forma fraudulenta o engañosa, como fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia:

“...Sobre este particular, es útil memorar que la buena fe constituye principio cardinal vigente en el derecho positivo, que fue elevado a norma de rango constitucional en el año de 1991 (art. 83), conforme al cual, las personas deben emplear en sus relaciones con los demás una conducta leal, que les impone obrar honestamente, sin maniobras fraudulentas o engañosas...”⁷.

De esta manera, la buena fe encierra un principio de comportamiento de las partes quienes deben actuar no solo conforme a lo que se pactó expresamente, sino considerando los intereses de su contraparte, de suerte que no se afecten las expectativas de esta última o que el negocio jurídico se constituya en una forma de sometimiento a los intereses de una sola de las partes. Luego, es jurídicamente posible que se pueda exigir no solo una conducta acorde a derecho, sino que la conducta debe estar en armonía con valores que surgen de cargas impuestas por la moral, tales como actuar con probidad, lealtad, diligencia y honradez, así como considerando lo que es exigible de una persona puesta en un determinado contexto. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha indicado que la buena fe es un principio vertebral de la convivencia social,

⁶ Ibid., p. 164.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

“...con sujeción a la cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación...

Presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañar...”⁸.

No debemos olvidar que la buena fe es uno de los principios rectores del negocio jurídico que tiene una doble vertiente: subjetiva y objetiva. La primera, referida a la conciencia o creencia del individuo, en el sentido de que su actuación se ajusta a derecho, sin incurrir en negligencia o fraude⁹. Y la objetiva, que traduce en la carga que tienen los sujetos negociales de actuar de acuerdo con un ideal de comportamiento, teniendo en cuenta las condiciones de un sujeto medianamente diligente colocado en la misma situación negocial, lo que se traduce en la existencia de deberes de conducta que deben ser observados por los contratantes, tales como los de lealtad y corrección¹⁰. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a los tipos de buena fe, fue clara en señalar que:

“...La subjetiva, in genere, propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo (‘actitud de conciencia’, o ‘estado psicológico’),

⁸ Ibid., p. 23.

⁹ “...La buena fe subjetiva es aquella en la que se puede afirmar un especial estado psíquico del sujeto: ignorancia, conocimiento o creencia errónea acerca de una determinada situación jurídica que hacen que ese sujeto produzca hechos con consecuencias en el derecho. En este sentido, entonces, la buena fe comprende un estado de ignorancia en que se encuentra la persona al momento en que cumple la acción...”. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires : Astrea, 1999, p. 513.

¹⁰ Sobre el particular, el tratadista OVIEDO ALBAN, citando a DE LA PUENTE Y LAVALLE, asevera que la buena fe objetiva tiene, dentro de sus características, las siguientes: “a) se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético... e) El criterio objetivo consistente en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media”. OVIEDO ALBAN, Jorge. La formación del contrato. Bogotá : Temis, 2008, p. 13.

connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla -o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos **deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial**, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)...”¹¹. (Negrilla fuera del texto original).

Luego, si bien clásicamente se entendía la buena fe como la mera creencia de estar actuando conforme a derecho, lo cierto es que en el mundo contemporáneo no basta dicha creencia, sino que se reconoce la necesidad de admitir estándares objetivos de comportamiento que son impuestos al acreedor y al deudor, con la finalidad de alcanzar el objetivo propuesto por las partes negociales y la naturaleza objetiva del negocio jurídico. Al respecto, Alain Benabent, refiriéndose al alcance del principio de la buena fe en el derecho actual, señala que:

“...En materia de contratos la noción -por lo menos en su forma moderna- parece mucho más exigente y menos pasiva (de hecho, se habla de ‘la exigencia de la buena fe’, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en los principios de derecho europeo de contratos): en este campo la buena fe se ha convertido en una norma de comportamiento...”¹². (Subrayado del texto original).

Este principio cobra una remarcada importancia en el ámbito de las actividades negociales contemporáneas y los tipos modernos de contratación, en tanto hacen que la autonomía de la voluntad pierda un papel protagónico y tenga que compartir escenario con las exigencias propias de un actuar leal, honesto y probo, redimensionando al alcance de los vínculos negociales, como precisamente sucedió en el contrato de fiducia¹³.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹² BENABENT, Alain. La buena fe. En : El contrato: problemas actuales, evolución y cambios. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 147.

¹³ El tratadista GIRALDO BUSTAMANTE, refiriéndose al contrato de fiducia, señala: “...La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han encontrado varias fórmulas de restablecer la justicia contractual maltrecha (...) se han invocado instituciones como la de la nulidad, pero hay un principio que trasciende todos, estos y de alguna manera está presente en todos ellos, y es el de buena fe, con fundamento en lo cual se va elaborando lo que podría llamarse una nueva teoría del negocio jurídico, con obligaciones y derechos ínsitos en los contratos que se orientan al restablecimiento de la justicia contractual...” GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. En : Revista de Derecho Privado. Bogotá, Universidad de Los Andes, (dic., 2005); p. 96.

Más aún, por (1) las complejas relaciones negociales que se originan en el contrato de fiducia, (2) la forma en que se administran los recursos que integran el patrimonio autónomo y (3) el alcance de las gestiones que debe realizar la entidad fiduciaria, características que en muchos aspectos son ajenas a los contratos clásicos, imponen que la buena fe sea un recurso del cual puedan hacer uso los fideicomitentes y fideicomisarios o beneficiarios, para garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones del profesional fiduciario, evitando que éste tome ventaja de su conocimiento calificado y afecte la expectativa legítima que tienen los partícipes en el negocio al momento de su constitución¹⁴.

Por ejemplo, imaginemos la actuación de una sociedad fiducia en desarrollo de una fiducia en garantía constituida para el otorgamiento de un préstamo por parte de una entidad bancaria perteneciente al mismo grupo financiero, que, en lugar de buscar la efectividad de la garantía cuando el deudor entró en mora, se limitó a guardar silencio y permitió que el acreedor acumulara intereses y acrecentara el valor de la obligación, situación que si bien pudo no haber sido prevista en el respectivo contrato, en desarrollo de la buena fe debió ser tenida en cuenta por parte del fiduciario. Este caso, precisamente, fue el que ocupó la atención del Tribunal de Arbitramento de José Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A., lo que condujo a que el tribunal arbitral, acudiendo al principio de buena fe, concluyera que el fiduciario faltó a su deber de lealtad, probidad y honradez.

En conclusión, se tiene que el comportamiento de los sujetos vinculados por un contrato, incluyendo el de fiducia, no se circunscribe a aquello que fue objeto de pacto expreso, sino que debe considerarse cuál sería la actuación de una persona ubicada en las condiciones objetivas que dieron lugar al negocio jurídico, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente objetiva.

Ahora bien, ciertamente esta visión del contrato implica el reconocimiento de conceptos morales en la negociación privada y un aumento de la indeterminación de los contornos obligacionales, lo que puede atentar contra la seguridad jurídica. Sin embargo, este precio es apenas razonable en un Estado que reconoce las limitaciones de la igualdad formal de las relaciones contractuales y que es consciente de la necesidad de proteger los intereses de aquellos que no se encuentran en capacidad de hacerlo de forma directa.

¹⁴ El tratadista Ricardo Luis Lorenzetti, refiriéndose a la confianza como una de las características del negocio fiduciario, señala que "...En el Derecho Romano-esta figura estaba basada en la confianza absoluta; en los primeros tiempos no había obligación sino deber moral a cargo del fiduciario. Si bien luego se atemperó este elemento, la confianza y la posibilidad de abuso de ella es un elemento típico del negocio fiduciario puro... [por eso] En el fideicomiso esta confianza existe en un *grado máximo*, pudiendo ser calificado de *uberrimae bona fidei*...". (Negrilla fuera del texto original). LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos, Tomo III. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 312.

2. De la integración del contrato en general y de los deberes secundarios de conducta

2.1 La integración de los contratos

En virtud del principio conocido como “*pacta sunt servanda*” o “*fuerza obligatoria de los contratos*”¹⁵, una vez nace a la vida jurídica un negocio, los sujetos que en él intervienen se obligan a cumplir con las obligaciones adquiridas, al punto de que las reglas contractuales constituyen un derecho particular para el caso concreto. Así, el artículo 1602 del Código Civil es claro al prescribir que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...*”.

De esta manera, el contrato constituye una forma creadora de derecho y en concreto de obligaciones, en tanto se le reconoce un poder *jurigeneo* derivado de la manifestación de voluntad de los contratantes, de suerte que una vez existe un acto -expreso, tácito o socialmente típico- que formalmente tiene la aptitud para generar la confianza de que existe un negocio jurídico, los que en él intervienen se someten al mismo¹⁶.

Sin embargo, el principio “*pacta sunt servanda*” no es suficiente por sí mismo, pues el negocio no puede limitarse a aquello que fue expresamente pactado por las partes negociales, sino que debe dársele un mayor campo de acción, admitiendo la inclusión de obligaciones que no han sido pactadas expresamente y aunque las partes no tengan conocimiento de ello. Piénsese en el deber de recibir la cosa vendida en un contrato de compraventa, el cual, si bien carece de soporte legal en materia civil, lo cierto es que ello no es óbice para que el comprador se abstenga de concurrir al lugar convenido para recibirla. El maestro Arturo Valencia Zea, a título de ejemplo, expone que en virtud de la buena fe la entrega de un inmueble comprende las cosas accesorias, sin necesidad de pacto alguno en este sentido¹⁷.

La anterior situación tiene reflejo en nuestro artículo 1603 del Código Civil, según el cual “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no*

¹⁵ El principio del *pacta sunt servanda* hunde sus raíces en el respeto a la palabra empeñada, en el sentido de que una vez se emite la voluntad es imperativo su sometimiento a lo manifestado, so pena de comprometer su responsabilidad. Al respecto, el maestro JORGE MOSSET ITURRASPE asevera: “...la regla jurídica que impone la obligatoriedad de los contratos - 'las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma'- tiene su fundamento en la regla moral que hace al hombre sirviente de su propia palabra...”. MOSSET ITURRASPE Jorge. Contratos. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 326.

¹⁶ “...Y es que realmente los actos jurídicos están llamados a cumplir la función ordenadora propia de la ley, en virtud de la fuerza normativa que de ella reciben...”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7 ed. Bogotá : Temis, 2009, p. 306.

¹⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Bogotá : Temis, 1978, p. 177.

sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella” (negrilla fuera de texto).

Obsérvese que nuestro legislador fue claro al señalar que los contratantes, en virtud del principio de buena fe, no solo se obligan a lo que pactaron expresamente, sino que también asumen una serie de deberes adicionales, los cuales son de obligatorio acatamiento, dando lugar así a lo que se conoce, técnicamente, como integración contractual.

La integración, entonces, es un fenómeno en virtud del cual se “completan” las obligaciones o deberes adquiridos por las partes en un contrato, considerando el alcance de la manifestación de voluntad y la naturaleza objetiva del vínculo, considerando las normas de orden público, la costumbre y el principio de la buena fe. Al respecto, el maestro Cesare Massimo Bianca indica que: “...*La regla de fondo de la integración prevé que el contrato obliga a las partes no sólo a aquello que en él se expresó, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley o, a falta de ella, según los usos y la equidad...*”¹⁸.

Este mismo autor a continuación sostiene que “...*Otra fuente de derecho objetivo de la relación contractual a la que es necesario reconocer una preeminencia particular es la buena fe...*”¹⁹, pero entendida en su contenido objetivo, esto es “...*como regla de conducta a la que se deben someter las partes del contrato como en general los sujetos de cualquier relación obligatoria...*”²⁰.

En el mismo sentido, el tratadista Guillermo Ospina Fernández, refiriéndose al citado fenómeno de la integración, asevera que todos los negocios jurídicos deben integrarse, atendiendo a su carácter típico o atípico, en virtud de lo cual las partes deben asumir cargas adicionales que exceden la simple formulación negocial:

“...Si se trata de un acto típico, el juez al integrarlo tiene que atender al orden de prelación normativa de esta clase de actos, a saber a) las normas legales imperativas b) las estipulaciones lícitas de los agentes, sean esenciales o accidentales C) las normas legales del actos estipulado (...) d) las normas generales de los actos jurídicos e) la analogía de la ley f) la analogía de derecho... Pero si el juez encuentra que el acto es atípico, que no encuadra en ninguna de las especies particularmente regladas, el orden de prelación

¹⁸ MASSIMO BIANCA, Cesare. Derecho civil: el contrato. (Fernando, Hinestrosa, Trad.). Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 521.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid., p. 522.

normativa que debe observar para su integración normativa varía así: a) las normas legales imperativas, b) las estipulaciones lícitas de los agentes, c) las normas generales de los actos jurídicos; d) la analogía de la ley, y e) la analogía del derecho”²¹.

Es importante señalar que el citado tratadista no incluye, expresamente, la buena fe como uno de los factores a tener en cuenta para adelantar el proceso de integración, empero, lo cierto es que la buena fe está contenida en las normas legales imperativas, esto es, los artículos 83 de la Constitución Nacional, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

El Consejo de Estado, refiriéndose a esta materia, sostuvo:

“...integración consiste en la inclusión o incorporación al contrato de derechos y obligaciones que no habían sido dispuestos expresamente por las partes, bien porque había una laguna o vacío, bien porque las cláusulas acordadas iban en contra de principios o reglas imperativos, caso en el cual opera la sustitución de cláusulas. La integración puede tener diferentes fuentes de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes:

ART. 1603, Código Civil. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

ART. 871, Código de Comercio. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todos lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, costumbre o la equidad natural...”²².

Y más adelante, expone, la buena fe, la costumbre y la equidad natural son “...*otras fuentes para la interpretación de integración del contenido contractual...*”²³, admitiendo que tienen la condición de ser fuentes autónomas de obligaciones para los contratantes dependiendo de la naturaleza del vínculo.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, refiriéndose a la trascendencia de la buena fe, señaló que este principio es cardinal para el derecho y se irradia en todo

²¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op cit., p. 404.

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de mayo de 2007, M.P. Camilo Saavedra Becerra.

²³ Ibid.

tipo de relaciones jurídicas, adquiriendo una importancia notable como principio fundamental en la integración del ordenamiento, sin distingo de autoridad o tipo de vínculo:

“...Como ha puesto de presente esta Corte desde sus primeras sentencias, siguiendo la doctrina el principio de la buena fe principio ‘cumbre del derecho’ es de aquellos principios informadores de las relaciones entre los seres humanos llamados a impregnar el ordenamiento jurídico en su conjunto y que presenta proyecciones específicas, en los más variados y específicos ámbitos de las relaciones sancionadas por las normas jurídicas

Ahora bien, a partir de la formulación constitucional explícita, la aplicación y proyección del principio de la buena fe adquiere nuevas proyecciones en su papel de integrador del ordenamiento y de las relaciones entre las personas y de estas con el Estado.

En forma reiterada la Corte ha destacado el significado, que en el ámbito constitucional y del ordenamiento normativo en su conjunto ostenta el principio de la buena fe: la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P., art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (‘vir bonus’). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”²⁴.

Se insiste, entonces, que con ocasión del proceso de integración es dable admitir la existencia de deberes adicionales a los pactados, esto es, deberes secundarios de conducta, los cuales se originan en fuentes ajenas a la voluntad de las partes, los cuales tienen carácter obligatorio y cuya transgresión puede ser objeto de sanción a través responsabilidad contractual o *in contrahendo*, según la teoría que sea admitida. En este punto, conviene recordar las palabras del tratadista Arturo Solarte Rodríguez:

“...Pues bien la que podríamos denominar como la ‘buena fe integradora’ produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad...”²⁵.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-71/2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁵ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (coord.). Contratos. Bogotá : Ibáñez, 2008, p. 132.

En igual orientación, Jorge Adame Goddard señala que:

“...En definitiva parece evidente, y, en ello, es unánime la doctrina, que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres. Es el principio de buena fe entendido como regla o norma de comportamiento... Esto implica que hay un comportamiento debido por la buena fe que las partes de un contrato deben observar aunque no lo hayan pactado expresamente...”²⁶.

De acuerdo con lo anterior, es claro que estamos en presencia de un fenómeno de ampliación del contrato, el cual se desprende de la mera declaración de voluntad y que se extiende a la finalidad socio-económica que lo explica y justifica, dando así cabida los deberes secundarios de conducta, los cuales serán analizados a continuación.

2.2 Deberes secundarios de conducta

El tratadista Arturo Solarte Rodríguez señala que los deberes secundarios, en el contexto del carácter orgánico de la relación contractual, son “... ‘deberes colaterales’ o ‘deberes complementarios’ o ‘deberes contiguos’, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad, o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe...”²⁷.

En igual orientación el tratadista Ricardo Luis Lorenzetti asevera que “...las partes tienen deberes secundarios de conducta de información, custodia, colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe...” y con posterioridad señala que “...los deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional...”²⁸.

El tratadista Carlos Alberto Ghersi, refiriéndose a esta materia, sostiene que “...El postulado de la buena fe impone a la empresa concedente el deber secundario de evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la convención o perjudicar excesivamente a la otra parte...”²⁹.

²⁶ El principio de la buena fe en los contratos internacionales. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (coord.). Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo. Bogotá : Diké, 2010, p. 196.

²⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Op cit., p. 137.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. En : ALTERINI, Atilio Anibal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. Instituciones del derecho privado. Contratación contemporánea. Perú y Colombia : Palestra y Temis, 2001, p. 21.

²⁹ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, parte general y especial. Buenos Aires : Astrea, 1998, p. 94.

Se tiene, entonces, que los deberes secundarios de conducta pueden ser definidos como cargas de imperativa observancia, las cuales, si bien no son obligaciones propias del negocio jurídico, tienen un carácter coercitivo en atención a la naturaleza del vínculo.

En este punto es preciso señalar que los citados deberes no pueden calificarse, en estricto sentido jurídico, como obligaciones originadas en un negocio jurídico, pues no se fundan en la autonomía de voluntad de los contratantes, así como tampoco constituyen vínculos jurídicos en torno a prestaciones de dar, hacer o no hacer que puedan dar lugar a acción de ejecución.

En efecto, como se explicó antes³⁰, los deberes secundarios tienen su fuente en el proceso de integración del vínculo negocial, en particular, con el principio de la buena fe en su vertiente objetiva, por lo que su reconocimiento opera ipso iure, esto es, sin requerir de pacto expreso entre las partes. Esta situación es extraña a las obligaciones que surgen del negocio jurídico, pues la razón central de esta fuente es que los sujetos resulten vinculados por lo que han convenido de forma inequívoca o lo que, de forma expresa, impone la ley imperativa, esta situación no sucede en tratándose de los deberes secundarios, cuyo alcance debe determinarse acorde con el comportamiento que es esperable de un sujeto puesto en las mismas condiciones.

De otro lado, los referidos deberes no pueden traducirse en cargas específicas ex ante a la celebración del negocio, sino que dependen de circunstancias del vínculo y de las calidades de las partes, por lo que su definición debe hacerse caso por caso y, en muchos eventos, derivadas de situaciones posteriores a la ejecución del vínculo, siendo limitativo de su contenido el hecho de reducirlas a cargas contractuales.

Por último, no debemos pasar por alto que los deberes secundarios tienen vigencia durante todo el iter contractual, esto es, en la etapa precontractual, contractual y postcontractual, y su propósito es contribuir el logro de la finalidad socioeconómica del vínculo o del interés negocial de la contraparte³¹, diferente a las obligaciones, las cuales constituyen gravámenes que se tornan vinculantes una vez el negocio nace a la vida jurídica y cuyo cumplimiento realmente evidencia una afectación de orden patrimonial. En este punto, el tratadista Ricardo Luis Lorenzetti manifiesta:

“...Los deberes colaterales no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe. Su existencia abarca el período precontractual, contractual y postcontractual. Se distingue entre: deberes secundarios de

³⁰ Supra numeral 2.1.

³¹ Cfr. ZUEL GOMES, Rogério. Nuevas tendencias en derecho de contratos. En : Revista del Consumidor. Brasil, No. 58 (2006); p. 3.

*finalidad negativa, cuya función es impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad), y deberes secundarios de finalidad positiva, cuyo propósito es posibilitar el cumplimiento de la prestación: colaboración, información...”*³².

De hecho, los deberes secundarios no dan lugar a la acción de ejecución para exigir su cumplimiento forzado, como es connatural a las obligaciones originadas en un contrato, sino que su transgresión conduce al deber de indemnizar los perjuicios irrogados³³.

No obstante lo anterior, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales³⁴, en la Sección 1 del Capítulo 5, establecen que los deberes secundarios de conducta son verdaderas obligaciones implícitas del vínculo contractual, reconociéndose expresamente que su origen puede estar, entre otras posibilidades, en el principio de buena fe. Así, el artículo 5.1.2. es claro en prescribir que:

“Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: a) la naturaleza y la finalidad del contrato; b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; c) la buena fe y la lealtad negocial; d) el sentido común”.

Al respecto es importante tener en cuenta que los citados principios tienen como único ámbito de aplicación los contratos internacionales, por lo que la consagración de los deberes secundarios como deberes contractuales, en manera alguna puede interpretarse como una exclusión de los mismos en el ámbito precontractual o suprimirles su contenido moral, situación que precisamente quiere evitarse al considerarlos como deberes originados en el principio de la buena fe.

La distinción entre obligaciones y deberes, en manera alguna, supone una pérdida de la posibilidad de exigir la indemnización de perjuicios por el desconocimiento de unos u otros, pues en ambos casos el afectado podrá hacer uso de la acción de responsabilidad para garantizar la reparación de los agravios que haya sufrido por la conducta de la parte que se apartó de la buena fe, bien sea contractual, extracontractual o precontractual, atendiendo a la teoría que se maneje o el momento contractual.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. Op cit., p. 22.

³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Tomo III. Op cit., p. 320.

³⁴ La importancia de los Principios Unidroit es innegable, pues integran la nueva lex mercatoria internacional, como expresamente se reconoce en el preámbulo de esta normativa: “...Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la ‘lex mercatoria’ o expresiones semejantes...”.

Así, si el contrato ya fue celebrado y se están cumpliendo las obligaciones adquiridas por las partes, la responsabilidad será contractual, por tratarse de una carga originada en el vínculo negocial, esto es, atendiendo al contenido del negocio jurídico y a las reglas en torno al factor de imputación que sean aplicables según la prestación. A su vez, si las partes ya ejecutaron sus prestaciones o el contrato se extinguió de cualquier otra forma, la responsabilidad será postcontractual. Finalmente, si nos encontramos en la etapa previa a la celebración del negocio, la responsabilidad será precontractual en tanto el hecho contrario a derecho será la vulneración de las tratativas previas y del principio de buena fe en su vertiente objetiva³⁵.

En relación con este último tipo de responsabilidad debe advertirse que existe una fuerte discusión sobre su naturaleza, pues no hay unanimidad sobre su fuente contractual, extracontractual u autónoma. Pues algunos de los doctrinantes consideran que toda vez que en el período precontractual existen deberes concretos que no pueden surgir autónomamente, la responsabilidad debe ser contractual. Por su parte, otros autores manifiestan que su naturaleza es extracontractual, teniendo en cuenta que no existe un negocio jurídico válido que dé lugar a una responsabilidad contractual. Finalmente, un sector de la doctrina propugna por reconocerle una naturaleza autónoma, en cuanto se origina en un hecho contrario a derecho, diferente a los que dan lugar a la responsabilidad contractual y extracontractual³⁶.

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que el deber de indemnizar los perjuicios irrogados en el período previo a la celebración del negocio jurídico se origina en la culpa *in contrahendo*, la cual tiene una naturaleza extracontractual. La Corte Suprema de Justicia refiriéndose al tema señaló:

“...Los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella cuyo otro interés ha sido solicitada por ella. De consiguiente, se ha admitido por la aludida fuente que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo ‘culpa in contrahendo’ puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose.... De manera que en cuanto a la entidad y a la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación de los citados deberes, no pudiéndose

³⁵ Cfr. GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad civil por incumplimiento contractual. En : TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén. Contratos. Buenos Aires : La Rocca, 2001, p. 213 y ss.

³⁶ “...la responsabilidad precontractual se ubica dentro de la generación de la responsabilidad extracontractual. En este sentido se pronuncia constantemente la jurisprudencia. Una parte de la doctrina considera, por el contrario, que se debe hablar de responsabilidad contractual, o de un género autónomo de responsabilidad, que sería ni contractual ni extracontractual...”. MASSIMO BIANCA, Cesare. Op cit., p. 177.

sostener que haya incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, se considera que la responsabilidad refleja en estos casos únicamente el llamado interés negativo, o sea las consecuencias dañinas “gastos, pérdidas de otros negocios, etc.” la falta de celebración del acuerdo. O en otros términos, que se responde por la transgresión de los mencionados deberes genéricos de conducta, que ciertamente no se pueden equiparar a obligaciones en sentido propio, emanadas de las partes...”³⁷.

Esta posición fue reiterada en sentencia del 8 de marzo de 1995, a saber:

“...Ello quiere decir que por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, de manera que si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no pueda exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, lo cual no significa sin embargo que no se haya causado una lesión, un daño a la otra parte, pues es evidente que en la etapa precontractual si se incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el restablecimiento de la situación patrimonial negativa...”³⁸.

No obstante lo anterior, nuestro criterio es que la responsabilidad originada en la transgresión de los deberes precontractuales tiene una naturaleza autónoma, es decir, diferente a la contractual o a la extracontractual, por cuanto el hecho contrario a derecho tiene como particularidad que no consiste en una obligación concreta o del deber abstracto de no dañar a los demás, sino en una carga originada en la buena fe objetiva, al margen de que la conducta reprochable pudiera considerarse formalmente ajustada a la ley³⁹. Al respecto, el maestro Jorge Mosset Iturraspe, sostiene:

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

³⁹ “...el quebrantamiento de la confianza, de las legítimas expectativas despertadas en el otro... a partir de la conducta desarrollada en el seno de la situación jurídica... determina el deber de reparar el daño causado, aun cuando la conducta aparezca formalmente ajustada a la ley. En efecto, frente al quebrantamiento de la buena fe se impone el deber de reparar el daño causado por esa sola circunstancia, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución...”. GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires : Astrea, 1997, p. 205.

“...La doctrina moderna vuelve a fundar la responsabilidad pre-contractual en la violación de deberes que nacen para las partes en ese periodo; ahora bien, tales deberes no emergen de un contrato ni de la ley, sino de la buena-lealtad que debe presidir las tratativas...”⁴⁰.

En el mismo sentido, en el laudo arbitral del 31 de julio de 2003, proferido en el proceso adelantado por Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. en contra del Banco de la República, al analizar la naturaleza de la responsabilidad precontractual, se indicó:

“...Se trata de una responsabilidad especial, que no es necesario derivarla de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, sino simplemente del principio que manda que así como los contratos deben ejecutarse de buena fe, también debe procederse en su formación con buena fe, es decir, con las suficientes corrección y diligencia exigidas por los usos sociales...”.

Y es que considerando que los sujetos trabados en un proceso de negociación deben satisfacer unos deberes de comportamiento, su quebrantamiento genera una afectación a la confianza de la contraparte, que aspiraba, legítimamente, a una determinada actuación que finalmente no se presentó, vulnerando la buena fe en su variante objetiva. Así lo señala la tratadista María Medina Alcoz:

“...Los pre-contrayentes no se encuentran unidos por una verdadera relación jurídica, sino por una relación social (o por un contacto social), pero sí obligados al cumplimiento de ciertos deberes precontractuales de comportamiento, como el de actuar de buena fe y con la lealtad requerida por las convicciones éticas imperantes... El quebramiento de estos deberes genera la responsabilidad precontractual. Si durante el inter negotii se vulnera la buena fe en sentido objetivo, entendida como la observancia de unas determinadas reglas de comportamiento, el daño deberá ser indemnizado...”⁴¹.

Más aun, solo a partir de esta especialidad es posible concluir, como lo hace la mayoría de la doctrina, que el interés resarcible es el “negativo”, esto es, los gastos o expensas que se han ocasionado en desarrollo del proceso de negociación, sin que sea dable solicitar un lucro cesante o daño emergente diferente⁴².

Visto lo anterior, se tiene que los deberes secundarios de conducta, entendidos como cargas específicas originadas en la buena fe objetiva que dan lugar a un tipo

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Op cit., p. 425.

⁴¹ MEDINA ALCOZ, María. La ruptura injustificada de los tratos preliminares. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coord.). Contratos. Bogotá : Ibáñez, 2008, p. 155.

⁴² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los contratos, Tomo I, parte general. Argentina : Zavallía, 1997, p. 284.

especial de responsabilidad, son exigibles de cualquier tipo de relación jurídica negocial y con independencia de las obligaciones principales que hayan adquirido. El tratadista Carlos Alberto Gherzi, refiriéndose a este punto, manifestó que “...*Los deberes secundarios de conducta en la ejecución de un contrato alcanzan tanto a una como a otra parte, y ambas deben cooperar para la culminación del negocio como fue previsto...*”⁴³.

Claro está que el número de deberes y su alcance depende de factores directamente asociados con la calidad de los sujetos y la naturaleza del vínculo, pues aspectos tales como el profesionalismo de una de las partes, la estabilidad del vínculo, la confianza en el cumplimiento de las obligaciones, entre otros aspectos, tienen un impacto directo en los deberes secundarios.

Por ejemplo, cuando en un vínculo negocial una de las partes es un profesional que se dedica exclusivamente a la realización de una actividad, y la otra una persona que deposita su confianza en el profesional, es claro que esta última tiene deberes específicos derivados de su condición, tales como el de asesoría o vigilancia, los cuales pueden resultar extraños a los vínculos en que ambas partes son expertas en la materia.

La anterior es precisamente la situación del contrato de fiducia, pues el profesional fiduciario, en atención a su calidad de experto y por la amplitud de sus atribuciones, asume unas cargas superiores a las de los fideicomitentes, conocidas como deberes secundarios, como se analizará a continuación.

Por esta circunstancia, nos adentraremos en el análisis de la actividad fiduciaria y su régimen de responsabilidad, pues a partir de estos insumos podremos hacer una sistematización general de los deberes secundarios.

3. La actividad fiduciaria

3.1 El contrato de fiducia y los deberes secundarios de conducta

La fiducia es un contrato en virtud del cual un fideicomitente se obliga a transferir uno o más bienes determinados a un profesional denominado fiduciario o sociedad fiduciaria, con el objeto de cumplir la finalidad señalada en el acto de constitución a favor de un beneficiario o del mismo fideicomitente. El artículo 1226 del Código de Comercio prescribe:

⁴³ GHERZI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial, Op cit., p. 283.

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario...”

Adviértase que la fiducia solo puede explicarse por el hecho de que la sociedad fiduciaria sea una profesional experta en la gestión a ella encomendada, de suerte que el fideicomitente pueda depositar su confianza en torno al logro de la finalidad del acto de constitución, al punto de transferirle el derecho de dominio sobre unos bienes determinados. Sobre el asunto, el tratadista Ramiro Rengifo expone:

“...la razón de ser del trustee está en que en él se va a radicar el título legal de un bien o de una serie de bienes, sobre los cuales él se puede comportar como propietario; y que esa posición de propietario no lo autoriza a aprovecharse de la explotación de esos bienes personalmente, sino que el beneficiario corresponde a un tercero distinto...”⁴⁴

En el mismo sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia precisó:

“...La expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fidel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro...”⁴⁵

En atención a las condiciones de la fiduciaria, nuestra legislación, en el artículo 1234 del Código de Comercio, le impuso una serie de obligaciones, las cuales deben observarse de forma personal, sin que puedan delegarse a terceros por expresa prohibición legal. Sin embargo, ¿serán estas obligaciones las únicas cargas que asumen las fiduciarias?

Evidentemente la respuesta es negativa, pues las partes, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, pueden establecer obligaciones contractuales que excedan el mínimo legal, sin que puedan reducir su alcance. Esto es, nada obsta para que las partes amplíen las obligaciones a cargo del profesional fiduciario, dando lugar a

⁴⁴ RENGIFO, Ramiro. La fiducia, legislación nacional y derecho comparado. 1 ed. Bogotá : Pequeño Foro, 1984, p. 144.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 2008, M.P. William Namén Vargas.

verdaderas prestaciones principales cuya observancia es imperativa para las partes⁴⁶.

Adicionalmente, somos de la opinión que, por la especial sujeción en que se encuentra el fideicomitente frente a la fiduciaria, esta última adquiere unos deberes secundarios, accesorios o conexos⁴⁷, los cuales se originan en la misma naturaleza de la relación y, en concreto, en una ponderada aplicación del principio de la buena fe en su vertiente objetiva, los cuales se entienden incorporados al contrato sin necesidad de pacto expreso. Son deberes obligatorios para la sociedad fiduciaria, con independencia de que tengan una consagración legal o contractual, pues su fuente está en la buena fe. Sobre el punto, en el laudo arbitral del 24 de Junio de 2009 que dirimió los conflictos entre Fiducentral y Víctor Raúl Romero, los árbitros, refiriéndose a las sociedades fiduciarias, conceptuaron que

“...su responsabilidad debe ser evaluada a la luz de las obligaciones que de su condición de profesional se derivan incluyendo los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, deberes que son propios de las personas que se anuncian al público como poseedoras de un “expertise” que permite confiar en su gestión exitosa...”.

Y es que no podría ser de otra manera, pues es necesario que el profesional ponga al servicio del constituyente su conocimiento y experiencia para que éste emita una voluntad informada, así como el adecuado logro de la finalidad fiduciaria, tanto en la fase precontractual como en la contractual y postcontractual, cargas que cualquier persona esperaría que fueran satisfechas por un profesional fiduciario.

Más aun, la Superintendencia Financiera de Colombia, por medio de la Circular Externa No. 046 de 2008, reconoció la existencia de los referidos deberes secundarios, imponiendo su observancia a los profesionales de la actividad fiduciaria:

“...En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar... los principios generales del negocio fiduciario y

⁴⁶ “...No obstante que el artículo 1234 consagra los deberes indelegables del fiduciario, es pertinente advertir que, dentro del marco general del contrato, surgen obligaciones para cumplir con el fin perseguido en el acto de constitución, mediante la administración, que como tal, supone los actos necesarios para conservar la cosa y procurar el máximo de beneficio, y los de disposición. Sólo que frente al dominio no tiene la facultad abierta e inherente al derecho de propiedad puesto que el fiduciario sujeta su accionar en el campo que se acuerde...”. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II. Bogotá : Librería del Profesional, 2009, p. 303 y 304.

⁴⁷ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos, Tomo III, Op. cit., p. 319 y 320.

la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: i) Deber de información... ii) Deber de asesoría... iii) Deber de protección de los bienes fideicomitidos... iv) Deber de lealtad y buena fe... v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad... vi) Deber de previsión...”.

Con todo, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el catálogo realizado por la Superintendencia Financiera resulta muy estrecho frente al alcance de la fiducia, por lo que se hace necesaria su integración con los deberes que han sido reconocidos en la jurisprudencia arbitral y con los que se derivan de la propia naturaleza del contrato.

3.2 Profesionalismo

Las sociedades fiduciarias, como ya se mencionó, atendiendo a su especial condición de expertas en el negocio fiduciario, así como a su papel preponderante o prevalente sobre los fideicomitentes o beneficiarios, han sido consideradas como profesionales de la actividad⁴⁸. Así lo precisó el reciente laudo arbitral del 24 de Junio de 2009 que dirimió los conflictos entre Fiducentral y Víctor Raúl Romero, 2009:

“...Se reconoce que un profesional es quien desarrolla una actividad en forma habitual y onerosa, cuenta con una organización, tiene una posición de preeminencia o dominio profesional y su habilidad técnica o científica lo colocan en un nivel superior. Dentro de esta perspectiva, las fiduciarias califican dentro de la categoría de los profesionales, en lo que respecta a su negocio...”.

En virtud de lo anterior, las fiduciarias se someten a un régimen de responsabilidad especial basado en el concepto del “buen hombre de negocios”, según el cual su conducta debe evaluarse considerando la diligencia exigible de personas expertas en la misma actividad, valga decirlo, el patrón de comparación es el de un hombre conocedor de los negocios fiduciarios, de un profesional estándar que actúa de forma diligente⁴⁹. Al respecto, en el laudo arbitral del 28 de agosto de 1997 proferido en el caso de Leasing Mundial S.A. contra Fidufes, se precisó:

⁴⁸ “...No cabe duda de que el fiduciario es un profesional, dedicado a la prestación de servicios financieros, controlado por un organismo gubernamental de reconocida idoneidad, seriedad y exigencia, como es la Superintendencia Bancaria...”. SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá : Legis, 2003, p. 433.

⁴⁹ En el laudo arbitral del 18 de julio de 2005, en el proceso adelantado entre José Manuel Espinoza contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A. se indicó: “...Dichas entidades deben comportarse con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios... hay que concluir que esa diligencia ordinaria o mediana (C.C., art. 63) se mide en relación a otros profesionales que desarrollan la misma actividad financiera y no tomando en consideración al común de las gentes. Lo anterior significa que su diligencia y cuidado no se encuadra en los parámetros del comportamiento de un buen padre de familia sino en relación a buen hombre de negocios...”. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofidiarias. [CD-Rom].

“...El criterio generalmente utilizado para establecer si en un determinado caso se configura una culpa profesional es el del profesional competente y prudente, colocado en las mismas circunstancias externas del profesional demandado y tal criterio es, a la vez, objetivo y normativo... el patrón de conducta de una entidad financiera y profesional del negocio fiduciario, ha de ser siempre el mismo: el de un comerciante diligente, acucioso y previsorio, de suerte que sus actuaciones han de ser calificadas invariablemente con el mismo rigor...”.

Pero es que no se concibe una fiduciaria que no sea experta, ya que esta es la razón por la cual los fideicomitentes depositan su confianza en ella y le confieran un encargo. De no ser así, no habría razón para transferirle los bienes que integrarán el patrimonio autónomo, pues la misma solo resulta justificada bajo la convicción de que el experto podrá alcanzar, de forma más técnica u objetiva, la finalidad querida con el constituyente⁵⁰.

Piénsese que una persona desea realizar un proyecto inmobiliario, labor que podría adelantar directamente y bajo sus propios criterios técnicos y operativos. Sin embargo, la intervención de la fiduciaria garantiza que la administración de los recursos será ejecutada en condiciones de profesionalismo, evitando su destinación a fines diferentes y logrando una reducción de los costos de transacción por una oportuna planeación y la planeación de escala.

Luego, la profesionalidad es fundamental para entender la finalidad socio-económica del contrato de fiducia, siendo un criterio técnico para evaluar el alcance de las obligaciones de la fiduciaria y el cumplimiento de sus obligaciones.

3.2 Alcance de las obligaciones fiduciarias

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los *“...contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley...”*.

⁵⁰ En el laudo arbitral del 20 de abril del año 2004, proferido en el proceso del Banco Davivienda S.A. contra Alianza Fiduciaria S.A. se indicó: “...La responsabilidad de medio es más exigente que la de resultado y aplica a los profesionales cuando se comprometen con obligaciones en los que se demanda una atención particularmente cuidadosa. A las actividades fiduciarias se les predica lo anteriormente dicho, y son aplicables en atención a los especialísimos deberes que caracterizan sus compromisos, todos ellos enmarcados en la confianza que es esencia de la actividad y que confluye a poner todo su empeño en orden a conseguir la finalidad señalada en el contrato...”. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias [CD-Rom].

Por regla general, entonces, las fiduciarias no pueden obligarse a alcanzar un determinado resultado con ocasión de su gestión, esto es, a lograr una finalidad específica. En este sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia al sostener que “...las obligaciones del fiduciario vinculadas a la finalidad de la fiducia, son obligaciones de medio, no de resultado...”⁵¹. En igual orientación en el laudo arbitral del 20 de febrero de 2004, proferido en el proceso de El Molino Eduardo Palacin contra Fidufes S.A., se preceptuó:

“...Aunque algunos sectores de la doctrina admitan que el contrato de fiducia sólo genera obligaciones de medio y no de resultado, esto no disminuye ni la seriedad ni la gravedad de las obligaciones que asume un fiduciario; pues si las partes convinieron en utilizarlo como medio para la consecución de un fin, quien asumió el papel de fiduciario queda sometido a cumplir plenamente los deberes que la ley y el contrato le imponen, los cuales suponen una extremada prudencia, diligencia y profesionalismo en el desempeño del encargo...”

Lo expuesto, en manera alguna supone que la fiduciaria pueda exonerarse de su responsabilidad demostrando que puso su mejor esfuerzo para alcanzar la finalidad fiduciaria, pues se requiere una actuación en extremo diligente al realizar **todos y cada uno** de los actos que estén a su alcance, como expresamente lo dispone el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio. Se está en presencia, entonces, de un deber de medio calificado, pues supone el mejor esfuerzo expresado en la efectiva realización de los actos que un profesional experto en la actividad fiduciaria efectuaría para satisfacer el interés del fideicomitente al momento de la celebración del contrato.

Adicionalmente, la doctrina ha reconocido que ciertos deberes sí son de resultado, en cuanto no es suficiente el mejor esfuerzo sino que debe lograrse un determinado resultado, sin que por ello se desnaturalice la figura o se incurra en una conducta prohibida. Sobre el punto, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero señala que en general las obligaciones accesorias o instrumentales a cargo de las fiduciarias son de resultado y excepcionalmente, en materia de la fiducia de administración, el deber principal también puede ser de resultado, sin que se incurra en una transgresión del citado numeral 1 del artículo 1234 *ibidem*:

“De hecho en los negocios fiduciario, en general, hay obligaciones instrumentales y accesorias que son claramente de resultado, como las derivadas del artículo 1234 del Código de Comercio que señalan a cargo del fiduciario tareas puntuales tan concretas como la de informar, rendir cuentas o hacer

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de mayo de 2006, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

*inventario, para poner tres ejemplos. Nadie concebiría allí que la obligación asumida fuera de medio... Pero el problema es más importante y de fondo. En nuestra opinión ya no como obligaciones accesorias o instrumentales sino como principales y fundamentales, es posible que el fiduciario asuma claros compromisos de resultado, en numerosas hipótesis... Lo que ocurre y hay que decirlo claramente en primer término, es que, en muchos casos, el fiduciario asume obligaciones de medio como naturalmente puede y debe seguir ocurriendo en el caso de los fideicomisos de inversión, respecto a cuyas resultas el riesgo es del constituyente. Pero son numerosas hipótesis en las cuales, obligaciones independientes y principales, derivadas de los negocios fiduciarios son típicamente de resultado... Tal ocurre en numerosos ejemplos de la que hemos denominado **fiducia de administración** en la cual una entidad pública o privada transfiere unos fondos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición proceda a hacer un pago” (negrilla del texto original)⁵².*

Una visión genérica de las obligaciones de medio y de resultado se encuentra consignada en el laudo arbitral del 9 de agosto de 2001 proferido en el proceso de Construcciones Ampomar Ltda. y otros contra Fiduciaria Extebandes S.A, en el que se clasificaron como de resultado las obligaciones accesorias de la fiduciaria y de medio las principales:

“...Evidentemente, existen algunas que son, a las claras, típicas obligaciones determinadas o de resultado, como acontece, por ejemplo, con la consistente en mantener los bienes fideicomitidos separados del resto de sus activos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (C. Co., art. 1233); o con la de rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses (C. Co., art. 1234-8) o con la de transferir los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda una vez concluido el negocio fiduciario (Ibid, num. 7º). Mas no puede decirse lo propio en cuanto obligaciones tales como las consistentes en realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad del contrato; o la de invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente; o la de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos o la de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio, todas las cuales evidencian que para poder satisfacerlas los fiduciarios solo se comprometen a actuar en forma prudente y diligente en procura de obtener el resultado apetecido por el fiduciante, pero sin garantizar que tal resultado habrá de lograrse.”

⁵² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del fiduciario. Bogotá : Ediciones Rosaristas, 1997, p. 41 a 43.

Si bien, en principio, compartimos el anterior criterio, somos aun más radicales, pues creemos que tanto las obligaciones principales como las accesorias pueden ser de resultado considerando el objeto del negocio fiduciario y la confianza depositada en su consecución, en cuanto es posible que la fiduciaria se comprometa a llegar a un resultado determinado⁵³. Piénsese por ejemplo en una fiducia para la construcción de un inmueble, para la adquisición de acciones de un determinado emisor o para la realización de unos pagos preestablecidos, eventos en los cuales corresponderá a la fiduciaria obtener el resultado pactado, esto es, construir el edificio, adquirir las acciones o realizar los pagos, respectivamente, sin que pudiera abstenerse de hacerlo alegando que puso su mejor esfuerzo, pues con ello traicionaría el logro de la finalidad fiduciaria y la confianza que el fideicomitente depositó en ella.

Incluso el Decreto 2555 de 2010 permitió, expresamente, que las fiduciarias asumieran obligaciones de resultado cuando administren carteras colectivas, pues es dable que creen vehículos de inversión garantizados en los que se obliguen a recuperar el valor de la inversión junto con una determinada rentabilidad, siempre que para ello no comprometan de forma directa su patrimonio. El artículo 3.1.9.1.1. establece:

“La sociedad administradora, en la gestión de los recursos de la cartera colectiva, adquiere obligaciones de medio y no de resultado. Por lo tanto, la sociedad administradora se abstendrá de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para las participaciones constituidas, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran las carteras colectivas.

Lo anterior sin perjuicio de que la cartera colectiva pueda estructurar mecanismos de cobertura que busquen asegurar la recuperación del capital o una rentabilidad mínima determinada, siempre y cuando la sociedad administradora no comprometa su propio patrimonio para el efecto”.

Se observa que el regulador del mercado de valores reiteró el principio general, según el cual, la fiducia no puede asumir obligaciones de resultado, empero, a renglón seguido estableció la posibilidad de que se estructuren mecanismos de cobertura que aseguren a los inversionistas la recuperación de sus recursos con una determinada rentabilidad, lo que constituye un claro ejemplo de un deber de resultado.

⁵³ Por ejemplo, en el laudo arbitral del 12 de junio de 2004 proferido en el proceso adelantado por Makro Colombia S.A. vs Comerintegral Ltda. y Fiducolombia S.A., el tribunal reconoció que tanto las obligaciones instrumentales como las principales pueden ser de resultado, y concluyó que las obligaciones emanadas del contrato de fiducia de administración son de este tipo. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias [CD-Rom].

En este sentido, se comparte lo indicado por el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar:

“...En las actividades de las fiduciarias en general, hay obligaciones complementarias que son claramente de resultado y así se observan en el artículo 1234 del C. de Comercio, como por ejemplo, la de mantener los bienes de la fiducia separados de los suyos, la transferencia de los bienes a la persona beneficiaria en sus momentos, las informaciones y rendiciones de cuentas, etc.

Incluso, no solamente refiriéndose a obligaciones complementarias y accesorias, sino a las fundamentales en ciertas fiducias, no cabe duda de que su naturaleza es de resultado. Piénsese por ejemplo en las fiducias de administración, en las que la fiduciaria tiene que realizar pagos, celebrar contratos, convocar juntas, liquidar cuentas, pagar obligaciones a plazo o bajo condición, someter a régimen de propiedad horizontal, contratar interventor o hacer interventoría. Evidentemente, no cumplir con tales obligaciones hará presumir su responsabilidad y para desvirtuarla tendrá que alegar un eximente razonable. Al fin de todo el juego de las obligaciones de medio y de resultado se concluye en el campo probatorio...”⁵⁴.

Lo anterior nos permite concluir que, en nuestros días, es posible sostener que las sociedades fiduciarias asumen obligaciones de resultado tanto principales como accesorias, siempre que ello sea compatible con la finalidad del negocio fiduciario y con la naturaleza de la prestación, aunque sigue estando proscrito como regla general.

3.3 Naturaleza activa de sus obligaciones

Las sociedades fiduciarias deben actuar de forma activa para el cumplimiento de sus obligaciones, valga decirlo, llevando a cabo todos los actos que estén a su alcance, sin que puedan limitarse simplemente a recibir los bienes fideicomitidos y comportarse como un espectador sobre las consecuencias que el paso del tiempo o la actuaciones de terceros puedan tener sobre el patrimonio autónomo. Luego, tiene sobre su espalda cargas positivas, en cuanto implican la satisfacción de prestaciones de dar y hacer. Así fue reconocido en el laudo arbitral del 19 de septiembre de 2000 en el proceso de Basf Química S.A. contra Fiduánglo:

“...la fiduciaria no es un simple espectador del contrato, o un policía simbólico o silencioso de los bienes fideicomitidos... La verdad es muy otra: las sociedades

⁵⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Aplicación práctica del derecho mercantil, Op. cit., p. 80.

fiduciarias son, por definición, personas a las que la ley les exige reunir unas condiciones muy estrictas, precisamente en razón del carácter de las tareas que les corresponde cumplir y del muy elevado grado de confianza pública que éstas comportan...”.

En el mismo sentido se expresaron los árbitros en el laudo arbitral del 28 de agosto de 1997 en el caso de Leasing Mundial contra Fidufes:

“...Un flaco servicio se le presta así al negocio fiduciario, pues el mensaje que se envía a la comunidad mercantil es que lo diligente y previsivo es no darle confiabilidad a las actuaciones y declaraciones del fiduciario y que lo aconsejable es volver a hacer las tareas que éste está obligado a cumplir. No es ésta la compostura de una entidad profesional, ya que no puede admitirse que sea una mera invitada de piedra o espectadora en el negocio fiduciario y que no asume responsabilidad por lo que deje de hacer o haga mal...”.

Y es que el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio, ya citado, es claro en establecer que las sociedades fiduciarias deben realizar los actos necesarios para lograr la consecución del interés fiduciario, por lo que deben efectuar todas las actuaciones indispensables para “...conservar las cosas, procurar el máximo rendimiento o beneficio, disponer en los términos pactados, etc., es decir, realizar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento del encargo fiduciario...”⁵⁵, lo que supone verdaderos comportamientos activos.

3.4 Límites de la actividad de las fiduciarias

No obstante la extensión de los deberes fiduciarios, lo cierto es que se encuentran limitados por la misma naturaleza de la operación, así como la calidad de las contrapartes con las cuales interactúan, en virtud de los cuales la fiduciaria puede determinar cuál es el alcance de las prestaciones a su cargo y el marco de posibles actuaciones. Los siguientes son los más importantes límites:

3.4.1 No puede exigírseles una actuación extraordinaria

Si bien las fiduciarias deben comportarse, y se espera que se comporten, como expertas en la actividad fiduciaria para ejecutar todos los actos diligentes para alcanzar la finalidad negocial, no por ello están obligadas a asumir una conducta extraordinaria, es decir, a realizar actos que exceden la normal comprensión del negocio o aquellos que solamente la persona más avezada en la materia efectuaría.

⁵⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Op cit., p. 304.

Y es que el profesionalismo no supone que la fiduciaria deba ir más allá de una diligencia normal para la actividad, pues ello supondría una carga desmedida y daría lugar a considerar todas sus obligaciones como de resultado, pues seguramente sería posible considerar que le hizo falta algún acto, por inusual o absurdo que pudiera sonar. Sobre el particular el tratadista Jorge Suescún Melo indica:

“...el ‘buen profesional’ no será el más acucioso, dedicado o diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio u ordinario, a quien se le aplicará una ‘especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de Lex Artis, que es el conjunto de los saberes o técnica especiales de la profesión’...”⁵⁶.

Esta misma conclusión fue sostenida en el laudo arbitral del 6 de agosto de 1999, proferido en el proceso entre Inurbe y Fiduagraria, en el cual se manifestó que “...no se exige un cuidado o previsibilidad extraordinarios, o en grado sumo, sino una conducta corrientemente o normativamente prudente...”.

Luego, al momento de evaluar la responsabilidad de la fiduciaria deberá preguntarse cómo actuaría otra sociedad puesta en las mismas condiciones, sin pedirle comportamientos propios del más erudito:

“...Ahora bien, en cuanto al modelo o patrón de conducta que debe utilizarse, del cual depende el grado de diligencia exigible en cada caso al deudor profesional, ha de decirse que, en nuestro derecho, los puntos de referencia que señala el legislador no son nunca excesivos, ni particularmente rigurosos, ni requieren de actitudes extremas. Por eso no puede decirse que se exija una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia; ni un especialísimo nivel de acuciosidad; ni una absoluta y ejemplar dedicación, pues deudores que sean dechado de virtudes y paradigma de la sociedad se encuentran con gran dificultad y son más escasos aún en el agitado mundo de los negocios mercantiles. Por eso nuestro régimen jurídico busca al hombre medio, al que actúa con un cuidado ordinario o usual, sin imponer prototipos abstractos de difícil imitación. Es por esto que en nuestro ordenamiento —con excepción de los casos en que el acreedor no deriva ninguna ventaja del contrato, por ejemplo en el depósito civil— la regla general es que en los contratos bilaterales el deudor responde hasta la culpa leve, lo que significa que no se exige un cuidado o previsibilidad...”⁵⁷.

⁵⁶ SUESCÚN MELO, Jorge. Op. cit., p. 438.

⁵⁷ Laudo arbitral proferido en el proceso de Banco Davivienda S.A. contra Alianza Fiduciaria S.A. Laudo cit. Reiterado en el laudo arbitral del 18 de julio de 2005, en el proceso adelantado entre José Manuel Espinoza contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias [CD-Rom].

3.4.2 Sometimiento a las instrucciones contractuales

En atención al principio del *pacta sunt servanda* se tiene que las reglas y directrices señaladas en el acto de constitución se tornan obligatorias para los sujetos que en él se vinculan, incluyendo, a la sociedad fiduciaria, quien deberá observarlas y no podrá alejarse de ellas sino en los eventos en que se encuentre expresamente autorizada o por un hecho eximente de responsabilidad, sin perjuicio de su licitud.

Así mismo, las órdenes emanadas del constituyente en desarrollo del contrato se tornan en imperativas para la fiduciaria, siempre que las mismas no sean contrarias al orden público, la moral social y las buenas costumbres, constituyéndose en un marco de actuación de lo posible.

Sobre el punto, en el laudo arbitral del 31 de marzo de 2000 en el proceso de Inurbe contra Fidugán se indicó:

“...a la fiduciaria no le es dado desconocer, ni mucho contravenir, las instrucciones que le haya impartido el constituyente de la fiducia de inversión. Pero sí le es dado, y además forma parte integral de su deber profesional, hacer acopio de toda la información a su alcance, de modo de poder suministrarle a su cliente la ilustración más competente posible, para que la decisión final de éste resulte la más apropiada...”.

Es más, en el laudo arbitral del 22 de diciembre de 1998 proferido en el caso Rafael Omar Jiménez Cano y otros contra Fiducafé y otros, se cuestionó que la sociedad fiduciaria se hubiera apartado de las instrucciones del fideicomitente, pues para ello debió haber solicitado previamente el concepto de la Superintendencia Financiera:

“...Lo que sí considera el tribunal como incumplimiento de la fiducia, durante el proceso, fue el haberse apartado de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, sin haberle pedido instrucciones a la superintendencia bancaria (sic), de acuerdo con el procedimiento, que con carácter imperativo, establece el artículo 1234 del Código de Comercio...”.

Y es que si el constituyente dispuso la forma en que debe alcanzarse la finalidad fiduciaria, mal haría la sociedad fiduciaria en desconocer este medio y hacer uso de uno diferente, ya que en tal evento estaría vulnerando el acto de constitución y trasgrediendo el encargo que le fue conferido. Luego, y al margen de los resultados que con este proceder se pueden generar en el patrimonio del beneficiario o en el logro de la finalidad fiduciaria, las instrucciones recibidas por la fiduciaria se le imponen por fuerza del carácter obligatorio del contrato, sin que su acatamiento comprometa su responsabilidad.

Consideremos que el constituyente encuentra inconveniente que se contrate con una determinada persona o en ciertas condiciones, hecho que no puede ser desconocido por la fiduciaria ni en el evento en que busque las mejores condiciones del mercado, pues ello sería un atentado directo contra sus atribuciones.

Al respecto, el tratadista Jorge Suescún Melo precisa:

“...en últimas el cliente, como dueño del negocio que es, es el verdadero y único juez de su propia conveniencia, de manera que es a él a quien incumbe tomar la decisión correspondiente, la cual una vez adoptada debe ser acatada por el profesional de manera estricta, sin tratar de torcer o de frustrar la voluntad de su cliente, y sin que con ese acatamiento comprometa su responsabilidad. Lo importante es que esa voluntad se haya formado de manera reflexiva, calculada, esto es, deliberadamente, con apoyo en informaciones y opiniones pertinentes, con el análisis de las alternativas posibles, así como con los datos, la evaluación de riesgos y vicisitudes previsibles, y con la percepción de los pros y contras de las distintas soluciones...”⁵⁸.

Sin embargo, procede aclarar que corresponde a la sociedad fiduciaria poner en evidencia las consecuencias negativas que podrían derivarse de las instrucciones del fideicomitente, de suerte que las mismas se profieran con pleno conocimiento de causa y con una adecuada asesoría. Sin embargo, una vez son emitidas, son condicionantes de la actividad fiduciaria y no pueden ser objeto de modificación sino por el mismo constituyente o por autorización del supervisor.

3.4.3 Carácter profesional de la contraparte

Algunos de los deberes secundarios exigibles a la sociedad fiduciaria, como los de información y asesoría, dejan de ser obligatorios o tienen una menor rigurosidad en los eventos en que el fideicomitente es un profesional, esto es, alguien experto o tiene una información suficientemente ilustrada en la actividad que es encargada a la sociedad fiduciaria.

Y es que si el constituyente tiene una experticia suficiente, por sustracción de materia, resulta innecesario que la fiduciaria redunde en la misma y brinde una asesoría o una información que no aportaría elementos adicionales para la toma de decisiones.

Luego, si en desarrollo del proceso de conocimiento del cliente la fiduciaria encuentra que está suficientemente ilustrado, es claro que deberá evaluar el alcance de sus

⁵⁸ SUESCÚN MELO, Jorge. Op. cit., p. 469.

obligaciones o modularlas con base en dicha percepción, siempre y cuando esta conclusión se encuentre debidamente soportada y con los soportes necesarios para demostrarlo.

De hecho, de acuerdo con los artículos 7.2.1.1.2. y 7.2.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010, en los eventos en que la fiduciaria actúa como intermediaria del mercado de valores debe clasificar sus fideicomitentes en clientes inversionistas e inversionistas profesionales, atendiendo al volumen de sus operaciones, el nivel de activos y “...la experiencia y conocimientos necesarios para comprender, evaluar y gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a cualquier decisión de inversión...”, absteniéndose de brindar asesoría a estos últimos, no así frente a los primeros quienes son considerados legos en la actividad de inversión.

3.4.4. Las cargas del fideicomitente en la constitución del fideicomiso

El constituyente, al momento de celebrar el contrato de fiducia, tiene unas cargas que comprometen su autorresponsabilidad, pues la falta de su cumplimiento puede generarle repercusiones negativas sin que pueda alegar responsabilidad a cargo de la sociedad fiduciaria de los perjuicios originados. No debe olvidarse que nadie puede alegar su propia torpeza o culpa, por lo que las omisiones imputables al constituyente no comprometen a la fiduciaria, tales como la no revelación de hechos importantes.

El maestro Emilio Betti, refiriéndose a las cargas que asumen los contrayentes en un negocio jurídico, señaló:

“...Así, en el acto que da vida a un negocio jurídico, incumben a la parte una serie de cargas que... diremos de sagacidad. Le incumbe la de estar atenta a cuanto dice o hace; además la de conocer los términos y el significado de la declaración que emite, y representarse exactamente la situación de hecho sobre cuya base se determina el negocio... Se trata de una serie de precauciones, cuya observancia, en el caso concreto, vendría a preservar a la parte incauta el daño que una distinta eficacia del negocio, celebrado en aquellos términos, representaría para él...”⁵⁹.

Son ejemplos de esta autorresponsabilidad los deberes que tienen los constituyentes de solicitar las aclaraciones que estimen necesarias y acceder a la información que es puesta a su disposición, pues no puede pretenderse que la fiduciaria los instruya como si se tratara de personas en proceso de formación.

⁵⁹ BETTI, Emilio. Op cit., p. 103 y 104.

Así, una vez el profesional brinda información y asesoría a los clientes, corresponde a estos solicitar las aclaraciones y complementaciones que estimen necesarias, incluyendo la explicación de conceptos técnicos que escapan a su experticia o la demostración de eventuales consecuencias, sin que corresponda a la fiduciaria realizar evaluaciones o retroalimentaciones para asegurarse sobre el adecuado entendimiento, el cual se presume salvo manifestación expresa en contrario. Así, en el laudo arbitral del 1 de marzo de 2000 de Inurbe contra Fiducolombia, se advirtió que el fideicomitente no puede alegar que no conoce un hecho que le ha sido revelado en el extracto de operaciones:

“...En consecuencia, no son aceptables para el tribunal los alegatos del Inurbe en el sentido de que el cobro de las comisiones en el fondo común ordinario se presentó en forma velada. Los informes del fondo... con el sólo hecho de reportar las cuantías de las comisiones, estaban indicando claramente la causación y cobro de ésta... nuevamente aquí se observa más bien una negligencia estatal contraria al principio de la buena administración y al deber de cuidado exigible de un buen hombre de negocios... Al parecer Inurbe no se preocupó de analizar los informes mensuales...”

Otro tanto sucede con la revisión y comprensión de la documentación que se deja a consideración del constituyente, o que se encuentra para la consulta de todos los interesados, como sucede con las condiciones generales de contratación o las minutas de contratos, ya que después no podrá alegar que lo allí previsto le resulta sorpresivo o ininteligible cuando tuvo la oportunidad de estudiarlos. El maestro Emilio Betti, refiriéndose a la autorresponsabilidad, indicó: *“...Para tales inducciones y efectos puede ser influyente y decisivo tanto el conocimiento como la ignorancia culpable. En particular cuando el sujeto se encuentre en una situación de conocer la existencia de un uso...”*⁶⁰.

La abulia o falta de diligencia del fideicomitente o de los beneficiarios no puede comprometer la responsabilidad de la sociedad fiduciaria, pues, en dicho evento, cada sujeto responderá por los hechos que le son atribuibles y frente a los cuales no desplegó una conducta activa.

3.4.5. Revelación de información

En los eventos en que la sociedad fiduciaria detecte situaciones que pueden afectar el normal desarrollo del negocio deberá comunicarlas a los interesados en la operación, sin que por este hecho se haga responsable por los efectos que puedan

⁶⁰ Ibid., p. 104.

generarse de la materialización de los riesgos. En esta hipótesis, es apenas normal que sean los fideicomitentes o beneficiarios quienes tomen las medidas necesarias para evitar la situación o precaver sus efectos.

De hecho, en la doctrina arbitral se admitió que las sociedades fiduciarias no pueden ser condenadas por haber permitido que se emitieran garantías sobre bienes hipotecados, siempre que este hecho fuera de conocimiento de los acreedores garantizados, ya que las consecuencias negativas de esta situación debieron ser previstas por ellos. Bástenos citar laudo arbitral del 19 de septiembre de 2000 en el proceso de Basf Química S.A. contra Fiduángulo, en el que se precisó:

“...De esta suerte, resulta indiscutible que, antes de manifestar expresa o implícitamente su aquiescencia con la condición de beneficiarios de la fiduciaria, todos los acreedores designados por el fideicomiso sabían – o al menos contaban ampliamente con manera de saber – de la existencia de los gravámenes hipotecarios que pesaban sobre los precios constitutivos del patrimonio autónomo...”

La fiduciaria, por regla general, no es una garante del logro de la finalidad fiduciaria porque, no debemos olvidarlo, sus obligaciones son por regla general de medio y no de resultado, siendo su mejor esfuerzo la revelación plena de los hechos que deben ser tenidos en cuenta por los fideicomitentes y beneficiarios, quienes asumen las consecuencias que puedan derivarse de las situaciones por ella detectadas, al margen de las labores que le son exigibles para buscar el fin señalado en el acto constitutivo.

3.4.6 Imposibilidad de asumir sacrificios excesivos

La fiduciaria no puede asumir cargas excesivas frente a los beneficios que obtendría ya que ello implicaría una ruptura en el equilibrio contractual y, por tanto, haría nugatorias sus expectativas en el vínculo negocial y le permitía abstenerse de hacerlo, incluyendo la imposibilidad de exigírsele que efectuara comportamientos de este tipo.

El profesional fiduciario no puede asumir obligaciones respecto de las cargas que dependen exclusivamente de terceros, en atención a que este hecho le resulta ajeno y, por ende, se rompe el nexo causal con su responsabilidad. Si la actividad se encuentra fuera de su control, mal haría en comprometer su responsabilidad por este hecho, como sucede con el cambio de las variables macroeconómicas o actos de autoridad.

Sobre el punto, resulta muy dicente lo señalado en el laudo arbitral del 23 de octubre de 2008 en el proceso de Gómez Estrada Construcciones S.A. contra

Fiduciaria de Occidente S.A.:

“...Por lo que se refiere a la Fiduciaria igualmente las partes en el contrato de fiducia debían actuar concertadamente para lograr el fin previsto en el contrato. Sin embargo, ello no permite concluir que la Fiduciaria se haga responsable por las obras de infraestructura o por la aprobación del Plan Parcial, que no hacían parte de las obligaciones a su cargo. En efecto, las actuaciones que debía realizar la Fiduciaria en esta materia son un desarrollo del deber de obrar de buena fe, el cual impone a las partes realizar todas las actuaciones para que cada una logre el fin previsto al momento de contratar. Ahora ello no puede implicar sacrificios desproporcionados o que la entidad se obligue a un resultado que no depende de ella, como es el caso de la realización de las obras de urbanismo matriz o primario...”

Claro está que si la fiduciaria asume expresamente este tipo de cargas, valga decirlo, compromisos excesivos o el resultado frente a actuaciones de terceros, o con su conducta genera la confianza de que lo hará, después no podrá alegar su propia negligencia para abstenerse de hacerlo, pues este hecho debió haberlo previsto en atención a su profesionalidad.

4. Los deberes secundarios de conducta en la actividad fiduciaria

Considerando el régimen de responsabilidad de las sociedades fiduciarias, así como su carácter profesional, se tiene que sus cargas no se limitan a las señaladas en el respectivo contrato o por el artículo 1234 del Código de Comercio, sino que se extiende a los deberes adicionales requeridos para alcanzar los fines del negocio y salvaguardar la finalidad fiduciaria, considerando el principio de la buena fe. Así se manifestó en el laudo arbitral proferido el 8 de junio de 1999 en el proceso de Inurbe contra Fiduagraria:

*“...Así las cosas, cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo **debe realizar lo especialmente previsto sino todas las consecuencias que sean conformes a la buen fe**. Si el obligado... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación...”* (Negrilla fuera de texto).

A continuación se presentarán los principales deberes secundarios de conducta de la actividad fiduciaria, discriminados por el período precontractual, contractual y postcontractual, no sin antes indicar que en cada caso los deberes variarán dependiendo de las condiciones del vínculo contractual.

4.1 En la etapa precontractual

En la etapa previa a la celebración del contrato de fiducia, el profesional tiene a su cargo los siguientes deberes:

4.1.1. De información

Las fiduciarias deben informar a los interesados en celebrar un negocio fiduciario todas las circunstancias relevantes en la operación, de suerte que puedan conocer las situaciones que puedan afectar su normal desarrollo o el logro de la finalidad fiduciaria, incluyendo los aspectos técnicos de la operación, las condiciones jurídicas y los riesgos propios del negocio.

La información se desdobra en dos (2) aspectos: (i) uno positivo consistente en brindar todo los datos que permitan a los interesados conocer los hechos que puedan afectar el encargo fiduciario, esto es, informar; y (ii) uno negativo expresado en el deber de abstenerse de engañar o suministrar datos que no correspondan a la realidad o que puedan generar una falsa apreciación sobre las condiciones de la eventual operación.

Por ejemplo, resulta inexplicable que la fiduciaria se limite a recibir los bienes fideicomitidos sin hacer ninguna advertencia sobre los riesgos o condicionantes del negocio, o por lo menos, brindar los insumos necesarios para que los fideicomitentes o beneficiarios comprendan estos elementos, como sucede cuando se reciben dineros públicos en patrimonios autónomos sin advertir a las entidades cómo se invertirán, más aún, cuando con este proceder se podría desconocer el régimen de inversiones de los excedentes de liquidez.

De allí que el deber de información en los tratos previos impone la carga de suministrar datos contrastables fácticamente de forma clara, completa y previa a la celebración del contrato, incluyendo todos los aspectos que podrían afectar las decisiones de los fideicomitentes. Al respecto, el tratadista Carlos Julio Giraldo Bustamante señala:

*“...debe ser una información completa, clara y precisa, de manera que las partes puedan tomar después de recibirla, las decisiones que a bien tengan, porque cuentan con todos los elementos de juicio para ello...”*⁶¹.

Insistimos que solo puede haber una adecuada información cuando la fiduciaria comunique a los fideicomitentes los riesgos implícitos en la operación y los eventuales

⁶¹ GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. Op cit., p. 34 y 35.

problemas técnicos, financieros, operativos o jurídicos que pudieran presentarse, incluyendo una descripción de los hechos que podrían dar lugar al traste con el logro de la finalidad fiduciaria. Y es que “...*el profesional debe estar lo suficientemente preparado en temas como: contraindicaciones, restricciones técnicas, límites de su prestación, los riesgos, etc. (...)*”⁶².

Ahora bien, el deber de información tiene una menor extensión en los eventos en que los constituyentes sean profesionales o tengan suficiente información sobre el negocio fiduciario, pues, en estos casos, resulta innecesario suministrar datos adicionales, ya que ello sería redundante y no brindaría nuevos elementos de juicio para tomar la decisión de celebrar el contrato. Precisamente, el doctrinante Juan David Palacio Barrientos indica:

*“...Si bien es cierto la obligación de información que recae sobre el profesional no se puede eliminar, hay que analizar también a quién va dirigida esa información para poder delimitar claramente hasta dónde va realmente la obligación de profesional. Es que como contraparte suyo puede haber personas que van desde las que no han tenido ningún tipo de formación hasta profesionales que ostentan conocimientos en el mismo nivel que el profesional... En mi sentido, la obligación es diferente, y su responsabilidad se atenuará según sea la cantidad de información real que requiere el interlocutor que le sea brindada...”*⁶³.

Adicionalmente, como se indicó en el numeral 3.4.4. supra, el deber de información tiene como límite intrínseco el deber de auto-información que tienen los fideicomitentes, pues éstos deberán evitar incurrir en una falta de información que les sea imputable. Así, se ha reconocido que en los casos en que la contraparte tuvo acceso a la información requerida para comprender el negocio, pues una vez la sociedad fiduciaria demuestre esta situación, se exonera de cumplir con este deber accesorio. En el laudo arbitral del 31 de marzo de 2000 emitido en el curso del proceso de Inurbe contra Fidugán, se afirmó:

“...la Jurisprudencia y la Doctrina estiman que el profesional cumple sus deberes de información y consejo cuando el cliente tiene los datos, opiniones y evaluaciones pertinentes, bien porque el profesional mismo se los haya suministrado, o porque el cliente disponga de ellos por otros medios, como puede ser su propia formación o experiencia...”.

⁶² PALACIO BARRIENTOS, Juan David. La responsabilidad de los profesionales. En : Revista Responsabilidad civil y del estado. Medellín, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 23 (2008); p. 116.

⁶³ PALACIO BARRIENTOS, Juan David. La responsabilidad de los profesionales, Op. cit., p. 118.

Este es uno de los deberes que se enlistan en la Circular Externa 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera, subliteral i) del literal b) del numeral 2.2.1., de la siguiente manera:

“...Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato...”.

Se llama la atención sobre el hecho de que el supervisor en la precitada Circular Externa 46 de 2008, consagró como deber de las fiduciarias, como parte de sus cargas accesorias, el de brindar a los fideicomitentes los datos relativos a:

- (i) los riesgos del negocio, esto es, las contingencias que, de materializarse, podrían generar una pérdida para el patrimonio autónomo limitaciones;
- (ii) las limitaciones técnicas, valga decirlo, todos aquellos eventos que podrían dar al traste con la finalidad fiduciaria por su imposibilidad, o notoria dificultad, operativa, financiera o administrativa; y
- (iii) los aspectos negativos sobre los bienes y servicios que integran el contrato, valga decirlo, todas aquellas situaciones, probables, posibles o eventuales, que tienen la aptitud de impedir el correcto logro del objeto contractual, tales como contingencias, costos ocultos, costos de transacción, imprevistos, entre otros fenómenos.

Esta información, en manera alguna, excluye toda la información adicional que deba ser suministrada por la fiduciaria al fideicomitente en virtud del principio de la buena fe, pues este principio tiene un contenido de mayor jerarquía y con mayor alcance que el señalado por el supervisor del mercado financiero.

4.1.2 Deber de consejo o asesoría

La asesoría consiste en la carga que tiene el profesional de brindar a la persona que no tiene conocimientos o experiencia en el respectivo campo, sus recomendaciones o sugerencias sobre la decisión que mejor conviene a sus intereses y perfil de riesgo, esto es, en aconsejar cuál decisión debería tomar en el caso concreto.

Luego, la asesoría supone una conducta activa consistente en la emisión de sugerencias, recomendaciones y consejos sobre la decisión a tomar, de suerte que el lego cuente con el acompañamiento del profesional para la toma de sus decisiones.

Se basa, entonces, “...en orientar la decisión del contratante por una alternativa que considera la mejor...”⁶⁴.

En la etapa precontractual del contrato de fiducia, la asesoría supone que la sociedad fiduciaria oriente a los constituyentes sobre el vehículo contractual que mejor se aviene para el logro de la finalidad fiduciaria, así como las condiciones jurídicas, financieras y operativas que son más idóneas para alcanzar dicha finalidad, tales como la clase de fiducia que debe ser implementada considerando el régimen normativo aplicable a los constituyentes, las cláusulas más usuales para la operación propuesta, la forma en que deben emitirse las instrucciones y las reglas sobre el régimen de responsabilidad. Sobre el punto, resultan aplicables las palabras del maestro Rubén Stiglitz:

*“...el deber de consejo se instala, como tal, desde la etapa previa al perfeccionamiento del negocio, oportunidad en que el consejero-informante, conocedor de la necesidad que a través del contrato se aspira a satisfacer, facilita al acreedor-consumidor la emisión de un consentimiento sustentado en la posibilidad cierta de cumplir sus obligaciones en etapa de ejecución. De donde la inobservancia del deber de consejo y consecuente responsabilidad del consejero-informante, objetivamente se predica de la circunstancia que el cocontratante haya concluido un contrato en condiciones desventajosas por haberse omitido suministrarle consejo o porque el mismo haya sido emitido defectuosamente...”*⁶⁵.

Ahora bien, la asesoría sólo se torna obligatoria en los eventos en que la fiduciaria se encuentra frente a un lego sobre fiducia o en los asuntos que ocuparán la atención del contrato de fiducia propuesto, pues en estos eventos deberá evitar aprovecharse de la ignorancia de su contraparte y, por el contrario, suministrarle consejos para buscar que no se burle su interés contractual.

4.1.3 Deber de secreto

Es usual que en el desarrollo de las negociaciones orientadas a la celebración de un contrato de fiducia, los constituyentes o beneficiarios revelen a la sociedad fiduciaria datos que son reservados, por corresponder a asuntos que no han sido divulgados al público o que constituyen información del comerciante, cuya vocación es mantenerse en secreto por la misma naturaleza de los hechos.

⁶⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I. Bogotá : Legis, 2007, p. 562.

⁶⁵ STIGLITZ, Rubén. La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo. S.l.: SAE, s.f., p. 53.

En estos eventos, corresponde a la sociedad fiduciaria salvaguardar la confidencialidad de la información y abstenerse de divulgarla en beneficio propio o de un tercero, o de utilizarla directamente o por interpuesta persona, pues en estos casos estaría defraudando la confianza que ha sido depositada en la misma por los negociantes y faltando a sus deberes precontractuales⁶⁶.

Pero es que no podría concebirse que después de largo períodos de negociación, los cuales resultaron frustrados por cualquier razón, las partes pudieran hacer uso de los datos que obtuvieron, pues ello impediría que hubiera sinceridad en el período precontractual y que se faltara a la buena fe en su vertiente objetiva. Solo la plena confianza de que la contraparte dará a la información un uso honrado y evitará tomar provecho de la misma, permitirá una adecuada negociación y el respeto al principio de la buena fe.

De hecho, en los Principios Unidroit se consagra claramente, en el artículo 2.16., que si una de las partes proporciona información confidencial en el curso de una negociación, la otra no podrá revelarla o utilizarla de forma injustificada, al margen de que el negocio llegue a concretarse, regla que es plenamente aplicable en Colombia en razón de una interpretación del principio de buena fe que debe reinar en el período precontractual, en los términos del artículo 863 del Código de Comercio.

Ahora bien, la información que se somete a secreto puede ser de cualquier naturaleza, valga decirlo, personal, comercial, industrial, de seguridad corporativa, laboral, etc., pues no interesa el tipo de información más que la intención de mantenerla en reserva.

Por supuesto, en los eventos en que la información consista en una idea protegida por las normas de derechos de autor o de propiedad industrial, la reserva debe sujetarse a las reglas especiales aplicables a esta materia, las cuales garantizan un tiempo de protección dependiendo del tipo de propiedad y la utilización dada a la misma, la cual puede comprender un período de uso exclusivo o aun toda la vida del autor y unos años más. Al respecto, el maestro Juan M. Farina cita:

“...Advierte CABANELLAS que quien viole la obligación de guardar secreto comete -sin dudas- un hecho ilícito que halla la consiguiente sanción tanto en el ordenamiento civil como en el penal: Resulta así preciso explicitar normas que expresa o implícitamente impongan a los supuestos responsables la obligación

⁶⁶ Ordoqui Castilla, refiriéndose a las manifestaciones de la buena fe en la faz precontractual, sostuvo que entre las partes existe un deber de mantener reserva o secreto sobre la información utilizada, so pena de desconocer el principio de la buena fe. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso del derecho, Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 286 y 287.

de abstenerse de la apropiación o divulgación de conocimientos sin la autorización de su poseedor...”⁶⁷.

Especial atención merece la divulgación de datos tales como una idea productiva o la mejor composición de un portafolio para limitar la exposición a determinados riesgos, pues en estos eventos también debe salvaguardarse el secreto que ha sido revelado por los negociadores, sin que pueda alegarse que estas ideas pudieron ser descubiertas por cualquier persona y que carecen de la aptitud para su protección. Somos de la idea de que, en estos casos, esto es, cuando en otro negocio fiduciario se utilice la misma idea productiva o se replique la composición del portafolio de inversión, debe presumirse el incumplimiento de su obligación de reserva por parte de la sociedad fiduciaria, quien tendrá la carga de la prueba de demostrar que nunca divulgó la información.

En todo caso, una vez la información se hace pública, bien sea porque los constituyentes decidieron darla a conocer o porque se ha revelado a través de otro mecanismo de información, cesa el deber de mantener el secreto, por sustracción de materia, siempre que la divulgación se encuentre ajustada a la ley.

Finalmente, es del caso mencionar que este deber tiene una proyección durante todo el iter contractual, pues la fiduciaria no puede divulgar la información aun después de terminadas las negociaciones con los constituyentes o de haberse extinguido el objeto contractual.

4.1.4 Deber de no abandonar la negociación sin justa causa

Corresponde a la sociedad fiduciaria, una vez ha comenzado el proceso de negociación de un futuro contrato, abstenerse de abandonar las negociaciones de forma intempestiva o injustificada, pues con este proceder afecta las legítimas expectativas que los fideicomitentes habían depositado en ella en el sentido de aceptar del encargo que le sería conferido.

Pues a medida que se avanza en el proceso de negociación crece la expectativa de los interesados en que el negocio fiduciario se llevará a feliz término, siendo reprochable que la fiduciaria genere falsas expectativas, ya que ello implicará la pérdida de tiempo y de oportunidades de negocio. Luego, es obligación de las partes que “...aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación...”⁶⁸.

⁶⁷ FARINA, Juan M. Contratos comerciales moderno. Buenos Aires : Astrea, 1999, p. 676.

⁶⁸ OVIEDO ALBAN, Jorge. La formación del contrato, Op cit., p. 23.

Lo anterior, en manera alguna, supone que la fiduciaria se encuentre imposibilitada de abandonar las negociaciones adelantadas, pues hasta antes de la celebración existe plena libertad para aceptar o rechazar el contrato. Sin embargo, una vez generó en los fideicomitentes la expectativa de que el contrato podría celebrarse, tiene la carga de no apartarse de la negociación sino por una justa causa, so pena de indemnizar los perjuicios que con su conducta se generen.

Ahora bien, se entiende que hay una legítima expectativa, no por el simple hecho de trabarse en una negociación, sino en el momento en que comienzan a presentarse acuerdos sobre el contenido del contrato, ya que ello es señal inequívoca de que hay un real interés en su concreción. Sobre el punto, conviene recordar las sabias palabras del tratadista Massimo Bianca:

“...Se presenta una ruptura injustificada cuando el contratante desiste de unas negociaciones que habían llevado hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la celebración del contrato, sin justa causa... Este límite puede conocerse cuando los contratantes han alcanzado un entendimiento general acerca de los puntos esenciales del negocio, debiendo definir todavía detalles menores, o cuando el acuerdo se alcanzó completamente y resta traducirlo la forma escrita necesaria para la validez del mismo...”⁶⁹.

En el mismo sentido, el tratadista Gustavo Ordoqui Castilla asevera:

“...La ruptura de las tratativas puede generar responsabilidad precontractual cuando, por ejemplo, se procedió de forma tal que se creó una apariencia de la que razonablemente se podía deducir la existencia de voluntad de contratar, que llevó a la parte a invertir en asesoramiento y trabajar para formalizar el contrato legítimamente esperado...”⁷⁰.

Por ello, una fiduciaria no puede limitarse a recibir propuestas de negocios y adelantar negociaciones sin ningún tipo de precaución o responsabilidad, pues con ello podría estar afectando la confianza de los interesados y desconociendo sus deberes accesorios en particular el de no abandonar las tratativas previas como parte integral de la complejidad del negocio fiduciario.

4.1.5 Deber de cooperación

La cooperación consiste en el deber que asumen las partes de colaborar con el logro de la finalidad contractual y de satisfacer el interés negocial de su contraparte, de

⁶⁹ MASSIMO BIANCA, Cesare. Derecho civil, Tomo 3. Op. cit., p. 521.

⁷⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso del derecho. Op. cit., p. 280 y 281.

suerte que el contrato, en sus diferentes etapas, no se convierta en un instrumento para que una de las partes someta a la otra y le impida alcanzar la finalidad socioeconómica que podía esperar del vínculo negocial. Se trata, en otros términos, de una “...regla *accessoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar desde las tratativas...*”⁷¹, con el objeto de que se haga realidad, para ambas partes, el fin negocial.

En el campo precontractual, la cooperación se traduce en la realización de todas las actuaciones que se encuentren en cabeza de los contratantes para permitir que el contrato se lleve a feliz término y que su contenido realmente permita que se satisfaga el interés de los sujetos trabados en la negociación. Al respecto en el laudo arbitral del 18 de julio de 2000, en el caso de José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A., se aseveró:

“...Los deberes recíprocos de las partes, para facilitar el cumplimiento de su contraparte y obtener el fin del contrato, se conocen bajo el principio de la cooperación. Es importante tener en cuenta que ese deber de cooperación y ayuda comienza ya en el período precontractual, como cuando una de las partes requiere la cooperación de la otra para poder materializar el contrato...”.

4.1.6 Deber de verificar la adecuada estructuración del contrato y constitución del fideicomiso

El deber relativo a la verificación de la adecuada estructuración del contrato y constitución del fideicomiso, si bien hace parte de los deberes de asesoría y cooperación, por razones prácticas se expondrá de forma independiente, ya que suponen una carga específica en relación con el contenido del contrato y el primer acto que debe hacerse en desarrollo del mismo, como es la recepción de los bienes fideicomitidos.

Al respecto, es menester indicar que corresponde a la sociedad fiduciaria, en aplicación de sus deberes precontractuales, hacer una labor de revisión, tanto formal como material, del contenido del contrato, en orden a verificar que las estipulaciones en él contenidas permitirán el logro de la finalidad fiduciaria y que entre las mismas no hay contradicciones que hagan inejecutable lo convenido. Anexamente deberá comprobar, con los elementos que están a su disposición, que el contrato no será ineficaz o anulable, por faltar alguno de sus elementos esenciales o incurrir en alguna de las causales de nulidad absoluta.

⁷¹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Op. cit., p. 140.

Así fue reconocido en el laudo arbitral del 26 de agosto de 2005, proferido en el proceso de Droguenal y Cía. S.A. contra Fiduciaria Colpatria S.A., a saber:

“...La responsabilidad del fiduciario en la formulación de los contratos corresponde al deber de asesoría que es inherente a los profesionales, y que aplica en todas las etapas de la relación, incluida la pre-contractual, lo que significa para el fiduciario la exigencia de estructurar adecuadamente los contratos e, igualmente, tener en cuenta la voluntad de la otra parte, asegurando que se pueda cumplir la finalidad de la fiducia...”.

Adicionalmente en el laudo arbitral del 26 de agosto de 1997, proferido en el caso de Leasing Mundial contra Fiduciaria Fes, los árbitros puntualizaron que el profesional fiduciario:

“...Igualmente ha de constatar con acuciosidad que en la Escritura Pública que perfeccione el negocio fiduciario estén presentes todos los elementos de la esencia... para que dicho acto jurídico logre la existencia y debe persuadirse de que los mencionados elementos no estén afectados de vicio alguno que pueda colocar en entredicho la validez del negocio...”.

Una de las manifestaciones de este deber es la carga que tienen las sociedades fiduciarias de verificar la capacidad de las contrapartes con quienes negocian, para evitar situaciones de anulabilidad por una falta absoluta de la misma. Y es que resulta inexplicable que una persona que de forma profesional y constante celebra contratos de fiducia, no verifique, de forma previa a la suscripción de los documentos, que su contraparte cuenta con plenas atribuciones y no está desconociendo sus límites legales o estatutarios. Al respecto, en el laudo arbitral del 12 de julio de 2000, proferido en el proceso de Cooperadores IPS S.A. contra Fiduprevisora, se puntualizó:

“...De lo anteriormente expuesto se concluye que la Fiduciaria... actuó sin la debida diligencia, toda vez que no corroboró en el correspondiente certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, que existía una limitación en los estatutos de Cooperadores IPS S.A. para que el representante legal comprometiera a la sociedad sin autorización de la junta directiva...”.

Aunado a lo anterior, se tiene que es deber de las fiduciarias, antes de comenzar a ejecutar sus obligaciones contractuales, corroborar que los patrimonios autónomos se constituyeron de forma regular, esto es, que los bienes fideicomitidos fueron debidamente transferidos y se cumplieron los requisitos señalados por las normas vigentes para su tradición, evitando afectar los derechos reales constituidos a favor

de terceras personas, como fue expresamente admitido en el citado laudo arbitral del 26 de agosto de 1997 (Leasing Mundial contra Fiduciaria Fes):

“...La finalidad expresa del negocio fiduciario era la de que los beneficiarios contaran con una ‘garantía efectiva y eficaz’, no cabe duda de que la fiduciaria tenía la obligación indelegable de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de tal finalidad. A juicio del Tribunal tales actos necesarios han de estar encaminados a lograr la constitución válida y efectiva del patrimonio autónomo, pues sin esta condición previa e indispensable no habría garantías, de suerte que el fiduciario ha de verificar con celo que el fideicomitente tenga el derecho de transferir el dominio sobre el bien fideicomitado y que pueda hacerlo libre de gravámenes y limitaciones...”

Observamos que no basta que la fiduciaria revele la información necesaria a sus contrapartes, ni que las asesore al momento de celebrar el contrato, sino que debe ir mucho más allá, haciendo una labor previa de verificación de la minuta del contrato, de suerte que lo convenido realmente consulte la finalidad fiduciaria, extendiéndose esta labor hasta la adecuada conformación del patrimonio autónomo. Más aun, le corresponde verificar que el contrato se celebre cumpliendo todos los requisitos formales exigidos para el efecto, absteniéndose de suscribir el documento en los eventos en que tenga dudas sobre la legalidad o *“...que simplemente lo dejara inerte frente a una cantidad de imponderables...”*⁷².

4.1.7 Deber de verificar la suficiencia de los activos que respaldan la garantía

En tratándose de negocios fiduciarios en los que va envuelta una garantía y, en particular, en la fiduciaria en garantía, constituye deber de la fiduciaria verificar que los bienes que integrarán el patrimonio autónomo sirvan para cumplir el fin propuesto en el contrato, lo que supone la realización de una serie de actividades tales como la evaluación de la idoneidad de los bienes, cauciones o garantías para amparar el cumplimiento de las obligaciones, la existencia de los bienes, la determinación del valor máximo a garantizar, y la revelación de los hechos que pudiera afectar la finalidad del amparo.

Y es que de forma previa a la constitución del negocio, es menester que todos los interesados tengan los elementos de juicio necesarios para determinar si la fiducia servirá y será idónea como instrumento de garantía, porque de no hacerlo los constituyentes deben ser conscientes de los riesgos que esta situación puede generar.

⁷² Laudo arbitral del 3 de junio de 1992 proferido en el proceso adelantado por Quórum Ingeniería contra Banco Ganadero.

Piénsese, por ejemplo, que la conformación del patrimonio autónomo pensara hacerse con bienes gravados o con limitaciones del derecho de dominio, lo que podría afectar su valor comercial o la disposición de los bienes, situaciones que necesariamente deberían ser advertidas por la fiduciaria de forma previa o, a lo menos, divulgadas. En el importante Laudo Arbitral del 20 de abril del año 2004, proferido en el proceso del Banco Davivienda S.A. contra Alianza Fiduciaria S.A. se indicó:

“...Ahora bien, precisamente cuando se está ante una fiducia en garantía y fuente de pago, las obligaciones a cargo del fiduciario en lo que hace al deber de verificar la suficiencia de los activos que respaldan la garantía, exigen el cuidado del buen hombre de negocios y, este no ha de ser mínimo, sino el que se requiera para cumplir con sus obligaciones de manera cabal. Ello se evidencia con acciones adecuadas de seguimiento verificación e información, que se traducen en obligaciones de contenido profesional, entendiéndose por tales, en casos como el presente, las que aseguran la diligencia en las gestiones de control y vigilancia...

Este deber no se entiende cumplido, se reitera, con acciones que signifiquen una mera formalidad, sino que implica una serie de actividades encaminadas a evidenciar la existencia del activo, las seguridades para mantenerlo y demás condiciones propias de una garantía, lo que le permite a los acreedores garantizados confiar no solamente en la razonabilidad de la información, sino también en las condiciones de seguridad que tendría el activo. Por ello, la obligación de verificación es compleja y comporta una serie de exigencias de constatación y seguimiento que han de ser efectivas y que desde luego sirvan a la finalidad del fideicomiso...”

Es importante señalar que la verificación de la suficiencia de las garantías no se agota en el período precontractual, sino que se extiende durante toda la vigencia del contrato, pues es deber de la fiduciaria hacer seguimiento al comportamiento de las garantías para determinar si están cumpliendo con su finalidad o si sucedió alguna circunstancias que debiera ser objeto de comunicación a los interesados por afectarlo, comprometiéndose la responsabilidad de la fiduciaria en los casos en que se abstenga de hacerlo. En la sentencia del 18 de mayo de 2006 la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a este caso en concreto, manifestó que las fiduciarias comprometen su responsabilidad cuando:

“...hubiera recibido bienes fideicomitidos por un valor que, de bulto o por simple aplicación de las reglas de la experiencia, se ofrezca desproporcionado o inconsulto con las condiciones de aquellos; o incurra en actos culposos en el cumplimiento de su gestión, que incidan en la idoneidad de aquella... o que, en

general, no realice diligentemente los actos necesarios para conseguir la finalidad de la fiducia... como sería, por vía de ilustración, no proceder con diligencia a la enajenación de los bienes fideicomitidos, en caso de incumplimiento del deudor, o proceder a la enajenación de los mismos con desconocimiento de las instrucciones dadas por el fideicomitente, entre otros eventos... Desde luego que al momento de constituirse la fiducia, el fiduciario tiene el deber de cerciorarse de que los bienes que le son transferidos... tengan la aptitud jurídica y económica para servir de garantía. Y es claro también, que en el desarrollo del contrato, el fiduciario debe prestar especial atención para que exista la proporción adecuada entre el valor de los bienes fideicomitidos y la cuantía de las obligaciones que se pretenden garantizar a los beneficiarios...”⁷³.

4.2 En la etapa contractual

En esta etapa de ejecución surge para la fiduciaria un catálogo de deberes que exceden los deberes indelegables que tienen en virtud del artículo 1234 del Código de Comercio, así, por ejemplo, no resulta suficiente que la fiduciaria ponga su mejor empeño en el logro de la finalidad fiduciaria, sino que debe informar al fideicomitente de las dificultades que detecte, comportarse de forma leal y tomar medida para resolver adecuadamente los conflictos de interés, obrar de forma prudente, guardar secreto, entre otras cargas, las cuales, si bien pueden no tener consagración legal, lo cierto es que su reconocimiento está garantizado en virtud de la aplicación del principio de la buena fe objetiva.

4.2.1. De información

El deber de información también se hace presente en la etapa contractual, entendido en sus dos diferentes aspectos: (i) como la carga que tiene la sociedad fiduciaria de revelar todos los hechos que afecten el normal desarrollo del contrato o el cumplimiento de las prestaciones a su cargo; y (ii) como la obligación consagrada en el numeral 8 del artículo 1234 del Código de Comercio, según la cual corresponde a la fiduciaria “*Rendir cuentas comprobadas de su gestión al fiduciario cada seis meses*”.

Frente al primero de los aspectos, procede mencionar que su fuente se encuentra en el principio de buena fe, en cuanto se impone a los sujetos vinculados por un contrato el revelar todos los hechos que pudieran tener efecto en la ejecución del

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de mayo de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

mismo, esto es, en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, de suerte que la contraparte pueda evaluar las consecuencias que pudieran originarse de esta situación y tomar las medidas que considere convenientes para mitigar sus efectos.

Con mayor razón, en tratándose del profesional fiduciario se exige de este una plena revelación de todos los datos a los que tenga acceso, los cuales deberá comunicar de forma inmediata a los constituyentes, beneficios o ambos, dependiendo del tipo de información y a la persona que pudiera afectar. Y es que la confianza depositada en la fiduciaria le impone que se comporte con plena lealtad y transparencia frente a todos los interesados en el negocio fiduciario, una de cuyas expresiones es la divulgación de información.

Así, cuando la fiduciaria detecte un hecho que puede hacer más gravosa la ejecución del fin fiduciario o determine que se aumentó la exposición a un determinado riesgo, es apenas exigible que lo divulgue al constituyente y beneficiario, para que estos puedan prevenir las consecuencias u ordenar los correctivos que minimicen el impacto, incluyendo incluso la terminación del contrato de fiducia. Otro tanto sucede cuando terceros hacen uso de acciones extrajudiciales o judiciales contra los bienes fideicomitidos, pues ello puede repercutir en el cumplimiento del fin fiduciario, siendo deber del profesional divulgar este hecho.

En el laudo arbitral del 15 de marzo de 2001, proferido en el proceso de Constructora Mazal contra Inversiones GBS Ltda., se afirmó que:

“...El deber de colaboración que adquieren las partes al entablar una relación comercial impone a cada una de ellas, de manera particular, el deber de suministrar a la otra parte la información necesaria para facilitar el debido cumplimiento de las obligaciones que esta ha adquirido y la obtención de los beneficios que la misma previó al momento de la contratación...”

Ahora bien, aun cuando, tal y como se ha venido anotando, el deber de información se entiende incorporado a todos los contratos en general, siendo por este motivo exigible a cualquier persona como parte de un contrato, el mismo se exige de manera más estricta a los contratantes que por sus conocimientos, habilidades técnicas y experiencia son considerados como profesionales en el oficio al cual se refiere el objeto contractual...”

En cuanto se refiere a la rendición de cuentas, procede señalar que se trata de una obligación de fuente legal, y consiste en la carga que tiene la fiduciaria de comunicar al fideicomitente los avances de su gestión, evidenciando los principales movimientos contables sobre los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

En efecto, corresponderá a la fiduciaria demostrar las más importantes gestiones que ha efectuado en el último período con el objeto de alcanzar la finalidad fiduciaria, incluyendo todos los aspectos que tuvieran relevancia en la ejecución del encargo recibido. Así mismo, corresponde al profesional anexar los estados financieros que sean necesarios y, por lo menos, un balance general, donde se compruebe la situación económica del patrimonio autónomo.

La circular externa 046 de 2008 define, amplía y sustenta la obligación legal de rendir cuentas ya que establece entre otros, el concepto, el carácter indelegable de esta obligación, la periodicidad y por último la forma que debe darse esta rendición de cuentas. En tratándose de este último punto, establece en el numeral 6.1.4 la información mínima que debe contener dicha rendición de cuentas para los beneficiarios o acreedores garantizados y a los fideicomitentes de los negocios que administra, excepto para carteras colectivas.

De esta manera, en la mencionada circular la obligación de rendir cuentas encierra la presentación de un informe, insistimos, detallado y debidamente soportado, que relacione las actividades desarrolladas para el cumplimiento del fin del fideicomiso, así como las medidas correctivas implementadas frente a los principales inconvenientes detectados:

“...El Fiduciario tiene como deber indelegable presentar al beneficiario y/o acreedor garantizado así como al fideicomitente (sin perjuicio de que contractualmente puedan ampliarse los destinatarios) un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley.

*Por lo tanto, la mencionada rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los soportes que documenten la información presentada...”*⁷⁴

La rendición deberá efectuarse con la periodicidad que sea convenida en el contrato de fiducia, considerando la naturaleza del negocio y el interés de las partes, siempre que las cuentas se presenten a lo menos dos (2) veces al año cada seis (6) meses,

⁷⁴ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Numeral 6.1.1 de la circular externa 46 de 2008. [En línea] Disponible en: http://www.seguroscolpatria.com/arpc/docs/circular_superfinanciera_0046_2008.htm

que para las carteras colectivas, conforme al parágrafo del artículo 3.1.7.1.9. del Decreto 2555 de 2010, debe ser con corte al 30 de junio y 31 de diciembre.

En todo caso, es menester precisar que la rendición de cuentas es diferente de la entrega de informes periódicos, pues estos últimos tienen un carácter netamente informativo y, por tanto, no requieren estar debidamente sustentados ni contener toda la información requerida para aquéllos, sino que bastara que se reporten los “...hechos relevantes que afecten el negocio y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos...” (numeral 6.2. del Título V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia).

Ahora bien, la fiduciaria solo estará obligada a rendir informes cuando así se pacte en el respectivo contrato, esto es, cuando haya un acuerdo entre el fideicomitente y la fiduciaria en el sentido de que debe divulgarse una información diferente a la rendición de cuentas, o cuando la ley lo imponga en atención a la naturaleza del negocio, como sucede en las carteras colectivas, donde se hace necesario que, adicional a la rendición de cuentas, el profesional fiduciario ponga a disposición de los beneficiarios la ficha técnica y el extracto de cuenta (artículo 3.1.7.1.1. del Decreto 2555 de 2010).

Adicionalmente, la circular citada en precedencia fue clara en expresar que, en tratándose de la fiducia de inversiones de recursos públicos y en particular frente a la cláusula que pactaren los intervinientes, para los informes “...deberán atenderse las normas especiales que sobre el particular se fijen según el negocio fiduciario del que se trate o de la naturaleza de la entidad fideicomitente, v. gr. aquellos informes que surgen con ocasión de negocios fiduciarios derivados de licitaciones públicas o contratos estatales...”.

4.2.2 De consejo o asesoría

El deber de consejo supone, al igual que en la etapa precontractual, una conducta activa calificada por parte de la sociedad fiduciaria, pues va mucho más allá del simple suministro de información, al suponer la emisión de recomendaciones o sugerencias precisas a la contraparte, considerando aquello que resulta más ajustado a su interés negocial y perfil de riesgo, ilustrando las diversas alternativas y recomendado la mejor para el usuario. Sobre el punto, el maestro Rubén Stiglitz sostiene que la asesoría excede la información por cuanto le adiciona “...una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva, en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente...”⁷⁵.

⁷⁵ STIGLITZ, Rubén. La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo. Op. cit., p. 54.

En efecto, la Circular Externa No. 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia define del deber de consejo como la carga que tiene la fiduciaria de “...dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio...”, confirmando la idea de que supone una verdadera asesoría para la adecuada toma de decisiones.

Sobre el punto, en el laudo arbitral del 8 de junio de 1999 proferido en el proceso de Inurbe contra Fiduagraria, se indicó:

“...En cuanto a la obligación de consejo, también llamada de asesoría, la doctrina señala que tiene un mayor contenido obligacional que la mera información y demanda del profesional suministrar opiniones fundamentadas sobre las materias objeto de su valor, con el fin de ilustrar al cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta y de orientarlo en sus decisiones y escogencias, todo lo cual ha de estar enderezado a incitarlo o a tratar de persuadirlo para que adopte la solución que parezca más conveniente para él...”.

En materia fiduciaria, la asesoría se traduce en el hecho de que la sociedad aconseje al constituyente sobre las decisiones que debe adoptar en desarrollo del contrato, de forma previa a su adopción, tales como inversiones que deben realizarse, canalización de recursos en el sistema cambiario, destinación de los excedentes de liquidez, realización de activos, pre-pagos, refinanciaciones, etc. Para ello, previamente, debe brindarse la información necesaria para la toma de decisiones conscientes, por lo que existe un claro vínculo entre el deber de asesoría y el de información.

Piénsese que en una fiducia en garantía se advierte por parte del acreedor que podría reducir las tasas de interés por el pago anticipado de la obligación, frente a lo cual el constituyente puede esperar de la fiduciaria que le brinde su sugerencia respecto a la conveniencia de esta medida respecto del patrimonio autónomo y la posible enajenación de activos y su flujo de caja.

Ahora bien, considerando la condición profesional de la fiduciaria, era de esperarse que se exigiera a ésta que asesorara a los constituyentes carentes del conocimiento o experiencia suficiente para la adecuada toma de decisiones. Y es que se espera de cualquier profesional que, cuando se enfrente a un lego, evite abusar de su posición y, por el contrario, ponga al servicio de este último su experiencia para permitirle una consciente adopción de resoluciones. Al respecto, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, refiriéndose simultáneamente a los deberes de información y consejo, asevera: “...Estas dos obligaciones solo existen en la medida que haya una parte profesional y otra profana en la materia. Si ambas partes conocen o deben conocer

en razón de su oficio, los alcances del contrato, la obligación de información o consejo desaparecen o por lo menos se atenúan...”⁷⁶.

Empero, en la citada Circular Externa No. 046 se restringió el alcance de este deber, en tanto se consideró que únicamente tenía el alcance de una carga secundaria en tratándose de la fiduciaria de inversión, por lo que en los demás negocios fiduciarios requiere de pacto expreso para que la fiduciaria está obligada a acatarlos, a saber: “...salvo que el contrato sea de inversión, (el deber de asesoría) solamente será obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato...”. (Paréntesis fuera del texto original).

Se observa cómo el supervisor, en desarrollo de sus facultades de instrucción, restringió el alcance del deber secundario de consejo, porque, se insiste, solo le dio cabida en los contratos de inversión, cercenando el contenido del principio de la buena fe y favoreciendo la desidia de las fiduciarias. Nos extraña que el encargado de supervisar la actividad financiera y, entre otros objetivos, salvaguardar los derechos de los inversionistas, los desprotegiera en punto a la asesoría, acogiendo la más restrictiva de todas las posiciones que podían tejerse sobre este subdeber.

No obstante lo anterior, consideramos que en un caso concreto es posible que un fiduciante, en aplicación directa del principio de la buena fe en su vertiente objetiva, exceda el contenido de la circular externa y alegue que la fiduciaria desconoció este deber aun en contratos en los que no se pactó de forma expresa. Esto, por cuanto la facultad de instrucción del supervisor no tiene el alcance de desconocer las normas legales vigentes en materia de fiducia, en particular, el artículo 871 del Código de Comercio que consagra el principio de buena fe, como se anotó anteriormente.

Sin duda alguna, en tratándose de fiducias de inversión, el deber de consejo tiene plena aplicación durante toda la vigencia del vínculo negocial, según lo indicado por la Superintendencia en la citada circular externa y como se deriva de una ponderada interpretación del principio de buena fe, sin que la fiduciaria pueda restringirlo o limitarlo, salvo en los casos en que el cliente sea un experto o profesional en la respectiva actividad, pues en dicho evento no requiere de consejos o asesorías especiales para tomar la mejor decisión. Así se puso de presente en el laudo arbitral del 31 de marzo de 2000 proferido en el proceso adelantado por Inurbe contra Fidugán, a saber:

“...la Jurisprudencia y la Doctrina estiman que el profesional cumple sus deberes de información y consejo cuando el cliente tiene los datos, opiniones y

⁷⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Op cit., p. 561.

evaluaciones pertinentes, bien porque el profesional mismo se los haya suministrado, o porque el cliente disponga de ellos por otros medios, como puede ser su propia formación o experiencia...”.

De hecho, el parágrafo del artículo 7.3.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010 dispone que las sociedades comisionistas de bolsa no pueden, en ningún caso, limitar, restringir o eximirse de este deber, salvo frente a clientes profesionales, esto es, aquellos que cuentan “...con la experiencia y conocimientos necesarios para comprender, evaluar y gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a cualquier decisión de inversión...” (art. 7.2.1.1.2. ibídem).

Finalmente, no está demás indicar que la falta al deber de consejo en la etapa contractual da lugar a un incumplimiento del contrato y compromete la responsabilidad concreta de la sociedad fiduciaria, en tanto supone la desatención de las cargas que son connaturales al vínculo existente entre el profesional y el constituyente.

Sin embargo, cuando la fiduciaria decide emitir consejos por su propia voluntad y sin tener la obligación o deber de hacerlo, esta actitud no pueda dar lugar a que sea condenado, aun cuando no se alcanzaron los resultados queridos con el consejo emitido, salvo en los eventos en que hubiera actuado con mala fe. Pues el hecho de emitir voluntariamente una sugerencia no supone que esta sea infalible o que se adquiera la carga de alcanzar el resultado esperado de la misma, ya que una sugerencia es precisamente eso, un consejo que se emite con base en una determinada apreciación de las condiciones relevantes del caso. Así fue reconocido en el laudo arbitral del 31 de julio de 2000, proferido en el proceso de Beneficencia de Cundinamarca contra el Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A.:

“...Ahora bien, el consejo suministrado desinteresadamente, vale decir, sin que obedezca a una obligación estipulada, no compromete, en principio, la responsabilidad del profesional, a menos que haya actuado con intención maliciosa...”.

4.2.3 Deber de lealtad

El deber de lealtad impone al profesional fiduciario que actúe buscando la prevalencia del logro de la finalidad negocial, por lo que sus actos deben estar orientados a salvaguardar el interés del contractual del constituyente o del beneficiario, teniendo que abstenerse de efectos comportamientos que busquen la prevalencia de intereses propios o de terceros.

Adviértase que la jurisprudencia arbitral mantiene el deber de lealtad como conducta exigible a las fiduciarias, en atención a su carácter profesional, pues, en virtud del mismo y en aplicación de la buena fe objetiva, se espera que actúe de forma proba con el constituyente, como se advierte en el laudo arbitral proferido en el proceso adelantado por Droguenal y Cía. S.A. contra Fiduciaria Colpatria S.A., 2005:

“...El denominado deber de lealtad, también asegurado por la doctrina para todo tipo de profesionales, aplica en la medida en que se exige también que los contratos sean ejecutados de buena fe por deudores y acreedores, de tal manera que los contratos obligan no solo en lo pactado, sino en todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural. A buena hora la Constitución Nacional la exige artículo 83 y el artículo 769 del Código Civil establece que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley prevé la presunción contraria...”.

En virtud de la lealtad, las sociedades fiduciarias, entre otras cargas, adquieren las siguientes:

- i) *Prevención de situaciones de conflicto de interés y adecuada resolución de las mismas*: la fiduciaria debe evitar que en su cabeza se radiquen intereses incompatibles; ninguno de los cuales puede prevalecer, pues ello implicaría enfrentarse a un conflicto de interés que minaría su lealtad frente a los clientes cuyos encargos está representando.

Sin embargo, en los eventos en que se encuentre frente a dicha situación, deberá buscar mecanismos que le permitan su resolución sin afectar a ninguno de los constituyentes, esto es, sin privilegiar un interés sacrificando los demás, por lo que puede hacer uso de instrumentos tales como la búsqueda de consensos, la consulta a los interesados, entre otros, evitando traicionar el interés de cualquiera de ellos.

Claro está que en los casos en que los intereses en pugna sean los del constituyente y los de la sociedad fiduciaria, se tiene que deberá darse prevalencia a los primeros, pues de lo contrario faltaría a la lealtad que era esperable de ella. De hecho, el numeral 1 del artículo 1239 del Código de Comercio prescribe que cualquier persona interesada podrá solicitar la remoción del fiduciario cuando advierta que tiene intereses incompatibles con los del beneficiario, valga decirlo, las eventuales faltas a la lealtad pueden conducir a la terminación del encargo en cabeza del fiduciario, pues puede solicitarse su cambio a la autoridad judicial o administrativa competente.

En los eventos en que la fiduciaria actúe como intermediaria del mercado de valores, por ejemplo, en desarrollo de fiducias de inversión o de administración,

adquiere el deber reglamentario de establecer reglas para detectar, prevenir y manejar los conflictos de interés, en los términos del numeral 2 del artículo 7.3.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010, las cuales deberán estar contenidas en el código de gobierno corporativo de la entidad.

- ii) *Seguir las instrucciones del fideicomitente y, en los eventos en que se le permita actuar de forma independiente, hacerlo buscando el mayor beneficio posible:* corresponde al profesional fiduciario seguir fielmente las directrices o instrucciones emanadas del constituyente, bien sea que se encuentren contenidas en el contrato o que posteriormente le sean suministradas, por cuanto las mismas constituyen el marco de acciones posibles para alcanzar la finalidad fiduciaria.

Y es que la fiducia, por tratarse de un encargo conferido al profesional, impone que este se sujete de forma estricta a las reglas que le sean impuestas para el ejercicio de sus funciones, al punto que no puede separarse de ellas sino en casos excepcionales y siempre con el objeto de alcanzar la finalidad querida por el constituyente o alcanzar el mejor provecho.

Adicionalmente, en los eventos en que se permita al profesional obrar de la mejor manera que estime conveniente, es claro que para su determinación deberá tener en cuenta únicamente la búsqueda del mayor provecho para el beneficiario, privilegiando esta circunstancia sobre cualquier otra, so pena de faltar a la lealtad que es exigible de la misma.

Para estos fines, deberá tenerse en cuenta que entre más grande sea la libertad otorgada a la fiduciaria, adquiere una mayor responsabilidad en el desarrollo de su gestión, pues se espera de ella la realización de todos los actos que permitan el logro de la finalidad fiduciaria, siempre dentro de los límites de su régimen de responsabilidad. Al respecto, el maestro Sergio Rodríguez Azuero señala:

“...Sea lo primero advertir que la doctrina es unánime al sostener que esta aparente amplitud, en alguna medida engañosa, no sólo puede vincular en más alto grado la responsabilidad del fiduciario porque su gestión no podrá soportarse en las instrucciones que haya recibido, sino quedará librada a su propio criterio, buen juicio y discernimiento...”⁷⁷.

4.2.4 De colaboración

Se afirma que el contrato de fiducia es de colaboración, por cuanto las partes deben ayudar a alcanzar la finalidad fiduciaria, lo cual significa que deben ejecutar los

⁷⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios su significación en América Latina. Op cit., p. 853.

actos que estén a su alcance para satisfacer el interés de la contraparte y propender porque se satisfaga el interés querido al celebrar el contrato. Sobre el punto, el doctrinante Carlos Julio Giraldo Bustamante precisó: “...los contratos de fiducia son contratos de colaboración, por cuanto la conducta desarrollada por cada una de ellas debe orientarse al buen cumplimiento del contrato...”⁷⁸.

Se tiene, entonces, que corresponde a la fiduciaria llevar a cabo las actuaciones encaminadas a permitir la efectividad de las prestaciones a favor de los constituyentes, tales como promover la celebración de contratos, entregar la documentación requerida para realizar operaciones de liquidez, entrar en contacto en agentes externos para buscar beneficios concretos e, incluso, prestar su gestión para buscar la mejor estrategia para el pago de su remuneración y los gastos derivados de la ejecución del encargo, entre muchas otras actuaciones.

Las tratadistas Helena Díez García y Pilar Gutiérrez Santiago, verbigracia, citan como expresión del deber de colaboración la carga que tienen los partícipes en un proyecto de construcción de propender por la formalización de las compraventas a favor de los usuarios, a fin de garantizar que estos puedan tramitar los créditos requeridos para el efecto⁷⁹, ejemplo que es perfectamente aplicable a la fiduciaria inmobiliaria.

La jurisprudencia arbitral se ha pronunciado sobre el deber de colaboración, afirmando:

*“...El concepto de colaboración ha sido fundamentado en la doctrina en la buena fe contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento y la eficacia de los contratos. El profesor Emilio Betti considera que la buena fe contractual coincide con la actitud de cooperación, dirigida esta a asegurar el cumplimiento de la expectativa de la otra parte. De suyo, según el autor, esta actitud busca afianzar la confianza, la fidelidad, el compromiso y la prontitud en auxiliar a la otra parte, para que se pueda cumplir con sus recíprocas obligaciones...”*⁸⁰.

Es expresión del deber de colaboración el hecho de que las partes del contrato de fiducia cumplan con sus prestaciones de forma proactiva, esto es, sin limitarse a esperar que la otra satisfaga sus cargas, con lo cual se hace más fácil el trámite

⁷⁸ GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. Op cit., p. 35.

⁷⁹ DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. Interpretación e integración del contrato. En : RODRÍGUEZ CANO y BERCOVITZ, Rodrigo. Tratado de contratos. Valencia : Tirant Lo Blanch, 2011, p. 964 y 965.

⁸⁰ Laudo arbitral del 26 de agosto de 2005, proferido en el proceso de Droguenal y cía. S.A. contra Fiduciaria Colpatria S.A. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom].

contractual y se viabiliza el logro de la finalidad fiduciaria. Por ejemplo, no se concibe que la fiduciaria, aun cuando no se le pagara su remuneración, se abstenga de defender los bienes que integran el patrimonio autónomo, alegando una excepción de contrato no cumplido, porque con este comportamiento faltaría a su deber de colaboración.

Por último, hace parte de la colaboración la obligación de mitigar el daño propio, en el sentido de que cuando se configure un incumplimiento contractual la parte afectada debe tomar las medidas para evitar que el perjuicio causado tenga mayores repercusiones o se convierta en una cascada de consecuencias dañinas, siempre que tenga a su alcance medidas concretas para hacerlo.

Al respecto, el maestro Luis Díez-Picazo sostiene: “...*hay que entender que sobre el perjudicado pesa el deber o la carga de mitigar los daños. Esta regla encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe...*”⁸¹.

4.2.5 Deber de prudencia

Este deber se fundamenta en la conducta que le es exigible al fiduciario, en atención a su condición de profesional en la actividad, imponiéndosele un actuar con un cuidado excepcional, considerando su experiencia y los conocimientos particulares, en otras palabras, su *expertise*.

Y es que no podría pensarse en una fiduciaria que tome riesgos excesivos en la ejecución de su encargo, o exponga el patrimonio autónomo a situaciones que no se encuentran debidamente valoradas o que exceden el perfil de riesgo del constituyente, pues este actuar sería evidentemente imprudente y por fuera de la conducta que se espera de un profesional. Al respecto el tratadista Sergio Rodríguez Azuero señaló:

*“...Sin duda alguna no existe calificativo que defina mejor la conducta que ha de seguir el fiduciario que la de ser prudente. Ella supone actuar con la ‘diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios’. Esto es, actuar con buen juicio...”*⁸².

Luego, es connatural a la prudencia que el fiduciario se comporte como un “bien profesional”, en el sentido de que debe actuar como lo haría otra fiduciaria puesta en sus mismas condiciones, con la diligencia y cuidado suficientes para evitar riesgos excesivos. En reciente laudo arbitral se aseveró:

⁸¹ DIEZ PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid : Civitas, 1999, p. 322.

⁸² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del fiduciario. Op cit., p. 44.

“...La responsabilidad de las entidades fiduciarias se inscribe en la denominada responsabilidad profesional, la cual esencialmente implica la utilización de un rasero más exigente al ordinario que ha sido construido sobre el nivel de diligencia y cuidado de un buen padre de familia. En la actualidad, de modo cada vez más generalizado, no se espera de quien se ejercita en un trabajo especializado, el nivel de diligencia y cuidado de un hombre ordinario mediano o altamente diligente. Se espera algo más y ese algo más se relaciona con las expectativas de quienes entran en trato con el mismo, ligadas a su especial conocimiento y versación en la profesión, arte u oficio de que se trate...”⁸³.

Debe mirarse, entonces, cuál es la conducta exigible de una compañía profesional que se presenta al público como la “más indicada” para llevar a cabo los intereses de los constituyentes, teniendo en cuenta factores tales como la finalidad fiduciaria y el nivel de riesgo admisible para el fideicomitente, tamizados por una adecuada aplicación del principio de la buena fe objetiva.

Más aun, corresponde a la sociedad fiduciaria, en desarrollo de la prudencia que se espera de su actuar, que cuente con la debida preparación para prever los riesgos que pueden presentarse en el cumplimiento de sus obligaciones y poder manejar situaciones adversas intempestivas para los intereses del constituyente, de suerte que pueda tomar medidas oportunas y evitar pérdidas que pudieron ser mitigadas. Al respecto, conviene recordar las palabras del tratadista Jorge Suescún Melo:

“...Suele ser característica de las actividades que desarrollan las compañías fiduciarias el ofrecer confianza y conocimiento profesionales, así como por sus actuaciones prudentes y cuidadosas, todo lo que les permite prever riesgos y anticipar y precaver problemas y vicisitudes en forma más acertada y rápida de lo que cualquier persona no especializada podría hacer...”⁸⁴.

Se tiene, entonces, que la fiduciaria debe ser meticulosa al momento de tomar y ejecutar sus decisiones, pues la falta de previsión sobre los riesgos o una exposición excesiva, puede comprometer su responsabilidad y conducir a un incumplimiento contractual.

4.2.6 Deber de secreto

Como se indicó en el numeral 4.1.3. de este artículo, el deber de secreto supone una carga para la fiduciaria en el sentido de que no puede divulgar la información

⁸³ Laudo arbitral del 24 de junio de 2009 que dirimió los conflictos entre Fiducentral y Víctor Raúl Romero. Colección laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom].

⁸⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. Op. cit., p. 433.

personal, comercial o de cualquier otra naturaleza, a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del negocio, bajo la más estrecha responsabilidad de los perjuicios originados por no actuar de esta manera.

Se considera que el secreto supone una conducta negativa por parte de la fiduciaria, quien debe abstenerse de revelar o utilizar para sí o para terceros, aspectos que tengan la naturaleza de reservados o que constituyan la razón de ser del negocio fiduciario y supongan un deber hacer que no es de público conocimiento.

En este contexto, la fiduciaria debe conservar para sí los datos, informaciones, fundamentos, conclusiones y documentos a los que tenga acceso, sin perjuicio de que pueda ponerlos a disposición de las autoridades competentes en los casos señalados en la ley.

Sobre el alcance de este deber conviene recordar las palabras del maestro Juan M. Farina, las cuales resultan aplicables al contrato de fiducia:

“...en los contratos no se prevé un plazo final para esta obligación recíproca de guardar secreto, por cuyo motivo debe considerarse asumida por tiempo indeterminado en lo concerniente a cada información o dato de naturaleza técnica, comercial, financiera u organizativa que las partes hayan llegado a conocer con motivo de los estudios pertinentes y en ocasión de cumplir el contrato...”⁸⁵.

4.2.7 Deber de protección y conservación

Este deber consiste en asumir la guarda y la administración diligente de los bienes objeto del negocio, esto es, los que conforman el patrimonio autónomo, de suerte que se garantice su correcta destinación a los fines señalados en el acto de constitución.

La Circular Externa No. 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia preceptúa que corresponde a la fiduciaria la protección de los bienes transferidos por el fideicomitente, en el sentido de que *“...debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato...”*.

Debe advertirse que la carga de protección y conservación impone todas las conductas que pueden esperarse de un profesional de su actividad, incluyendo, de ser procedente, la contratación de los seguros que permitan minimizar los riesgos

⁸⁵ FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Op cit., p. 685.

derivados de la destrucción o menoscabo de los bienes. Así fue consagrado de forma expresa en el derecho argentino, prescripción que nos encontramos en mora de establecer en Colombia:

“...El fiduciario tiene un deber secundario de conducta, derivado de la buena fe, que consiste en el cuidado de los bienes que están bajo su custodia. El deber mencionado encierra un costo para prevenir los riesgos, y la ley los impone al fiduciario bajo la forma de una carga: el fiduciario tiene la carga de contratar un seguro...”

*La carga no es una obligación, sino un deber que se impone a un sujeto cuyo incumplimiento no es coercible, pero acarrea la pérdida de un beneficio. En este caso, la sanción es no poder invocar una responsabilidad limitada...”*⁸⁶.

Y es que si la fiduciaria adquiere el derecho de dominio de los bienes fideicomitidos, pudiendo realizar actos de conservación, administración y disposición de los mismos, debe actuar con toda la diligencia para evitar su destrucción o destinación a finalidades ajenas al interés negocial del constituyente, exponiéndose la responsabilidad de la fiduciaria cuando desconozca este deber.

4.2.8 De vigilancia

Durante el período de ejecución del negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria debe contar con una actitud vigilante que le permita detectar irregularidades y actuar oportunamente frente a ellas, esto es, debe estar atenta a todas las situaciones que puedan afectar el patrimonio autónomo e impedir o perjudicar el logro de la finalidad fiduciaria, informando de su existencia y adoptando los correctivos que estime necesarios.

Sobre el punto, el tratadista Jorge Suescún Melo señala:

*“...el deber de vigilancia – connatural a las obligaciones de prudencia y diligencia, es decir, a las obligaciones de medio - pues éste exige del profesional estar atento o vigilante para anticipar, razonable, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones desfavorables o el cambio de tendencia de los mercados o negocios. Este deber también demanda del profesional reaccionar de manera diligente frente a encargos que sean manifiestamente irregulares, anormales e inusuales en la práctica comercial...”*⁸⁷.

⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Op cit., p. 320.

⁸⁷ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Op cit., p. 467.

Respecto al deber de vigilancia que concierne a la actividad profesional, la jurisprudencia arbitral ha dicho que debe anticiparse a la ocurrencia de situaciones adversas para el fideicomiso:

“...Este deber le exige al profesional estar atento o vigilante, lo que significa que ha de anticipar razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones nocivas o el cambio de tendencia en los negocios...”⁸⁸.

4.3 En la etapa postcontractual

Somos de la teoría de que los deberes secundarios pueden tener vigencia en el período postcontractual, esto es, aquel originado después de la extinción del contrato⁸⁹, en los eventos de que la fiduciaria tenga que salvaguardar la confianza que ha sido puesta en el ejercicio de su encargo y, por tanto, evitar consecuencias perjudiciales para los constituyentes o beneficiarios que intervinieron en un contrato después de su terminación.

Así, como se anotó anteriormente, deberes tales como el secreto y la lealtad no se agotan en el período precontractual o contractual, sino que su vigencia se extiende en el tiempo aun después de que el vínculo negocial se ha finiquitado, pues, en aplicación del principio de la buena fe puede esperarse de un profesional, en quien se deposita la confianza, que se abstenga de realizar conductas que podrían defraudar las legítimas expectativas de los constituyentes o beneficiarios, como por ejemplo, revelando un secreto que podría traerle consecuencias patrimoniales.

También es posible concluir que se falta a los deberes profesionales cuando la fiduciaria hace uso de conocimiento o estrategias que desarrolló de forma exclusiva para un constituyente, pretendiendo obtener un resultado benéfico para sí o para un tercero, sin estar autorizada para ello por el fideicomitente y, en el peor de los escenarios, irrogándole un perjuicio de su falta de lealtad.

En el mismo sentido, puede esperarse de una fiduciaria que, una vez extinguido un contrato de fiducia, se abstenga de aceptar el encargo conferido por una persona que pretende constituir un fideicomiso para accionar, por vía judicial o administrativa, contra las consecuencias jurídico-patrimoniales del anterior patrimonio autónomo.

⁸⁸ Comerintegral Ltda. vs Fiducolumbia S.A. 2004.

⁸⁹ “...La responsabilidad poscontractual... está fuera del contrato, lateral a él... se ubica en los momentos... posteriores a su extinción... Creemos que el fundamento de esta responsabilidad poscontractual es, asimismo, el ejercicio de una prerrogativa jurídica de modo irregular, antifuncional, contrariando la buena fe, la moral y las buenas costumbres...”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, op. cit., p. 428.

Esta actitud, además de faltar a la ética que podía esperarse de la misma, es un atentado en contra del deber secundario de lealtad.

Por supuesto, en estos eventos, el constituyente o el beneficiario no podrán esperar que haya una condena por el incumplimiento del contrato celebrado con el profesional, sino que será necesario buscar la indemnización de perjuicios acudiendo a las reglas de responsabilidad aquiliana.

Empero, nada se opone a que las partes hagan pactos postcontractuales para regular los deberes vigentes durante este período, caso en el cual la responsabilidad será netamente contractual y originada en la transgresión de lo convenido entre las partes. Piénsese en un acuerdo de secreto o reserva, el cual constituye un verdadero negocio jurídico y en el que es posible pactar cláusulas penales que sirvan para estimar anticipadamente los perjuicios derivados del error de conducta imputable a la sociedad fiduciar por revelar información reservada.

Por último, debe llamarse la atención sobre el escaso desarrollo legal, jurisprudencial y reglamentario de los deberes postcontractuales, los cuales han sido prácticamente ignorados por nuestro sistema jurídico. Sin embargo confiamos que en muy poco tiempo habrá un verdadero desarrollo de los mismos y se sentarán las bases teóricas para su completa formulación.

5. Conclusiones

1. La buena fe, como principio constitucional y legal que se irradia en la totalidad del ordenamiento colombiano, orienta las actuaciones de los particulares y es de obligatoria observación en todos los actos por ellos realizados. En su vertiente objetiva constituye una regla de comportamiento que se espera de la contraparte, la cual trasciende la esfera psicológica de los interesados, para materializarse en deberes secundarios de conducta como exigencias que se entienden incluidas en todo el iter negocial, ampliando el contenido del *pacta sunt servanda*.
2. La fiducia mercantil, en una visión integral y considerando el Estatuto Orgánico del Sistema financiero, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, el Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial, es un típico contrato de confianza y colaboración, en el que la lealtad y corrección tienen plena aplicación en virtud del principio de la buena fe en su aspecto objetivo, garantizándose de esta forma que el fiduciario tenga su mejor disposición en la consecución del encargo que se le confió.
3. La vulneración de los deberes secundarios de conducta acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados a la parte afectada, dando lugar a una

responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual, según el momento en que se presente. En relación con la primera clase de responsabilidad se tiene que, a pesar de los debates doctrinales que buscan ubicarla como una especie contractual o extracontractual, realmente corresponde a un género autónomo que hunde sus raíces en la vulneración al principio de la buena fe en su aspecto objetivo, siendo indemnizable el interés negativo conformado por los gastos o expensas que se han ocasionado en desarrollo de la negociación.

4. Las sociedades fiduciarias son profesionales en su actividad, y su conducta debe evaluarse a partir del estándar de un buen hombre de negocios colocado en la misma situación, es decir que su actuación, si bien tiene límites como la imposibilidad de exigirle actividades extraordinarias, debe revelar la ejecución de todas y cada una de las conductas tendientes a alcanzar la finalidad fiduciaria, considerando el *expertice* exigible de personas que se anuncian al público como expertas y capacitadas para el cumplimiento del encargo.
5. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio prohíben que las sociedades fiduciarias se comprometan a alcanzar un determinado resultado. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral y la doctrina autorizada han señalado que si bien las obligaciones principales de las fiduciarias son por regla general de medio, lo cierto es que las accesorias pueden ser de resultado.

A pesar de esto, creemos que tanto las obligaciones principales como las accesorias pueden ser de resultado, considerando el objeto del negocio fiduciario y la confianza depositada por el fideicomitente en su logro, como ha sido reconocido por la doctrina en materia de fiducia de administración. Del mismo modo, el Decreto 2555 de 2010 permitió, expresamente, que las fiduciarias asumieran obligaciones de resultado cuando administran carteras colectivas, pues se les autoriza crear vínculos para recuperar la inversión con una determinada rentabilidad.

6. En el ámbito precontractual, las fiduciarias adquieren deberes secundarios como:
 - (i) el de información, en virtud del cual deben contar con un conocimiento calificado sobre los posibles riesgos y problemas que puedan generarse de celebrarse el negocio fiduciario, los cuales deben revelarse al fideicomitente para que emita un consentimiento informado; (ii) el de consejo o asesoría, caracterizado porque el profesional debe brindar opiniones técnicas al constituyente consultando su perfil de riesgo; (iii) los de vigilancia, cooperación, verificación de la adecuada estructuración del contrato y constitución del fideicomiso, lo cuales imponen a las sociedades fiduciarias que revisen el contenido del contrato para que éste realmente sirva para el logro de la finalidad fiduciaria, verificando aspectos como la capacidad del constituyente, la aptitud jurídica de

que bienes fideicomitidos sirvan para los fines del contrato, entre otras cargas precontractuales.

7. En la esfera contractual o de ejecución del contrato es posible encontrar, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente objetiva, que la sociedad fiduciaria debe (i) revelar los hechos que puedan tener efecto en la ejecución del contrato, así como rendir cuentas comprobadas de su gestión; (ii) aconsejar o asesorar al fideicomitente para que emita las mejores órdenes de ejecución del contrato, incluyendo la emisión de su concepto técnico antes de la adopción de medidas trascendentales para el patrimonio autónomo. Este deber tiene que ser estipulado expresamente en el contrato según lo prescrito en la Circular Externa No. 046, salvo en la fiducia de inversión, lo que reduce el alcance del principio de la buena fe y, en ese sentido, consideramos que admite excepciones derivadas de la naturaleza de la relación entre las partes; (iii) actuar de forma leal, expresada en cargas de prevención de situaciones de conflicto de interés y adecuada resolución de las mismas, así como del seguimiento de las instrucciones del fideicomitente y la búsqueda de su mayor beneficio; (iv) comportarse prudentemente considerando la experticia propia de las sociedades fiduciarias, excluyéndose que pueda tomar riesgos excesivos, entre otras cargas.
8. En el campo postcontractual, las fiduciarias deben proteger los intereses de las personas que estuvieron vinculadas en el negocio fiduciario, por ejemplo, evitando divulgar información o estrategias que podrían derivar en perjuicios. Así mismo, se espera que se abstengan de recibir encargos que impliquen asumir una posición contraria a la que previamente habían gestionado, pues podrían utilizar el conocimiento adquirido para fines desfavorables.
9. Esperamos que el debate sobre los deberes secundarios de conducta ocupe importantes espacios en la doctrina contractual contemporánea, pues aquí se está forjando el nicho de las futuras controversias judiciales y una de las bases de la nueva teoría contractual. Claramente ciertos contratos, como el de fiducia, muestran con todo el esplendor el campo de aplicación de los deberes secundarios, siendo necesario que desde allí se hagan ingentes esfuerzos en su sistematización y explicación.

Lista de Referencias

- ADAME GODDARD, Jorge. El principio de la buena fe en los contratos internacionales. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coord.). Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo. Bogotá : Diké, 2010.
- BENABENT, Alain. La buena fe. En : El contrato: problemas actuales, evolución y cambios. Bogotá : Universidad del Externado, 2007.
- BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Granada :Colmares, 2010.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II. Bogotá : Librería del Profesional, 2009.
- BLUM, Brian A. y WOLTERS, Kluwer. Contracts, Law & Business. Estados Unidos : s.n., 2011.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de mayo de 2007. M.P. Camilo Saavedra. [En línea] Disponible en <<http://datalegis.com>>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-71/2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra.
- _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta. [En línea] Disponible en <<http://legismovil.com>>
- _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. [En línea] Disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>
- _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de mayo de 2006. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En : Revista Jurisprudencia y Doctrina, No. 416 (ago., 2006); p.1285.
- _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas. [En línea] Disponible en <<http://www.ramajudicial.gov.co>>
- _____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. [En línea] Disponible en <<http://www.datalegis.com>>
- DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. Interpretación e integración del contrato. En : RODRÍGUEZ CANO, BERCOVITZ, Rodrigo. Tratado de contratos. Valencia : Tirant Lo Blanch, 2011.
- DÍEZ-PICASO, Luis. Derecho de daños. Madrid : Civitas, 1999.
- GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales, parte general y especial. Buenos Aires : Astrea, 1998.

- _____. Responsabilidad civil por incumplimiento contractual. En : TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén. Contratos. Buenos Aires : La Rocca, 2001.
- _____. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires : Astrea, 1997.
- GIRALDO BUSTAMENTE, Carlos Julio. La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. En : Revista Derecho Privado. Bogotá, Universidad de Los Andes. No. 35 (2005).
- LAUDO ARBITRAL. 3 de junio de 1992. Proferido en el caso Quórum Ingeniería contra Banco Ganadero. En : BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II. Bogotá : Librería del Profesional, 2009.
- _____. 28 de agosto de 1997. Proferido en el caso Leasing Mundial S.A. contra Fidufes. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 22 de diciembre de 1998. Proferido en el caso Rafael Omar Jiménez Cano y otros contra Fiducafé y otros. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 6 de agosto de 1999. Proferido en el caso Inurbe contra Fiduagraria. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 1 de marzo de 2000. Proferido en el caso Inurbe contra Fiducolombia. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 31 de marzo de 2000. Proferido en el caso Inurbe contra Fidugán. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 12 de julio de 2000. Proferido en el caso Cooperadores IPS S.A. contra Fiduprevisora. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 18 de julio de 2000. Proferido en el caso José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 31 de julio de 2000. Proferido en el caso Beneficencia de Cundinamarca contra el Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 19 de septiembre de 2000. Proferido en el caso Basf Química S.A. contra Fiduanglo. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 16 de julio de 2001. Proferido en el caso Transelca E.S.P. contra Fiduciaria del Valle S.A. [En línea] Disponible en <<http://www.datalegis.com>>
- _____. 9 de agosto de 2001. Proferido en el caso Construcciones Ampomar Ltda y otros contra Fiduciaria Extebandes S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]

- _____. 15 de marzo de 2001. Proferido en el caso Constructora Mazal contra Inversiones GBS Ltda. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 14 de marzo de 2002. Proferido en el caso Corporación Financiera Colombiana S.A. contra Fiduciaria Granahorrar. En : BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II. Bogotá : Librería del Profesional, 2009.
- _____. 31 de julio de 2003. Proferido en el caso Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 20 de febrero de 2004. Proferido en el caso El Molino Eduardo Palacín contra Fidufes S.A. [En línea] Disponible en <<http://www.datalegis.com>>
- _____. 20 de abril de 2004. Proferido en el caso Banco Davivienda S.A. contra Alianza Fiduciaria S.A. [En línea] Disponible en <<http://www.datalegis.com>>
- _____. 12 de junio de 2004. Proferido en el caso Makro Colombia S.A. vs Comerintegral Ltda y Fiducolombia S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 18 de julio de 2005. Proferido en el caso José Manuel Espinoza contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 26 de agosto de 2005. Proferido en el caso Droguenal y cía. S.A. contra Fiduciaria Colpatria S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 23 de octubre de 2008. Proferido en el caso Gómez Estrada Construcciones S.A. contra Fiduciaria de Occidente S.A. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- _____. 24 de junio de 2009. Proferido en el caso Fiducentral y Víctor Raúl Romero. Colección Laudos arbitrales proporcionados por Asofiduciarias. [CD-Rom]
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los contratos. Tomo I, parte general. Argentina : Zavalía Editor, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. En : ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. Instituciones del derecho privado. Contratación contemporánea. Perú y Colombia : Palestra y Temis, 2001.
- _____. Tratado de los contratos. Tomo III. Buenos Aires : Rubinzal- Culzoni, 2000.
- MASSIMO BIANCA, Cesare. Derecho civil: el contrato. Fernando Hinestrosa, (trad.). Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007.

- MEDINA ALCOZ, María. La ruptura injustificada de los tratos preliminares. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coord.). Contratos. Bogotá : Ibáñez, 2008.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. El negocio jurídico como categoría problemática. Estudio Preliminar. En : BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Granada : Colmares, 2010.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 1995.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso del derecho. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7 ed. Bogotá : Temis, 2009.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge. La formación del contrato. Bogotá : Temis, 2008.
- PALACIO BARRIENTOS, Juan David. La responsabilidad de los profesionales. En : Revista responsabilidad civil y del estado. Medellín, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. No. 23 (2008).
- RENGIFO, Ramiro. La fiducia, legislación nacional y derecho comparado. 1 ed. Bogotá : Pequeño Foro, 1984.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires : Astrea, 1999.
- RIPERT, Jorge. La regla moral en las obligaciones. (Carlos Julio Latorre, Trad.). Bogotá : Universidad Nacional de Colombia, 1941.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios su significación en América Latina. Bogotá : Legis, 2003.
- _____. La responsabilidad del fiduciario. Medellín : Biblioteca Jurídica Dike, 1997.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En : OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coord.). Contratos. Bogotá, Ibáñez, 2008.
- STIGLITZ, Rubén. La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo. S.l. : SAE, s.f.
- SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Bogotá : Legis, 2003.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá : Legis, 2007.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Bogotá : Temis, 1978.
- ZUEL GOMES, Rogério. Nuevas tendencias en derecho de contratos. En : Revista del Consumidor, Brasil, No. 58 (2006).