



**LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS
POR EL INCUMPLIMIENTO EN LOS NEGOCIOS SUBYACENTES
AL OBJETO CONTRACTUAL: CRÍTICA A LA “DELEGACIÓN”
DE OBLIGACIONES**

JOSÉ SEBASTIÁN CÁCERES RODRÍGUEZ

Artículo de investigación científica y tecnológica

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.10>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la “delegación” de obligaciones

Resumen

¿Hasta dónde responden las entidades fiduciarias por el incumplimiento ocurrido en desarrollo de una relación jurídica subyacente —esto es, la relación jurídica contraída por la fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo, con el fin de cumplir el encargo encomendado— al contrato de fiducia mercantil? Este trabajo pretende abordar dicho interrogante considerando cinco puntos: 1) el desarrollo del contrato de fiducia como negocio de sustitución; 2) la delegabilidad de las obligaciones y la responsabilidad por el hecho de terceros; 3) los deberes generales de conducta de las fiduciarias; 4) el tratamiento jurisprudencial (Corte Suprema y justicia arbitral) de la responsabilidad por obligaciones delegadas y 5) unas conclusiones generales.

Metodológicamente, se hace un estudio normativo y doctrinario sobre responsabilidad fiduciaria, así como una revisión sistemática de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y arbitral. Considerando la ausencia en el estado del arte de la categoría negocio jurídico subyacente, esta se introdujo y se definió, dándole alcance a la responsabilidad por su incumplimiento a partir de elementos circunscritos a la debida diligencia y cuidado.

Se concluye argumentando que la suscripción de negocios subyacentes es una forma de cumplir el objeto contractual, de tal suerte que la responsabilidad de la fiduciaria solo podrá derivarse de su falta de diligencia y cuidado, mas no de la frustración objetiva de un resultado.

Palabras clave: negocio subyacente, contrato de fiducia, responsabilidad, debida diligencia y cuidado, profesionalidad, delegación.

The responsibility of fiduciaries for the breach occurred on a legal business relationship underlying the contractual object: criticism of the “delegation” of obligations

Abstract

How will fiduciaries be liable for breach occurred in the developing of a legal underlying relationship –a legal relationship subscribed by the fiduciary with third parties as a spokesman of the trust in order to fulfill a task entrusted– in a commercial trust? This work aims to address the question considering in the next five topics: 1) the development of the trust agreement as a substitution business; 2) the delegation of obligations and liability for the breach of delegated third parties; 3) the general duties of the fiduciaries; 4) jurisprudential treatment (Supreme Court and arbitral justice) about the liability for the fiduciary in cases of delegated duties and 5) finally, some general conclusions related to the discussions treated on this paper.

Methodologically, the article analyzes the normative and doctrinal studies related to the fiduciary liability, making also a systematic review of the Supreme Court of Justice and the Arbitral precedents. Considering the absence in the academic researches of the underlying relationship concept, it was introduced and defined by the author, finding the liability limits in items related to diligence and care.

The article concludes arguing that the underlying relationship is a way to fulfill the contractual object, in such a way that the fiduciary liability can only arise from its lack of diligence and care, but not because of the frustration of an objective outcome.

Keywords: underlying legal relationship, trust, liability, diligence and care, professionalism, delegation.

A responsabilidade das entidades fiduciárias pelo incumprimento nos negócios subjacentes ao objeto contratual: crítica à “delegação” de obrigações

Resumo

Até onde respondem as entidades fiduciárias pelo incumprimento ocorrido no desenvolvimento de uma relação jurídica subjacente —isto é, a relação jurídica contraída pela fiduciária atuando como porta-voz do patrimônio autônomo com o fim de cumprir o encargo encomendado— ao contrato de fidúcia mercantil? Este trabalho pretende abordar dito interrogante considerando cinco pontos: 1) o desenvolvimento do contrato de fidúcia como negócio de substituição; 2) a delegabilidade das obrigações e a responsabilidade pelo fato de terceiros; 3) os deveres gerais de conduta das fiduciárias; 4) o tratamento jurisprudencial (Corte Suprema e justiça arbitral) da responsabilidade por obrigações delegadas e 5) umas conclusões gerais.

Metodologicamente, é feito um estudo normativo e doutrinário sobre responsabilidade fiduciária, assim como uma revisão sistemática da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça e arbitral. Considerando a ausência no estado da arte da categoria negócio jurídico subjacente, esta se introduziu e se definiu, dando-lhe alcance à responsabilidade por seu incumprimento a partir de elementos circunscritos à devida diligência e cuidado.

Se conclui argumentando que a subscrição de negócios subjacentes é uma forma de cumprir o objeto contratual, de tal sorte que a responsabilidade da fiduciária só poderá derivar-se de sua falta de diligência e cuidado, mas não da frustração objetiva de um resultado.

Palavras-chave: negócio subjacente, contrato de fidúcia, responsabilidade, devida diligência e cuidado, profissionalidade, delegação.

La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la “delegación” de obligaciones*

José Sebastián Cáceres Rodríguez**

SUMARIO

Introducción – I. LA FIDUCIA: UN NEGOCIO DE SUSTITUCIÓN QUE TOMA ELEMENTOS DE LA GUARDA DE BIENES – II. INCUMPLIMIENTO EN OBLIGACIONES DELEGADAS Y NEGOCIOS SUBYACENTES: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO – A. Reflexiones a propósito de la delegación y los negocios subyacentes: análisis a partir del Código civil, el Código de Comercio y la aproximación convencional – 1. Delegación de profesionalidad – 1.1. La subcontratación como paradigma de la delegación – 2. La designación de terceros para cumplir el encargo: negocios subyacentes – B. Responsabilidad por el hecho de terceros en la fiducia mercantil – III. CONDUCTA EXIGIBLE Y ESTÁNDARES DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS – A. Principios de la responsabilidad fiduciaria frente a la causación de un daño – B. La responsabilidad profesional: una forma de comprender la responsabilidad de las entidades fiduciarias – IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS FIDUCIARIAS: UNA LECTURA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y ARBITRAL – A. La responsabilidad de las fiduciarias: una lectura desde la jurisprudencia de la CSJ – B. La responsabilidad de las fiduciarias según la jurisprudencia arbitral – 1. Reconstrucción del texto *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral* – C. Delegación de obligaciones y subcontratación – 1. Origen de la responsabilidad: obligaciones pactadas – 2. Deberes específicos de conducta – 2.1. Estándar de profesionalidad: el buen hombre de negocios – 2.2. El presupuesto de la buena fe – 2.3. Deber de diligencia y cuidado – V. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES – A. Régimen de responsabilidad de las fiduciarias – B. Consideración final – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Cáceres Rodríguez, J. S. (Diciembre, 2014). La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la “delegación” de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Egresado de la Universidad de los Andes de Colombia, institución donde obtuvo los siguientes títulos: Derecho y Ciencia Política, así como opciones académicas en Psicología y Gobierno (2012); especialista en Derecho de Negocios Internacionales (2013) y magister en Derecho Privado (2014). Actualmente se desempeña como Subgerente Jurídico para Asuntos Corporativos en la constructora Prabyc Ingenieros S.A.S. Correos: js.caceres166@uniandes.edu.co; josebastian88@gmail.com

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad dar solución al siguiente interrogante: ¿hasta dónde responden las entidades fiduciarias por el incumplimiento ocurrido en desarrollo de una relación jurídica subyacente al contrato de fiducia mercantil? Para ello, busca precisar el alcance de la responsabilidad que le asiste a las entidades fiduciarias por el incumplimiento derivado de la ejecución defectuosa o inejecución de una parte del objeto contractual confiado a un tercero en virtud de una relación jurídica subyacente.

Vale acotar que relación jurídica subyacente (o negocio subyacente) al contrato, para efectos de este trabajo, será aquella que contrae la entidad fiduciaria con terceros (o el mismo fideicomitente) actuando en calidad de vocera del patrimonio autónomo y con el fin de cumplir un encargo encomendado,¹ la cual se caracteriza por tener tres elementos: en primer lugar, solo será subyacente la relación jurídica contraída con terceros cuando haya de por medio un contrato de fiducia mercantil; paralelamente la obligación contraída deberá tener por finalidad la ejecución del encargo confiado; y, finalmente, deberá ser asumida por la fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo y no directamente.

Para responder a la pregunta de investigación, este documento será desarrollado conforme al siguiente esquema: en primer lugar, se esboza-

rán los elementos característicos del contrato de fiducia como un negocio de sustitución; en segundo lugar, se examinará la “delegabilidad” de las obligaciones asumidas por la entidad fiduciaria, así como la responsabilidad que le asiste por los hechos de terceros; seguidamente se estudiará cómo se ha aproximado la doctrina a la responsabilidad de las entidades fiduciarias en desarrollo del encargo que les es confiado; para posteriormente examinar el tratamiento que la jurisprudencia (tanto de la Corte Suprema de Justicia como arbitral²) ha dado a los deberes de conducta de las referidas entidades como fuente de la responsabilidad, tanto en el plano general como por los hechos de terceros; finalizando con unas conclusiones que sintetizan la indagación realizada.

I. LA FIDUCIA: UN NEGOCIO DE SUSTITUCIÓN QUE TOMA ELEMENTOS DE LA GUARDA DE BIENES

Aun cuando este documento no busca definir el contrato de fiducia, es indispensable hacer una caracterización de este para lograr una correcta aproximación a la responsabilidad por incumplimiento en los negocios subyacentes al contrato.

El contrato de fiducia, según lo definiera Arrubla Paucar (1999), es un negocio jurídico de sustitución, y recibe este nombre por ser de aquellos donde “se efectúa una sustitución de personas

1 Encargo, para el presente documento, será tomado como sinónimo de objeto del contrato de fiducia mercantil, que no el contrato de “encargo fiduciario” según el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2 Vale la pena hacer un llamado de atención sobre el valor de la jurisprudencia arbitral, en el sentido de que esta se ubica en la pirámide de fuentes al mismo nivel de la doctrina.

que permite a una alcanzar un determinado fin a través de otra frente a un tercero” (Escobar Sanín, 1987, p. 5). Esta conceptualización, más que meramente clasificatoria, supone la actuación por cuenta ajena de una entidad especializada a favor de un fiduciante y de los beneficiarios, teniendo como principal implicación el hecho de que los actos realizados, al ser por cuenta ajena, imprimen resultados no para beneficio propio, sino para el de las demás partes involucradas en el contrato.³

Recuérdese que la transferencia de los bienes a un fideicomiso, del cual la fiduciaria asume la vocería, no supone para esta, *per se*, el traslado del “interés” en el contrato, pues mediante esta transferencia la fiduciaria asume una propiedad meramente formal y de carácter limitado, siendo apenas un vehículo que facilita la consecución de un fin lícito, cualquiera que este sea (Varón Palomino, 2004). Sobre esto último, vale advertir que el hecho de que el interés del contrato, así como su beneficio sean para otro, implica, como se verá más adelante, una limitación de la responsabilidad de la fiduciaria.

Siendo este el tipo de contrato, dos instituciones jurídicas han sido tradicionalmente tomadas como referentes de este modelo de negocio, fundamentalmente en lo relativo a los estándares de diligencia exigibles de parte del

fiduciario: el contrato de mandato, y la guarda y custodia de bienes (tutela) por medio de un tutor o guardador.⁴

Respecto del contrato de mandato, doctrinariamente se ha sostenido que este consiste en “la prestación de hacer a que está obligado el sustituto, [esto] es la realización o celebración de *actos o negocios jurídicos*” (Escobar Sanín, 1987, p. 311) por cuenta del sustituyente, a lo cual la doctrina y legislación colombiana en materia mercantil han acotado como aquel contrato donde “una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra” (Arrubla Paucar, 2008, p. 231).

De otro lado, la tutela se entiende como el conjunto de “encargos, funciones o misiones que deben ejecutar personas capaces para velar por la integridad de las personas naturales” (Becerra Toro, 2002, p. 37) y cuyo objeto consiste en procurar una correcta guarda del tutelado y realizar los actos propios de administración, así como representarlo en los actos o contratos (Becerra Toro, 2002).⁵

La normatividad colombiana, influenciada por el modelo de fiducia mexicano y consecuencialmente por la corriente anglosajona, se ha volca-

3 Existe una discusión sobre si el beneficiario debe o no ser tenido como parte del contrato, dado que de acuerdo con la ley no se requiere su aquiescencia en la suscripción de este para ser designado en tal calidad. Para efectos de este documento, el concepto de parte incluye a los beneficiarios; en consecuencia, el sentir común de laudos arbitrales es, por ejemplo, que el beneficiario puede solicitar la constitución de un tribunal de arbitramento.

4 La doctrina orientadora en la materia ha sostenido que los referentes de la responsabilidad aplicada al contrato de fiducia son, necesariamente, el mandato o la guarda y custodia de bienes para la salvaguarda de un patrimonio por intermedio de un tutor. Brevemente se examinarán uno y otro, principalmente para derivar el grado de celo o diligencia que se espera de parte del fiduciario.

5 El autor es riguroso en la diferenciación entre la tutoría y la curaduría, e indica cómo la primera tiene que ver con el cuidado de los impúberes y la segunda de los púberes. Esta distinción, en todo caso, no tiene resonancia en el presente documento.

do hacia una comprensión de las obligaciones de gestión del fiduciario conforme al rol del tutor del *trust*, más que de la figura del mandatario.⁶ En este sentido, Rodríguez Azuero expone cómo “el particular celo con el cual los jueces vigilan el comportamiento del fiduciario ... le exigen una actuación de ubérrima buena fe, absoluta dedicación y particular prudencia” (1997, p. 35), exigencias que se miden conforme al estándar de la tutela o guarda y custodia de bienes del referido sistema jurídico.⁷

Se destaca que la caracterización realizada en la anterior aproximación, en consonancia con los objetivos perseguidos en este trabajo, permite identificar en el contrato de fiducia dos elementos: 1) el negocio fiduciario cumple con una función de intermediación, y 2) sobre dicha función se predicen exigencias o principios (ubérrima buena fe, prudencia y dedicación) sobre los que más adelante se vuelve, los cuales se tornan esenciales en la ejecución del contrato.

6 El mandatario también tiene deberes de diligencia y guarda de los intereses del mandante. No obstante, tal como lo argumenta Rodríguez Azuero, la dedicación con la que se debe comportar el guardador es de una entidad mayor en el derecho anglosajón, y es por esto que su incorporación analógica al contrato de fiducia tiene un valor fundamental. Sin perjuicio de lo dicho, la jurisprudencia y la doctrina colombiana han tomado elementos del mandato, y es esta la razón por la cual debe ser mencionado como un referente para la fiducia.

7 Esta discusión podría dar para una posterior investigación más profunda. Como elementos prácticos, tenemos que al asimilar la gestión del fiduciario a la del tutor, el celo con el que se examinan sus actuaciones es mayor al del mandato y exigiría del profesional financiero una especialísima dedicación y comportamiento. Así, esta diferenciación en los términos de este documento es de utilidad, como una muestra de que la doctrina promulga el acrecentamiento de los deberes profesionales que más adelante se examinarán.

II. INCUMPLIMIENTO EN OBLIGACIONES DELEGADAS Y NEGOCIOS SUBYACENTES: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

Siguiendo a Escobar Sanín, el negocio fiduciario —negocio de sustitución— tiene en su objeto, implícita, la actividad de intermediación, por lo cual para efectos del tema que nos ocupa es crucial examinar la teoría en torno a la responsabilidad por el hecho de terceros al incumplirse un contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta sección se tratan dos puntos centrales: 1) el primero se refiere a la acotación del concepto delegación, dando alcance tanto a sus restricciones como a su dimensión de forma de cumplimiento del contrato (delegación para la ejecución), todo esto comparándolo con la noción de negocio subyacente ya introducida en el presente documento; 2) el segundo punto examinará el tratamiento que doctrinariamente se le ha dado al incumplimiento por el hecho de terceros.

A. Reflexiones a propósito de la delegación y los negocios subyacentes: análisis a partir del Código civil, el Código de Comercio y la aproximación convencional

Sea lo primero justificar la utilización del concepto *delegación* en el presente trabajo. Doctrinaria y legalmente se ha dicho que la fiduciaria cuenta con una serie de deberes indelegables (art. 1234 C.Co.), los cuales deben ser ejecu-

tados en forma directa por la entidad especializada.⁸ La *delegabilidad* se define por oposición a la indelegabilidad de que trata la ley, lo cual presupone la existencia de obligaciones que se pueden delegar, y obligaciones que por su naturaleza no pueden ser encomendadas a terceros.

Siendo que la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de las obligaciones indelegables, se ha generado literatura alrededor de la delegación como la forma de descargar en terceros la ejecución de parte del objeto del contrato. Como antesala a esta investigación, es fundamental ver la pertinencia de esta categoría, su precisión en términos jurídicos y su utilidad para efectos de responder a la realidad detrás del encargo a un tercero de una serie de actividades relativas al objeto de un contrato de fiducia mercantil. Esto, además, servirá para resaltar la pertinencia del concepto de *negocio subyacente*.⁹

Desarrollando lo anterior, en esta sección se recogerá fundamentalmente el siguiente planteamiento: la delegación, si bien es cierto puede dar lugar a la responsabilidad por el hecho de terceros, al ser un encargo que a otro se le hace para cumplir con una obligación previamente encomendada cae en el plano de la subcontratación o cesión de la obligación, distando de la categoría de negocio subyacente puesto que este nace no de una obligación propiamente di-

cha, sino de unos deberes de gestión¹⁰ para la satisfacción del encargo confiado a la fiduciaria, siendo una verdadera contratación por y para otro.

La afirmación precedente merece algunos comentarios que se sitúan en el marco del debate entre la diferencia en la interpretación que el Código civil ha hecho de la delegación,¹¹ respecto de la forma en que convencionalmente ha sido entendida la misma palabra.

Respecto a la concepción convencional, suele atribuírsele a la delegación un significado común o al menos separado de la técnica jurídica, según el cual esta es un encargo a un tercero para la ejecución material de una prestación,¹² y ello no necesariamente es equivocado incluso en el marco del derecho. Y no se aleja la definición convencional de este concepto de la práctica jurídica, dado que al examinar el mismo término en el contrato de fiducia, el artículo 1234 del C.Co., el cual trata los “deberes indelegables

8 Al respecto ver el artículo 1234 del C.Co.

9 Aun cuando como se verá más adelante, el marco de los negocios subyacentes no es el mismo de la delegación, es importante presentar su diferencia conceptual y las zonas grises que pueden distraer la separación entre ambos conceptos.

10 Por supuesto, no se desconoce que estos deberes de gestión siguen siendo una obligación para la fiduciaria, dado que son parte de sus deberes indelegables, pero son obligaciones generales de su carácter profesional y se relacionan más con el objeto del contrato que con una obligación determinada. Siendo que la fiduciaria asume la vocería de un patrimonio autónomo, los negocios subyacentes que celebre son un contrato en favor de otro.

11 Sobre este punto en particular existe una norma que regula el tema de la delegación en el contrato de mandato. Esta delegación, en una lectura concienzuda supone una similitud con la delegación funcional a la que refiere también la Superintendencia Financiera. En cualquier caso, la delegación general, que es la que se estudia en esta primera sección, no difiere de la delegación del mandato más allá de que en este contrato el legislador se reservó una disposición expresa, lo cual en todo caso no desvirtúa ni contraviene lo que a continuación se entra a examinar.

12 Según la definición del *Diccionario de la lengua española*, delegar es la acción de “dar a otra [persona] la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o para conferirle su representación”.

del fiduciario”,¹³ entiende la delegación (Rengifo García, 2012) como medio de cumplimiento de las obligaciones.¹⁴ Puntualmente, en materia de ejecución de contratos de fiducia, suele decirse que se delega a un tercero el cumplimiento de una parte del contrato en el cual la entidad fiduciaria, por su área de experticia, carece de los conocimientos técnicos, o que mediante la delegación busca una ejecución más eficiente —sin que la delegación tenga por finalidad la extinción del vínculo obligacional—.

Sin embargo, al momento de delegar se presume la existencia de una obligación a cargo de la fiduciaria, que puede ser, valga la redundancia, descargada en un tercero. Distinto es encargar a otro una acción que en principio no estaba en cabeza de la fiduciaria sino que es producto de sus deberes de gestión; de ahí la inconveniencia de este concepto en relación con el encargo de ejecución hecho a un tercero que carezca de una obligación expresa preexistente.

Pero volviendo al tema por ahora central, que es la delegación circunscrita al contrato de fiducia, y sin entrar a mirar las limitaciones normativas expresamente contenidas en el artículo 1234

del C.Co., cuando se recurre a la teoría de las obligaciones del Código civil rápidamente se encuentra la definición jurídica tradicional de la delegación como un mecanismo de transferencia de obligaciones, y más puntualmente de terminación del vínculo obligacional.

Así, la delegación ha sido definida como

la invitación o el ruego que una persona (*delegante*) hace a otra (*delegado*), o la orden que le imparte para que esta asuma una determinada obligación que pesa sobre el delegante a favor de un tercero acreedor (*delegatario*) (delegación promisoria, delegación de deuda), o para que la pague en nombre propio (delegación para el pago), y precisando de entrada que, ... lo usual es que el delegante sea, a la vez que deudor del delegatario, acreedor del delegado (Hinestrosa, 2007, p. 510).

Esto mismo, en términos de Barrera Tapias (2012) y Ospina Fernández (2005), supone que la delegación es una especie de cesión —sustitución de deuda— donde habiendo o no¹⁵ una deuda previa entre un deudor A y un acreedor B, pero a la vez siendo A acreedor de un deudor C, se delega el cumplimiento de la obligación contraída entre A y B a C.¹⁶

13 El artículo 1234 del C.Co. establece que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes...”.

14 Nótese que el término delegación aparece en la discusión sin estar acompañado de mayor explicación. Esto es así, dado que la doctrina (Rengifo García, 2012) ha utilizado la figura de la delegación como un referente para las actividades o labores que por cuenta de esa inexperticia en ciertas áreas, la entidad fiduciaria encarga a un tercero más capacitado. En esta sección se presenta una visión crítica a esa aproximación, exponiendo una forma a nuestro juicio más idónea de identificar el fenómeno jurídico que acaece al encargar a un tercero de las tareas de ejecución parcial del objeto del contrato de fiducia.

15 Según Hinestrosa (2007) la deuda ajena puede ser asumida *solvendi, creendi o donandi causa*.

16 El ejemplo paradigmático que traen ambos autores es la delegación para el pago, donde la deuda a cargo del deudor original, quien es a su vez acreedor de una obligación paralela (en nuestro ejemplo A), puede ser satisfecha con la sustitución de la posición del deudor directamente por parte del deudor de la obligación paralela (C toma la posición de A), extinguiendo el vínculo crediticio existente entre quienes en nuestro ejemplo serían A y C.

Asimismo, la doctrina ha reconocido que la delegación puede ser de dos tipos: *perfecta (novatoria)* o *imperfecta* (Ospina Fernández, 2005), y según se trate de una u otra, habrá o no extinción del vínculo existente entre las partes.¹⁷ Pero además, respecto de la delegación perfecta, vale acotar que “habiendo el acreedor tomado al tercero asumiente como delegado del deudor, es natural concluir que la relación obligatoria en curso se extingue por novación, con todos los efectos propios de ésta, a partir de la liberación del deudor y la consiguiente desaparición de las cauciones que accedían a su vínculo” (Hinestroza, 2007, p. 516).

Siendo claro el ánimo extintivo en la delegación —evidente en la delegación perfecta y soterrado pero existente en la imperfecta— la interpretación que del referido fenómeno jurídico hace el Código civil es de por lo menos difícil aplicación en el contrato de fiducia por su naturaleza *intuitu personae*, y nos lleva a aproximarnos al contenido convencional del mismo concepto.

1. Delegación de profesionalidad

Otra vertiente del concepto de delegación en el contrato de fiducia es la delegación de profesionalidad. Al haber sido objeto de debate en el seno de la Superintendencia Financiera, este concepto, muy ligado al carácter de *intuitu personae* que subyace al contrato de fiducia mer-

cantil, apunta hacia la imposibilidad de delegar ciertas funciones a terceros, so pena de sanciones expresamente contempladas por la entidad.

Al modo de ver en este trabajo, la delegación de profesionalidad guarda más relación con la aproximación convencional del concepto, puesto que para efectos de la interpretación que hace la Superintendencia, delegar se entiende como “conceder una persona a otra los poderes, facultades y atribuciones para que actúe en su nombre, o le sustituya en determinado acto o negocio” (Superintendencia Financiera, 2009), de suerte que el alcance de la interpretación de la Superintendencia dista de lo que en su momento dijera el Código civil y se compagina con la utilización convencional del concepto. A su turno, la delegación de profesionalidad “supone deferir a un tercero facultades que, por ser con-naturales al objeto social especial, son exclusivas y excluyentes y, por lo mismo, indelegables, dada la profesionalidad que las mismas ostentan en el concierto del sistema financiero colombiano” (Superintendencia Bancaria, 1996).

Central dentro de este concepto es la proscripción a la delegación de un riesgo inherente a la operación fiduciaria, puesto que “Cuando el Estado autoriza la constitución de una empresa para que explote una actividad de suyo tan sensible como lo es el manejo de los recursos del público le confía a esta correlativamente el compromiso de desarrollar su objeto social con ... responsabilidad ... y profesionalismo” (Superintendencia Financiera, 2009), de tal forma que no permite descargar en un tercero la realización de operaciones o actividades cuya ejecución im-

17 Sobre la primera (perfecta) se tiene que es aquella que cuenta con el consentimiento por parte del acreedor original (en nuestro ejemplo superior sería el acreedor B) para que el cumplimiento de la obligación sea ejecutado por un tercero, mientras que la segunda será aquella donde no se cuenta con la aquiescencia de este.

plique la adopción de decisiones sobre temas personalísimos de la actividad financiera.

Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Financiera reconoce que no toda “delegación” es prohibida puesto que “en el mundo de los negocios de hoy ... carece de toda justificación legal y práctica sostener en el caso de las entidades financieras [que] ... todas las operaciones principales y accesorias [al] ... objeto social tienen que ser realizadas por la propia entidad y que no les es permitido delegar o contratar con terceros ... algunas de ellas” (2005). En ese sentido, en aquellos casos donde lo que se delegue no sea una función o responsabilidad principal, no habrá delegación de profesionalidad, o “expresado en otros términos, [al ser] las entidades financieras ... comerciantes profesionales de la actividad de intermediación financiera, [y] no profesionales del recaudo de créditos, de la sistematización” (Superintendencia Financiera, 2005), y en general de plurales actividades conexas al desarrollo del objeto social, no habrá restricción a su delegación siempre que no supongan un desprendimiento de la responsabilidad inherente a esta.¹⁸

Sin embargo, esta prerrogativa dirigida a hacer más competitivas a las entidades, trae como consecuencia el que en caso de presentarse un incumplimiento que cause un perjuicio por parte de estos terceros, la fiduciaria será directa-

mente responsable de ello en los términos que se expresan más adelante.

1.1. La subcontratación como paradigma de la delegación

Con el ánimo de acoplar el lenguaje aquí utilizado con el de la doctrina existente, el concepto de delegación en su acepción convencional —y en general aplicado al contrato de fiducia—, en lo sucesivo de este trabajo se tratará como “delegación funcional” (convencional) ya que su sentir es el de ejecutar una función para el cumplimiento de una obligación, más que la extinción de un vínculo como se ha visto. Así, la relación que surge entre el delegante y el delegatario en este plano funcional, para todos los casos será una subcontratación.

Se incluye la categoría del subcontrato, en atención a que como bien lo definieran Malaurie et Ayanés “el sub-contrato es un contrato ‘injetado’ en otro contrato, llamado principal [donde] lazos estrechos unen al primero con el segundo, que se coloca bajo la dependencia de aquel” (citado en Hinestrosa, 2007, p. 535), el cual tiene como particularidad el hecho de que únicamente se celebra con el fin de cumplir con la obligación asumida por el contratista inicial.¹⁹

Lo anterior es importante en lo que atañe al objeto de esta investigación, puesto que tiene que

18 En el mejor de los casos, nos situaríamos en un escenario de delegación imperfecta. Sin embargo, no se trata de delegación en los términos del Código civil, sino de una acepción que por estar inserta en el lenguaje común se ha hecho extensiva a una interpretación y consecuencias jurídicas.

19 La figura de la subcontratación, vista en forma aislada del contenido general del documento, puede tenerse como una referencia fútil. Sin embargo es determinante al examinar los actos contractuales celebrados por la fiduciaria: de un lado como vocera del patrimonio autónomo (contrato), y de otro exclusivamente como especialista de servicios financieros (subcontrato).

ver con la delimitación de la responsabilidad de las partes. Es fundamental el hecho de que el subcontrato tenga como objetivo la satisfacción del contenido crediticio de la obligación preexistente de quien es la parte activa de la relación subcontratada, sin que se cambie la naturaleza de la obligación primigenia cuya exigibilidad de cumplimiento se mantiene en cabeza de la parte pasiva (misma parte activa del subcontrato) de la obligación original.

Bien sostiene Hinestroza que el subcontrato responde “al propósito de la parte que lo celebra de *ejecutar el contrato principal por intermedio de un subcontratista*, de lo que se sigue una contraposición de efectos tendenciales, pues ... *en el sub-contrato lo natural es que el sub-contratista no se vincule a la contraparte del contrato principal, sino solo al sub-contratante, quien continúa siendo la parte de la relación primaria*” (2007, p. 536). Esta es la situación que se evidencia en el caso de la delegación funcional de obligaciones, puesto que al contratarse con una fiduciaria, esta adquiere una serie de compromisos que se encausan dentro de su rol como profesional y cuyas obligaciones serán personales por regla general, siendo impensable un escenario donde la ejecución de la prestación pudiese ser delegada, y por tanto extinguir el vínculo obligacional para con la parte contratante. No se puede perder de vista que de operar “la asunción de la deuda por parte de un tercero, es decir, si alguien remplazó al deudor con la obvia aquiescencia del acreedor, éste no puede pretender que el primitivo deudor le pague la obligación” (Cubides Camacho, 1999, p. 327), y esto atentaría contra el carácter *intuitu*

personae del contrato, a más de lo ya señalado por la Superintendencia Financiera.

2. La designación de terceros para cumplir el encargo: negocios subyacentes

¿Qué ocurre ahora con la designación de un tercero, ya no para cumplir con una obligación preexistente sino para ejecutar un encargo con el ánimo de desarrollar el objeto del contrato de fiducia mercantil? Sea lo primero indicar que esta pregunta se concreta en el marco de lo que hemos llamado negocios subyacentes, esto es, el conjunto de acuerdos contraídos por la fiduciaria no actuando conforme a su interés, sino en su calidad de vocera de un fideicomiso.

Para perfilar una opinión acerca de la responsabilidad de las fiduciarias en el plano referido, es importante tener en cuenta que solo puede delegarse una obligación previamente contraída, razón por la cual de no existir una base obligacional para delegar, no podrá presentarse este fenómeno jurídico, cosa que en este caso parece no estar presente por las razones que se pasa a analizar.

Hace apenas unas líneas se hizo referencia al artículo 1234 del C.Co., en el que se establece que es un deber indelegable del fiduciario hacer todo lo que esté a su alcance para llevar a término el objeto del contrato, deber de conducta que apunta hacia la gestión y dirección del negocio. Siendo esta la principal obligación indelegable, la fiduciaria lo que puede hacer en lo relativo al encargo como tal es únicamente encomendar a terceros la ejecución material de

ciertas actividades tendientes al cumplimiento de este, pero en cualquier caso la responsabilidad del encargado será la de cumplir a la fiduciaria, quien actúa como vocera del patrimonio autónomo.

Se habla en este caso de al menos dos obligaciones diferentes: la obligación indelegable que supone para la fiduciaria un deber de gestión, por un lado, y de otro lado la obligación de ejecución contraída entre el tercero contratado por la fiduciaria como vocera del patrimonio y esta —siempre como vocera del fideicomiso—. De ahí que no pueda hablarse de una verdadera delegación puesto que la fiduciaria no está cediendo su posición a otro, pero tampoco le está encargando ejecutar una acción que le fuera propia: está creando un nuevo vínculo en virtud de los deberes de gestión adquiridos.²⁰

En los términos que anteceden, valga volver sobre el contenido del numeral primero del artículo 1234 del C.Co., según el cual es obligación del fiduciario “Realizar diligentemente todos los

actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”. No es posible quedarse solo con la segunda parte de la disposición normativa según la cual es función de la fiduciaria perseguir el objeto del contrato, sino que esto se debe combinar con el deber de realizar *todos los actos* necesarios para ello. Es claro que la función de la fiduciaria es la de poner su esfuerzo para la consecución del objeto, siendo su obligación la de gestionar y velar por llevar a término el contrato. Esencialmente la norma demanda actuar con diligencia y cuidado sin limitarse a sugerir o elegir a un tercero ejecutor de una prestación propia del objeto contractual o encargo encomendado, pero en ningún caso la gestión supone la delegación de una obligación propia.

Finalmente, en relación con los negocios subyacentes se tienen dos conclusiones: por un lado, es claro que no estamos en el marco de una delegación puesto que la obligación de la fiduciaria será de gestión en relación con el cumplimiento del objeto del contrato, pero además, es claro que en esta discusión tampoco estamos en el marco del subcontrato sino del contrato, ya no directamente por la fiduciaria, sino de esta en calidad de vocera del fideicomiso.

B. Responsabilidad por el hecho de terceros en la fiducia mercantil

Se dijo que en esencia, cuando se quiere cumplir a través de un tercero un contrato, y más puntualmente en los negocios de fiducia mercantil, estamos frente a un modelo dual: si se trata de delegación de obligaciones nos encontraremos

20 Para clarificar este punto es indispensable proponer un sencillo ejemplo. Piénsese en una fiducia inmobiliaria que contrata una fiduciaria y le encomienda la gestión de estructurar y llevar a término una construcción. El objeto del contrato es justamente dirigir y materializar un proyecto constructivo, y su obligación indelegable será la de poner todo su esfuerzo para que esto se convierta en una realidad. Ahora bien, la construcción del proyecto, por superar el objeto social de la fiduciaria, le es encomendada a un constructor profesional. ¿Será la construcción una obligación de la fiduciaria, o más bien será la obligación del constructor para con el patrimonio autónomo? En el marco de lo aquí expuesto, es claro que la obligación será siempre del tercero contratado para con el patrimonio autónomo, por dos razones: 1) la primera, porque su contrato no es con la fiduciaria individualmente considerada sino con el patrimonio autónomo, puesto que esta contrata con el constructor en beneficio de aquel (como su vocera), 2) pero más especialmente porque a la fiduciaria no se le contrata para construir sino para que preste su servicio de gestión profesional, de suerte que la naturaleza de esa obligación es distinta a la construcción misma y no es posible delegar una obligación que no se tiene.

frente a un caso de subcontratación,²¹ mientras que si se trata de negocios subyacentes estaremos frente a la contratación en virtud de un contrato suscrito por la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo.

¿Qué pasa entonces cuando se produce un incumplimiento ya sea por parte del delegatario-subcontratista o del contratado en virtud de un negocio jurídico subyacente? Esta pregunta tendrá respuestas diferentes según sea el caso.

De acuerdo con la teoría de la *organización económica de la empresa*, propuesta de la cual son defensores Yzquierdo Tolsada y Suescún Melo, entre otros,²² y conforme a lo dispuesto en el artículo 1738 del Código civil, “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable” (Tamayo Jaramillo, 2010, p. 660), siendo esto aplicable al primer supuesto, dado que al delegar el deudor el cumplimiento de la obligación en un subcontratista “adquiere frente al acreedor la obligación de garantizar que el tercero

encargado de ejecutar el contrato empleará el mismo grado de diligencia a que se había obligado el mismo deudor (Tamayo Jaramillo, 2010, p. 662).

Y esto tiene pleno sentido dado que, en caso de que el deudor no asumiera el riesgo del comportamiento del tercero que ejecutó una parte del contrato, todo el andamiaje teórico de las obligaciones civiles quedaría desvertebrado. De no extenderse la responsabilidad, cualquier deudor contractual se limitaría a subcontratar con terceros sus obligaciones contractuales exonerándose de su responsabilidad demostrando ausencia de culpa (Tamayo Jaramillo, 2010, p. 662), por lo cual la responsabilidad, en casos de subcontrataciones, será directa.

Contrario será el caso de la responsabilidad por el incumplimiento de quienes contratan con la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, puesto que en este escenario la fiduciaria solo responderá por la transgresión a los deberes de conducta exigibles en los términos que a continuación se pasa a examinar.

III. CONDUCTA EXIGIBLE Y ESTÁNDARES DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FIDUCIARIAS

Buscando precisar el alcance de las obligaciones que adquieren las fiduciarias en desarrollo de los encargos encomendados mediante contratos de fiducia mercantil, y más específicamente los deberes de conducta exigidos a estas entidades al suscribir negocios subyacentes,

21 También podría ser una delegación perfecta, caso en el cual se respondería de acuerdo con la teoría de extinción de las obligaciones.

22 Según el primero de estos autores, “la explicación no puede estar sino en la idea de que cada uno debe soportar el riesgo de su propia economía individual. El simple poder de dirección general por parte de la organización implica el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos y, por ende, de las obligaciones que derivan de la actividad y el ejercicio empresarial” (Yzquierdo Tolsada, 2001, p. 265). El complemento a esta propuesta es desarrollado por Suescún Melo, quien sostiene que dicha responsabilidad se basa en el principio de que quien se beneficia de una actividad, ha de cargar también con las consecuencias dañosas que esta pueda traer consigo, y por el solo hecho de ejercerla (teoría del riesgo creado) “es más realista concebir la responsabilidad del empresario como consecuencia del riesgo de empresa de su propia economía, por cuanto la empresa constituye una organización de hombres y bienes en que los segundos están sometidos a la actividad de los primeros: responden de ella” (2005, p. 429).

apoyados en la doctrina especializada se sostiene lo siguiente: al ser la fiducia un negocio de sustitución, la pauta para medir la satisfacción de la carga prestacional es la debida diligencia y lealtad de un profesional, que en caso de no observarse implicará la ruptura a la separación patrimonial de la fiduciaria y el patrimonio autónomo, y la responsabilidad directa para esta.²³

A. Principios de la responsabilidad fiduciaria frente a la causación de un daño

En consecuencia con lo dicho y tal como afirma Arrubla Paucar (1999), la normatividad colombiana señala que es un deber indelegable de la fiduciaria realizar con diligencia los actos necesarios para la consecución de la finalidad determinada en el encargo, diligencia que “se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan” (Rodríguez Azuero, 2005).

Aunque la buena fe será objeto de debate en el capítulo siguiente, vale mencionar que esta ha sido doctrinariamente conceptuada como ubérrima buena fe²⁴ o buena fe objetiva,²⁵ por

23 En este acápite se introducen las categorías esenciales para abstraer de la jurisprudencia arbitral la teoría de responsabilidad por la suscripción de negocios jurídicos subyacentes.

24 El concepto de ubérrima buena fe se incorpora al contrato no solo por la singular confianza que es el pilar del negocio fiduciario, sino por la naturaleza de las obligaciones de la entidad, que, se anticipa, son de carácter profesional en concordancia con lo que al respecto ha desarrollado Suescún Melo. Sobre la definición y alcance del concepto, se remite a la doctrina del contrato de seguros donde se encuentra mejor desarrollado este principio, puntualmente a la obra de Hernán Fabio López Blanco y a la de Efrén Ossa.

25 En el texto *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*, Giraldo Bustamante cita el laudo que resolvió las controversias entre Inurbe y

lo cual se ha dicho que en virtud de este contrato la buena fe es una “regla de conducta de probidad, que genera en los demás la confianza en que será acatada. ... [siendo] comprendida como la que se atiene al criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entre las partes” (Giraldo Bustamante, 2005, p. 97), y obligando no solo a lo expresamente pactado sino a ir más allá de ello según las necesidades del encargo.

Así las cosas, la buena fe objetiva implica que “tanto las obligaciones legales indelegables del fiduciario (art. 1234) como las que contractualmente le sean exigibles, pueden agruparse bajo los dos grandes principios de la gestión fiduciaria reconocidos por la doctrina universal: diligencia y lealtad” (Varón Palomino, 2004, pp. 83-84). Por el primero, se le exige al fiduciario realizar diligente y prudentemente los actos para alcanzar la finalidad de la fiducia, haciéndose responsable por las conductas que no se ajusten a su perfil de “gestor profesional”, mientras que el segundo (lealtad) apunta a la obligación de comprometer su actuación exclusivamente a favor del beneficiario y fideicomitente.

Dicho esto, ¿cómo aplicar los principios referidos a casos concretos de responsabilidad? En esencia, la forma de hacerlo es mediante la materialización o causación de un daño imputable

Fiduagraria, donde se indica que la buena fe supone que “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 buena fe. Si el obligado... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta”.

a la fiduciaria, del que además vale precisar no asume una connotación particularmente distinta para esta modalidad de contrato puesto que “el fiduciario está vinculado por los principios generales, en virtud de los cuales todo aquel que irroge un daño está obligado a repararlo y que, en particular, la ley mercantil establece que responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”²⁶ (Rodríguez Azuero, 1997, p. 34).

De lo dicho se sigue que el problema nace no tanto del daño como de la atribución de responsabilidad que le puede ser asignada a la fiduciaria por su gestión, de suerte que esta no incurre en responsabilidad por toda pérdida que sufra el patrimonio autónomo, sino solo será responsable cuando sus conductas supongan el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales o legales, o cuando la calidad de las actuaciones no alcancen el nivel mínimo exigido a un gestor profesional (Arrubla Paucar, 1999). Se coincide con Arrubla Paucar en que el contrato de fiducia no es un aseguramiento de bienes, razón por la cual no solo no toda pérdida debe ser reparada, sino que la fuente de la responsabilidad en materia de negocios subyacentes se halla en la transgresión a los deberes de gestión que tengan como consecuencia un perjuicio.

Pero, ¿cómo entender la debida diligencia y la lealtad en la práctica?, esto es, ¿cómo materializar la violación de estos deberes en la causa-

ción de un daño? La respuesta que al respecto ha dado la doctrina apunta hacia la existencia de una correlación entre la eventual responsabilidad del fiduciario y la naturaleza de los bienes fideicomitidos, así como de las obligaciones que se fijan en el encargo o la ley (Rodríguez Azuero, 1997; Arrubla Paucar, 1999).

Así, será el mismo encargo, conforme a las condiciones pactadas, el que determinará la forma en que la entidad debe ejecutar sus prestaciones, y en caso de no satisfacer el contenido obligacional del contrato,²⁷ será la fuente de la responsabilidad.²⁸

27 Aun cuando no es tema de este documento, hay una interpretación de la doctrina que según el tipo de bienes transferidos supone unas consecuencias en materia de responsabilidad para las entidades fiduciarias, el cual recae en la diferencia entre bienes de género y especie. Las diferencias que se desprenden de la naturaleza de estos bienes parte de una sentencia de casación proferida el 9 de agosto año de 1995 por la Corte Suprema de Justicia, en la cual el entonces magistrado Javier Tamayo Jaramillo en un salvamento de voto (sobre el que se vuelve más adelante), distinguió entre los géneros y las especies así: “de acuerdo con el art. 1567 del C.C. los géneros no perecen y, por lo tanto, las sumas de dinero que pierda el fiduciario mientras están en su poder no tienen por qué ser asumidas por el acreedor de éste. [Así,] si el fiduciario paga equivocadamente a un tercero [o pierde las sumas de dinero], su obligación derivada de la fiducia subsistirá... [dado que] tratándose de una obligación dineraria, estamos frente a una obligación de resultado reforzada. ... Ahora, tratándose de la pérdida de un cuerpo cierto que había sido transferido por el fideicomitente al fiduciario, y que perece en poder de éste, ... la pérdida la asume el fiduciario, pero ella solo repercute en el patrimonio autónomo constituido, a menos que no haya empleado la diligencia exigida por la ley” (citado en Arrubla Paucar, 1999, p. 90).

28 Nótese que no se ha abordado la discusión respecto de si las obligaciones que asume el fiduciario son de medio o de resultado. Es casi unánime la doctrina especializada en reconocer la debilidad de esta división, dado su desajuste respecto de la realidad de los negocios fiduciarios. Recuérdese que una obligación “es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza ... [mientras] la obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella” (Ospina Fernández, 2005). Como bien lo anota la literatura (Rodríguez Azuero, 2005; Rengifo, 2012 y Arrubla Paucar, 1999), la determinación de las obligaciones y su naturaleza es un ejercicio que debe ser examinado caso a caso. Es así como sostienen que obligaciones esenciales al contrato de fiducia mercantil, como la rendición de cuentas con cierta frecuencia, o la separación del patrimonio del fideicomiso del propio patrimonio, son ejemplos de verdaderas obligaciones de resultado que no pueden dar margen a una interpretación distinta.

26 La graduación de culpa no es un tema pacífico en materia de responsabilidad fiduciaria. Este tema en particular se verá unas líneas más abajo.

B. La responsabilidad profesional: una forma de comprender la responsabilidad de las entidades fiduciarias

Partir del hecho de que es el mismo encargo el que da entidad y alcance a la responsabilidad de las fiduciarias nos pone frente a un problema que no es menor: el contrato de fiducia es particularmente dúctil. Determinar una regla que zanje los marcos de interpretación supone grandes dificultades; de ahí el hecho de que sea más sencillo empezar a aclarar el panorama considerando que en el plano de los negocios de gestión con una parte profesional, doctrinariamente se ha establecido que el parámetro para medir la actuación no puede ser otro que el del buen hombre de negocios²⁹ (profesional).

Siendo la profesionalidad el estándar, Suescún Melo ha sostenido que “para deducir responsabilidad de una fiduciaria se debe partir de la premisa de que el ejercicio de las profesiones exige de una parte, tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión y de otra, actuar con

29 Es sabido que legalmente el legislador dispuso que, en el ejercicio de su gestión, las entidades fiduciarias responderán hasta por culpa leve tomando como estándar el comportamiento del buen padre de familia, pero, basándonos en los principios de la gestión fiduciaria, encontramos que la ubérrima buena fe, como lo anticipa Giraldo Bustamante (2005), exige de parte de las fiduciarias una especial dedicación y especialización, que se sustenta en la misma limitación que hace el Estado, seleccionando y avalando la profesionalidad de los prestadores de servicios financieros, de ahí el hecho de que estén permanentemente vigilados por una entidad como la Superfinanciera. No se debe perder de vista que el fiduciario es un verdadero gestor profesional de intereses ajenos, tal como lo sostiene Rodríguez Azuero, en tanto “presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular” (2005, p. 265) y en ese sentido, “la evaluación de la conducta de quienes están sometidos a ese régimen especial ha de ser apreciada y calificada con un especial rigor, exigiéndose del deudor una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia, así como ubérrima buena fe” (Suescún Melo, 2005, p. 431).

la previsión y diligencia necesarias” (2005, pp. 433-434), presupuestos que aumentan los estándares exigibles a dichas entidades y suponen una carga especial de cuidado y diligencia.

Los alcances prácticos —si se nos permite la expresión puesto que en cualquier caso sigue siendo un perfilamiento general de los deberes, dado que se trata de un negocio de gestión— de lo aquí referido serán examinados a la luz de la jurisprudencia, a continuación.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS FIDUCIARIAS: UNA LECTURA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y ARBITRAL

En esta sección se analizará la forma en que la jurisprudencia —tanto arbitral como de la Corte Suprema de Justicia (CSJ)— ha tratado la responsabilidad de las fiduciarias de cara a las obligaciones delegadas y a los negocios subyacentes,³⁰ tomando: para la jurisprudencia de la CSJ los pronunciamientos más relevantes de los últimos veinte años, y para el caso de la justicia arbitral pronunciamientos posteriores al año 2005 por razones que ya se explicarán.

30 El análisis considera sentencias de la CSJ, pero en su mayoría atenderá lo dispuesto en fallos de tribunales de arbitramento por ser los que más enriquecen el debate del presente documento.

A. La responsabilidad de las fiduciarias: una lectura desde la jurisprudencia de la CSJ

El primer antecedente estructurado por la CSJ data del 9 de agosto de 1995,³¹ y no se encuentra dentro del cuerpo de una sentencia sino dentro de un salvamento de voto del entonces magistrado Javier Tamayo Jaramillo. En dicho pronunciamiento aparecen delimitadas las principales obligaciones que adquiere el fiduciario en virtud del contrato de fiducia, haciendo claro que “en principio, el fiduciario adquiere dos obligaciones fundamentales cuales son la de realizar diligentemente la gestión que le fue encomendada (a) y la transferencia de los bienes objeto del contrato, al terminar éste (b)”. Advierte además el salvamento de voto que “el fiduciario, a menos que no haya empleado la diligencia exigida por la ley, no tiene por qué poner su patrimonio general, a responder por dicha pérdida” (CSJ, sentencia 1995, Tamayo Jaramillo), afirmación que leída negativamente da a entender que de no observarse la debida diligencia en la gestión del fiduciario, el resarcimiento de los perjuicios será solventado con recursos de la fiduciaria.³²

Ahora bien, el fundamento de tal responsabilidad, como ya se anticipó y según lo indicado por la CSJ en sentencia del 18 de mayo de 2006, no

puede ser diferente a la debida diligencia y buena fe tan propia de este contrato. En cualquier caso, es claro para la Corte que la responsabilidad nace de la inadecuada gestión y no del resultado objetivamente considerado.³³

En tiempos recientes, esta ha sido la tendencia de la CSJ. Así, en sentencia del 14 de febrero de 2006, también con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, se indicó que siempre que el fiduciario se sujete a lo dispuesto por el constituyente y a la ley (diligencia debida), no hay fundamento para derivar de sus actos responsabilidad alguna. “Cosa distinta es que éste se aparte de tales instrucciones, que incumpla sus deberes legales y contractuales” (CSJ, sentencia 18 de mayo de 2006, Jaramillo J.) caso en el cual, por ejemplo, deberá entrar a resarcir los perjuicios en un juicio de responsabilidad³⁴ con su propio patrimonio.

Ratificados jurisprudencialmente los deberes de conducta, no se encuentra en los pronunciamientos una regla extensible a todos los casos respecto del punto donde se transgrede la diligencia y cuidado, y eso es así principalmente por una razón: tal como expresa la CSJ en la sentencia del 4 de diciembre del 2009, caso que se refiere a los deberes indelegables del fiduciario,

31 El contrato de fiducia, como herramienta de negocios, concentra su crecimiento en los últimos venticinco años. De ahí que los primeros pronunciamientos —y los más relevantes— de la CSJ se concentren en los últimos veinte años, y de suyo la selección apenas lógica del espacio temporal para su análisis.

32 Al respecto, se sugiere remitirse al laudo resuelto en el seno de la Cámara de Comercio de Bogotá, del año de 1993, en el cual se dirimió la controversia entre *Bloch Niño v. Fiduciaria Colmena*, cuyo presidente fue Ramiro Bejarano Guzmán.

33 Esto se explica con acierto en la referida sentencia, en razón a que la fiduciaria responderá siempre que “no realice diligentemente los actos necesarios para conseguir la finalidad de la fiducia (num. 1º, art. 1234 ib.), como sería, por vía de ilustración, no proceder con *diligencia a la venta 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*” (CSJ, Sentencia 2006, Jaramillo J.). Véase también la sentencia del 24 de noviembre de 2006 con ponencia de Manuel Isidro Ardila.

34 En este mismo sentido se expresa la sentencia del 31 de mayo de 2006, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar.

“el legislador no le impuso limitación alguna al fiduciario respecto de la consecución de la finalidad de la fiducia, de suerte que esta puede ser delineada con libertad por aquella dado el dinamismo que impone la naturaleza del negocio”³⁵ (CSJ, sentencia 2009, Ruth Marina Díaz), luego los límites a la debida diligencia están ligados a dicha ductilidad propia del modelo fiduciario, de ahí la determinación subjetiva de aquello a lo que la fiduciaria se compromete.

En otras palabras, la diligencia aplicada a la responsabilidad está ligada a la finalidad del encargo —pauta para determinar lo que es o no exigible—, respetando por supuesto las restricciones a la delegabilidad de este, la cual, en caso de ser transgredida, podrá ser suficiente para soportar un juicio de responsabilidad, tal como se deduce de lo indicado en la sentencia del 4 de septiembre de 2013 con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco.

Por último, se cierra esta sección con una referencia que atiende a la esencia de la investigación: cuál es la responsabilidad en desarrollo de un negocio subyacente. Según la Corte Suprema de Justicia, si el fiduciario

adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieran deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de

la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes (sentencia del 3 de agosto de 2005, Trejos).

En principio, esto llevaría a pensar que de causarse un daño³⁶ a terceros en desarrollo de un encargo, este repercutiría en el patrimonio autónomo a menos que el fiduciario hubiese vulnerado la debida diligencia inherente a su función. Este aspecto se tratará puntualmente luego de examinar la jurisprudencia arbitral.

B. La responsabilidad de las fiduciarias según la jurisprudencia arbitral

En esta sección interesa hacer claridad sobre un argumento central para la respuesta a la pregunta de investigación, el cual se extracta del estudio que respecto a la materia investigada han dado diversos tribunales de arbitramento desde el año 2005 hasta la fecha, y el cual se desarrolla en los literales siguientes. Una vez examinada la jurisprudencia, se encuentra que la responsabilidad de las entidades fiduciarias surge esencialmente por dos razones: primera, delegar un deber indelegable,³⁷ y segunda, inobservar los deberes de debida diligencia y cuida-

35 La misma sentencia establece como límites la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres.

36 De otro lado, y en referencia a este marco general de responsabilidad, hay una excepción que es preciso mencionar y que se recoge en la sentencia del 18 de mayo de 2006. Así, una fiduciaria no deberá responder por el daño causado, siempre y cuando este sea producto de fenómenos de mercado, tales como la difícil venta o la depreciación del bien que se garantiza, así como fenómenos que salgan del ámbito de control de la entidad misma, opinión que compartimos.

37 Esta es una causal de responsabilidad general que no atañe de manera directa a los negocios jurídicos subyacentes. Sin embargo, se incluyó como un aporte al vacío que existe en trabajos académicos que tratan la materia.

do propios de un profesional, al encargar a un tercero una parte del objeto contractual, siendo esta última la fuente de la responsabilidad por el incumplimiento en los negocios subyacentes

No obstante lo dicho, las reglas sobre responsabilidad en los negocios subyacentes no son latentes en la jurisprudencia arbitral, puesto que no existe un antecedente que se haya encargado de examinar el tema de la presente investigación. El argumento construido y las conclusiones a las que se llegó nacen de un estudio de principios y atribuciones marco de responsabilidad, con base en las cuales se derivaron tres temáticas generales: 1) reglas para la delegación de obligaciones y subcontratación; 2) naturaleza de las obligaciones como fuente de la responsabilidad; 3) y deberes de conducta cuya inobservancia entrañan responsabilidad. En lo sucesivo se examinan estos puntos para sustentar el argumento indicado en el párrafo precedente.

Pero antes de entrar a estudiar estas temáticas referidas, es preciso hacer un comentario respecto al marco espacio-temporal en el que se desarrolla esta investigación. Como se dijo, se tomaron como referentes los últimos diez años (2005 a 2014), debido a que en un ejercicio anterior titulado *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*, Giraldo Bustamante (2005) se ocupó de hacer un barrido respecto de los fallos más significativos proferidos por tribunales encargados de examinar la responsabilidad de las entidades fiduciarias. En esencia, dicho estudio permite derivar conclusiones muy parecidas a las que se llega en este artículo, razón por la cual se recogen algunos lineamientos que serán

útiles para ilustrar la teoría que se introdujo en el párrafo precedente, de suerte que posteriormente, en un ejercicio que da continuidad y actualiza la propuesta de Giraldo Bustamante, se retoma el análisis de los fallos arbitrales comprendidos entre 2005 y 2014.

1. Reconstrucción del texto *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*

Respecto al primer punto —delegabilidad de obligaciones indelegables—, lamentablemente el artículo no examina esta temática, pero además, tampoco tiene resonancia (al menos no directamente) en los fallos arbitrales examinados por Giraldo Bustamante (2005). De lo que sí se ocupa con especial rigor el autor es de examinar el alcance de la buena fe y debida diligencia, así como la profesionalidad del fiduciario.

En relación con el concepto de la buena fe en la ejecución de los contratos, según lo indicado en el caso *Construcciones Ampomar Ltda. v. José Joaquín Chávez y otros* (2001), “Los profesionales contraen para con su clientela una serie de deberes, no accesorios sino principales, fundamentalmente de lealtad, cuyo respaldo se encuentra en el principio cardinal de los contratos conforme al cual estos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe”, reafirmando la idea de que los contratos obligan no solo a lo que expresamente se consagra en ellos sino a todo lo que se deriva de la naturaleza de las obligaciones contraídas (Giraldo Bustamante, 2005, p. 97).

Sin perjuicio de lo dicho, nótese que en la cita anterior se alude a la función de los profesiona-

les. El artículo de Giraldo Bustamante deja ver cómo hasta 2005, la justicia arbitral precisaba que en la interpretación del patrón de conducta se abandonaba el del buen padre de familia y se acogía el del buen hombre de negocios. Y se dice buen hombre de negocios (profesional), tal como lo indica el laudo *Basf Química v. Fiduanglo* (2000), menos por “la complejidad intrínseca de las actividades que desarrolla la fiduciaria, cuanto de la manera particularmente celosa y profesional en que debe hacerlo” (Giraldo Bustamante, 2005, p. 97).

Pero, ¿cómo se debe medir el grado de buena fe y acatamiento de los deberes propios del carácter profesional? Según el estudio de Giraldo Bustamante (2005), es el mismo caso *Construcciones Ampomar Ltda. v. José Joaquín Chávez y otros* (2001), bajo los parámetros de la debida diligencia, el que establece que para la determinación de la culpa profesional —base para la determinación de la debida diligencia— se deben examinar dos criterios: el objetivo y el normativo. El primero de ellos (objetivo) “puesto que el comportamiento del profesional se comparará con el de un profesional abstracto ideal, colocado en las mismas circunstancias” (p. 92); mientras el segundo (normativo) “toda vez que el profesional no ha de limitarse tan sólo a respetar la diligencia de usanza entre los profesionales de la misma categoría, sino que debe exhibir un grado de diligencia igual o superior a la que puede esperarse de un profesional colocado en idénticas circunstancias” (p. 92. En últimas, tal como se indica en el laudo *Leasing mundial v. Fidufes* (1997) “el incumplimiento de [l]as obligaciones es no emplear los medios requeridos

y disponibles; o no prestar servicios diligentes y cuidadosos” (p. 104).

El anterior es el panorama general que presenta Giraldo Bustamante (2005). Sin embargo, se examinará cómo ha sido el tratamiento que ha dado a este tema la jurisprudencia entre los años 2005 y 2014.

C. Delegación de obligaciones y subcontratación

Al comenzar a analizar los deberes de conducta de las fiduciarias al determinar a un tercero para ejecutar parte del encargo confiado, se encontró que, según lo ha entendido la jurisprudencia arbitral, existe una prerrogativa que le permite a las fiduciarias *subcontratar con terceros obligaciones accesorias* para situaciones como “el recaudo de las cuotas de los créditos, la microfilmación de sus archivos, los servicios, etc. ... [permitiendo] que las mismas puedan responder en mejor forma a las exigencias del mundo de los negocios actual ... [presentando una] mayor eficiencia en la prestación de los servicios financieros” (*Jorge Alberto Vélez Velásquez v. Fiduciaria Colpatría S. A.*, 2006).

Ya previamente se dijo compartir esta apreciación, dado que las fiduciarias deben contar con la posibilidad de maximizar su operación, y la concentración de todas las funciones no solo truncaría ese objetivo sino que les significaría un desgaste administrativo que no les permitiría cumplir con los encargos encomendados.

Sin embargo, también se vio que la delegación tiene como límites los *deberes indelegables*

contemplados en el artículo 1234 del C.Co., — incluida la obligación de realizar diligentemente todos los actos para la consecución del encargo—, los cuales no pueden ser ejecutados sino por quien debe cumplirlos en virtud del contrato o la ley, no pudiendo realizarse por terceros.³⁸ Esta disposición ha sido examinada por la jurisdicción arbitral, la cual ha dicho que “en palabras sencillas: los deberes indelegables de la fiduciaria, son deberes que solamente asume y debe cumplir dicho contratante y que asume por voluntad del legislador, así no consten en el contrato mismo y al ser indelegables, resultan irrenunciables (*José Manuel Espinosa v. Fidues-tado S. A. y Banco del Estado S. A.*, 2005).

La palmaria consecuencia de la interpretación del panel arbitral en su momento fue que, además de la indelegabilidad, existe una irrenunciabilidad respecto de ese conjunto de deberes indelegables a cargo del fiduciario, y esto no es un tema menor dado que el incumplimiento se constatará tan solo con encargar a un tercero la ejecución material de una prestación que revisa esta condición.

Una primera pista para identificar el alcance material de estos deberes, como ya se dijo, radica en el concepto de la *delegación de profesionalidad*. Sobre el particular, el laudo que dirimió la controversia entre *Fiduciaria del Estado S. A. (en liquidación) v. Tren de Occidente S. A.*, 2005), caso donde un punto de discusión fue

la contratación de un profesional externo para rendir una opinión, el tribunal conceptuó que

la vinculación de un asesor tributario o de otra clase no apareja por sí sola la delegación de la responsabilidad o profesionalidad del fiduciario, en la medida en que, como ocurrió en este caso, el fiduciario utilice los conceptos rendidos por su asesor como insumo para el proceso de toma de decisiones y sea quien las adopte, asumiendo en forma personal y directa la responsabilidad que las mismas conllevan.

Esto, palabras más o menos, permite ver que la delegación es posible sobre materias que no supongan el desprendimiento de la responsabilidad en la toma de decisiones y que en sí mismas no desnaturalicen el fundamento de confianza (carácter de *intuitu personae*) propio del contrato.

No obstante, el mismo laudo indicó en su momento que “distinto es el caso en el cual el fiduciario entrega a un tercero la capacidad de decisión sobre aspectos fundamentales de su gestión profesional —por ejemplo, la selección de las inversiones a realizar en desarrollo de un contrato de fideicomiso de inversión—, evento en el cual se configura el fenómeno conocido como delegación de profesionalidad” (*Fiduciaria del Estado S. A. (en Liquidación) v. Tren de Occidente S. A.*, 2005), delegación proscrita por la Superintendencia Financiera.

Para extraer de lo dicho una primera conclusión, permítasenos por un momento volver sobre la raíz de la responsabilidad a la que se hizo referencia en el primer párrafo de este acápite.

38 Vale la pena no olvidar que el contrato de fiducia mercantil conserva en todo momento la condición de ser un contrato *intuitu personae*, y por lo mismo la motivación para contratar sigue siendo fundamental en la carga prestacional que asume.

Se dijo en ese momento que una de las fuentes de la responsabilidad para las fiduciarias en materia de negocios subyacentes nace de la delegación de lo indelegable, e indelegable, según lo visto, será: de un lado el encargo de obligaciones que sean inherentes a su actividad profesional, y de otro lado los deberes contenidos en el artículo 1234 del C.Co. Por inherentes a su actividad se entienden aquellas propias de su ramo o profesión, mientras los deberes del artículo 1234³⁹ serán todos aquellos ligados al objeto del contrato, cuyo alcance y contenido, como se ha discutido, depende de la naturaleza de este y de las obligaciones adquiridas.

1. Origen de la responsabilidad: obligaciones pactadas

Recuérdese que textualmente, el artículo 1234 establece que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo ... realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”. Esto supone que la determinación de los deberes indelegables será el resultado de un análisis del contenido obligacional, pero más especialmente del objeto contractual en consonancia con los referentes de la debida diligencia.⁴⁰

39 Al respecto, vale la pena complementar lo dicho con una lectura de la Circular Básica Jurídica de la Superfinanciera, la cual en su numeral 2.2. literal B indica cuáles son los deberes exigibles a la fiduciaria, dando alcance claramente a lo que tiene que ver con la observancia de la buena fe, así como la debida diligencia en la ejecución del encargo que le es encomendado.

40 El deber de diligencia que aparece expreso en el artículo 1234 será analizado en la tercera parte del presente acápite. Sin embargo, se advierte que una de las cargas de mayor calado en este modelo contractual será justamente la de observar dicho principio, el cual es intransferible.

Para ello, vale remitirse al caso *Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.* (2010), en el cual el panel arbitral sostuvo que es imperioso para el fiduciario “ejecutar el objeto debido mientras este sea posible, ... evitar que se haga imposible por falta de diligencia y cuidado que en ello deba emplearse y ... comunicar al acreedor los riesgos probables de inejecución que él no puede prever”, siendo responsable cuando en su actuar no observe estas tres disposiciones generales.

Así, la base para la estructuración de un marco de responsabilidad se sustenta en la desatención o negligencia en procurar aquello que las partes convienen como objeto del contrato, que para el negocio fiduciario es particularmente flexible justamente por la función que este modelo contractual presta.

Sin embargo, es preciso distinguir ejecución de una obligación, y diligencia en la ejecución de los actos necesarios para garantizar el cumplimiento de la finalidad u objeto del contrato. El mismo laudo en comento sostuvo que las funciones de las fiduciarias “implican usualmente el cumplimiento de una o varias obligaciones de hacer, de cuya oportuna realización depende significativamente el resultado que buscan quienes celebran el encargo” (*Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.*, 2010), de lo que se sigue que una cosa son las obligaciones adquiridas, y otra distinta la finalidad o encargo perseguido con el contrato — punto al que refiere el inciso primero del artículo 1234—, siendo este último aquel al que apuntan los deberes indelegables de debida diligencia.⁴¹

41 A nuestro modo de ver, el encargo o finalidad supera las obligaciones del contrato puesto que se constituye en la causa de este. Las

Pero, ¿cuándo habrá responsabilidad? Sabemos que el fiduciario es responsable cuando se den las condiciones previamente referidas, pero para que le sea atribuible un deber de reparación, “el daño indemnizable, en principio, no puede constituirse en el desagrado con el resultado de la gestión del fiduciario, sino en una situación de pérdida efectiva que tenga como correlato un defecto en los medios utilizados o dejados de utilizar por el fiduciario” (*Jorge Alberto Vélez Velásquez v. Fiduciaria Colpatria S. A.*, 2006). En ese sentido, responderá cuando como consecuencia de la inobservancia de los deberes referidos se cause una pérdida o perjuicio real para la otra parte contratante o beneficiaria.⁴²

2. Deberes específicos de conducta

Agotada la discusión precedente, en lo sucesivo del presente acápite se estudiarán los tres pi-

obligaciones individualmente consideradas son el conjunto de cargas que le dan forma a la ejecución del objeto contractual, que si bien es cierto también deben necesariamente ser ejecutadas cuidadosa y diligentemente, el sentir del artículo apunta más hacia la diligencia en la consecución de la finalidad del encargo.

42 Hay un tema muy interesante que desborda esta investigación pero que no puede ser desatendido, y es el deber de consulta a la Superintendencia Financiera que aparece dentro de la lista del artículo 1234 del C.Co. Sostuvo el tribunal que dirimió el caso *Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.*, que la consulta como fue concebida no era propiamente una obligación sino una facultad ligada a un análisis subjetivo de la fiduciaria. Así, argumentó que “a la luz de la diligencia que enmarca el deber fiduciario, ... acreditado dentro del trámite que durante la etapa de ejecución, pudieron haberse presentado circunstancias que ameritaran la consulta, pero que a juicio de la Fiduciaria, dicha consulta nunca fue necesaria, ... tratándose de una obligación facultativa de la Fiduciaria, la ausencia de consulta no puede *per se* calificarse de incumplimiento de la obligación” (*Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.*, 2010). Disentimos de esta apreciación en parte, puesto que si bien es cierto la fiduciaria tiene la facultad de analizar cuándo requiere o cuándo no acudir a la Superintendencia, no se trata de una obligación facultativa cuando, por ejemplo, se va a contravenir directamente una orden del fideicomitente que resulta perjudicial para el encargo, puesto que allí se trata de una consulta obligatoria. Este podría ser un tema de un trabajo posterior que valía la pena referir.

lares⁴³ que según la jurisprudencia articulan el fundamento del deber de diligencia y cuidado, convirtiéndose en los referentes cuya inobservancia entrañará responsabilidad al causarse un daño derivado de un negocio subyacente, a saber: 1) el estándar del buen hombre de negocios; 2) el principio de ejecución de los contratos de buena fe, y 3) el deber de diligencia y cuidado propiamente dicho.

2.1. Estándar de profesionalidad: el buen hombre de negocios

El contrato fiduciario es esencialmente un negocio de confianza, el cual se ejecuta con una persona que goza de prestigio y reconocimiento por sus valores profesionales. De ahí que “esa profesionalidad en gestión de negocios por cuenta de terceros, constituye una característica principal que estimula la celebración de contratos frente a la sociedad fiduciaria (*Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.*, 2010).

Entendiendo que en la legislación mercantil colombiana se ha dispuesto que el fiduciario tiene que ser un sujeto calificado con especiales condiciones no solo económicas sino morales por

43 Hay un cuarto punto que podría ser tenido en cuenta, pero que supera el objeto de este trabajo y por tal razón se prescinde de su análisis: el principio de cooperación. Solo para presentar una pequeña referencia al respecto, vale mencionar lo que fue referido en el caso *Consorcio CCIM v. Ecopetrol* (2005) en el cual se indicó que “el principio de “cooperación” constituye una carga de la autonomía privada [que] implica el adelantamiento de los actos necesarios a la plenitud de la función práctica o económica social del negocio, y su omisión entraña la imposibilidad de imputar a las restantes partes las consecuencias nocivas de la situación o los efectos de la frustración de la relación jurídica”. Sin duda, el principio de cooperación se incorpora a los contratos —incluido el fiduciario— y su análisis sería interesante para efectos de en un trabajo posterior complementar lo que se ha tratado en este escrito.

cuenta del tipo de servicio que presta, la jurisprudencia arbitral ha sostenido que

a la sociedad fiduciaria le corresponde actuar, en seguimiento del parámetro de profesionalidad que deriva del desarrollo de una actividad de interés público de aquellas reguladas por la legislación financiera y principalmente por el estatuto orgánico del sistema financiero, como un buen hombre de negocios, máxime que se trata de gestor por cuenta de terceros como son los fideicomitentes (*Construcciones Torcoroma Ltda. y otros v. Alianza Fiduciaria S. A.*, 2010).

Esto mismo se infiere de lo que en su momento sostuvo el panel que dirimió el conflicto entre *Jorge Alberto Vélez Velásquez v. Fiduciaria Colpatria S. A.* (2006), donde los árbitros argumentaron que en la sociedad actual, el mercado espera de quien se ejercita en un trabajo especializado, un nivel de cuidado y diligencia altamente exigente relacionado con las expectativas de quienes con él contratan. Así, estas necesidades de quienes procuran servicios se tradujo en lo dispuesto en la Ley 222 de 1995 (refiriéndose a los administradores de las sociedades mercantiles), donde en el catálogo de deberes de estos figuran las cargas de obrar: de buena fe, con lealtad y con la diligencia y cuidado del buen hombre de negocios.

Dicho esto, la profesionalidad en el escenario actual, especialmente para las entidades que prestan servicios financieros, no es un tema desconocido sino al contrario bien desarrollado, el cual invita a exigir un poco más de quien cuenta con más capacidades en razón de su

experiencia y por la misma función que presta. De lo anterior se desprende que el correcto nivel de exigencia no pueda ser medible en relación con un hombre ordinario (el buen padre de familia), sino necesariamente con un hombre de sus mismas capacidades, habilidades y conocimientos. Esta interpretación fue acogida por la jurisprudencia arbitral, la cual sostuvo en su momento que para “profesionales como las fiduciarias, ... 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 un buen hombre de negocios (*José Manuel Espinosa v. Fiduestado S. A. y Banco del Estado S. A.*, 2005). Esto último es fundamental en la comprensión particularmente del deber de hacer todo lo posible para llevar a término el encargo, puesto que es el patrón general de conducta bajo el que se examinan el debido cuidado y diligencia.

2.2. El presupuesto de la buena fe

Adicional a lo anterior, el principio de buena fe es crucial para dar alcance a los términos generales de cuidado y diligencia con base en los cuales se comprenden los deberes indelegables de las entidades fiduciarias.

La jurisprudencia arbitral, tomando dicho principio como un parámetro para comprender el alcance de la diligencia exigida a los profesio-

nales fiduciarios, ha interpretado que la “buena fe obliga no solo a lo expresado en el contrato o acto jurídico, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza del mismo, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (*Jorge Alberto Vélez Velásquez v. Fiduciaria Colpatria S. A.*, 2006). Es pues un principio comprensivo de un amplio catálogo diríase moral y ético, en su sentido relacional respecto de la ejecución del contrato.

En ese sentir,

Como parámetro de conducta de las partes la buena fe se ha interpretado tanto en el sentido que implica ejecutar el contrato según la moral o como que debe estar orientado a lograr la utilidad del negocio, según lo que ha sido realmente querido por las partes o conforme a la finalidad del mismo ... [Así] la buena fe implica ... que cada parte se esfuerce en maximizar la utilidad que obtienen las otras partes en la ejecución del contrato (*Gómez Estrada Construcciones S. A. –GECSA v. Fiduciaria de Occidente S. A.*, 2008),

de suerte que es una buena fe aterrizada a los objetivos pactados, o subordinada a la consecución de la finalidad que estos persiguen.

Pero, ¿cómo se logra la maximización de utilidad en estos contratos?, ¿se trata de un análisis eficientista? Ya se dijo que para que haya imputación de responsabilidad (daño) no se debe examinar tanto el resultado, como la idoneidad de los medios utilizados por la fiduciaria para alcanzar el objeto. Entonces, ¿cómo entender la maximización? La forma más adecuada parece ser mediante el deber de lealtad, del cual

la jurisprudencia ha dicho que “las partes como los beneficiarios en el contrato de fiducia tienen responsabilidades y derechos que se sustentan en los principios de buena fe [incluyendo la] lealtad y equilibrio contractual” (*Cooperativa para la Vivienda Casacoop (en liquidación) v. Fiduciaria Davivienda S. A.*, 2010), lealtad en esencia consistente en observar una conducta recta, cooperando para cumplir positivamente la expectativa de la otra parte y “hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación (*Gómez Estrada Construcciones S. A. –GECSA v. Fiduciaria de Occidente S. A.*, 2008).

Dentro de esta particular expresión de la buena fe objetiva, un panel de arbitramento expresó que

se encuentra la obligación de lealtad, de la cual se desprenden naturalmente las de ejecutar el contrato y la de facilitar [su] ejecución ... criterios [que] delimitan la extensión de esas obligaciones y son útiles tanto para determinar la responsabilidad del fiduciario porque su conducta fue reticente o defectuosa, como para absolverlo cuando se determine que actuó con prudencia, en defensa de los intereses del constituyente o en cumplimiento de intereses superiores establecidos por el ordenamiento (*Operagua El Banco S. A. ESP v. Fiduciaria La Previsora S. A.*, 2010).

Pero adicional al deber de lealtad, ha identificado la misma jurisprudencia arbitral en el tribunal que dirimió el conflicto entre *Gómez Estrada Construcciones S. A. –GECSA v. Fiduoccidente S. A.* (2008), que la buena fe

se especifica en dos cánones de conducta fundamentales, el primer canon, de buena fe, válido, en especial, en la formación y la interpretación del contrato, [que] impone la lealtad del comportamiento. Por su parte, en la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda [donde] la buena fe se puede identificar entonces, como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable.

Dicho esto, la maximización no debe ser un análisis de la utilidad entendida como resultado tangible, sino como esfuerzo por alcanzar el objeto contractual esperado, el cual se manifiesta en los deberes de lealtad y salvaguarda. Ahora, la utilidad práctica de la buena fe solo se entiende puesta al servicio del objeto o finalidad perseguida en el contrato, pero, “¿cómo se puede saber cuál es la manera apropiada para lograr tal finalidad? Parece claro que la buena fe y las reglas del correcto proceder han de ser los criterios guía para encontrar el camino. Esto se obtendrá primordialmente en el terreno social, a través de valoraciones aceptadas con coincidencia en la comunidad” (Rezzónico, 2011, p. 476, citado en *José Manuel Espinosa v. Fiduestado S. A. y Banco del Estado S. A.*, 2005) sirviéndose de medios relacionales de comportamiento que permitan saber si se ha actuado de acuerdo con lo moralmente aceptable, y conforme a los estándares de diligencia.

2.3. Deber de diligencia y cuidado

Toda la argumentación realizada en esta sección recae en lo que a nuestro juicio —juicio que según lo estudiado comparte la jurisprudencia arbitral— es tal vez el elemento central en la determinación de la responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes: el deber de la debida diligencia.

La buena fe, como se ha dicho, se materializa necesariamente en conductas observables, y esas conductas son en esencia sobre las que se predica la diligencia y el cuidado, el cual a su turno es examinado con base en un ejercicio relacional respecto de profesionales en la misma condición que la entidad contratante. Bien sostiene la jurisprudencia arbitral, que en su ejercicio las entidades fiduciarias tienen la obligación de “actuar con extrema diligencia para asegurar el cumplimiento del objetivo de su encargo, con toda la dedicación y destreza de un profesional que ha de emplear con eficiencia la totalidad de los recursos a su alcance” (*Consortio CCIM v. Ecopetrol S. A.*, 2005).

La afirmación introducida merece una explicación. Cuando se examina el límite de la debida diligencia y se arroja la pregunta de

¿hasta dónde debe llegar la prudencia y diligencia de la fiduciaria en el cumplimiento del encargo realizado por el fideicomitente? ... [se encuentra que] a la fiduciaria le corresponde hacer absolutamente todo lo que esté a su alcance, para que se cumplan las finalidades del contrato. El legislador no deja duda alguna y ca-

lifica la diligencia de la fiduciaria bajo la frase: Todos los actos. Lo anterior implica, necesariamente, el obrar con la misma prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios y hacer todo lo posible para que el contrato sea un éxito [éxito que a su turno se mide en función de] procurar el mayor rendimiento respecto al patrimonio autónomo” (*José Manuel Espinosa v. Fiduestado S. A. y Banco del Estado S. A.*, 2005).

Es decir, el máximo rendimiento posible.

A la luz de lo dicho, resalta que la debida diligencia tiene como características: 1) la medición de las conductas de las entidades conforme a los deberes de un profesional puesto en las mismas condiciones; 2) procurar el mayor rendimiento (leído el rendimiento como la utilidad a la que ya se hizo referencia) para el patrimonio que representa, y 3) la exigencia de realizar todos los actos necesarios para cumplir el objeto. Los dos primeros elementos se trataron en secciones anteriores, por lo cual resta examinar cuáles son todos esos actos que le son exigibles a las fiduciarias para cumplir cabalmente con el deber referido.

Se ha hecho hincapié en que el objeto del contrato es la finalidad perseguida con su celebración, y que este podrá ser de casi cualquier tipo siempre que sea lícito. Ejemplos de negocios fiduciarios sobran, pero para ilustrarlo podrán ser: la construcción de un proyecto inmobiliario, el ofrecimiento de una garantía de pago, la administración de un dinero, etc. Siendo entonces tan variado el objeto, ¿cómo encontrar una regla común que permita derivar la fuente de la responsabilidad en los negocios subyacentes?

Analizada la jurisprudencia arbitral se encontró que el primer elemento es la conciencia de que como en la mayoría de las reglas sobre responsabilidad, es preciso hacer un análisis caso a caso. Así se estableció en el tribunal que resolvió la controversia entre *Construcciones Torcoroma Ltda. y otros v. Alianza Fiduciaria S. A.*, (2010), indicando que según como obre la fiduciaria, “*sus acciones u omisiones permiten establecer, en cada caso, si su comportamiento es concomitante con el arquetipo legal o contractual de lo que se espera de su actuación*” [Cursivas añadidas] considerando su carácter profesional.

Pero además de lo dicho, hay un segundo tema a considerar: la naturaleza de las obligaciones. Sobre el particular, ilustra el punto el caso *Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.* (2010), en el cual se sostuvo que “el grado de diligencia que se requiere depende de la naturaleza de la prestación debida”, interpretación que le hace justicia al presupuesto del análisis caso a caso sugerido, y principalmente a la ductilidad del negocio fiduciario cuya variedad no permitiría otra cosa: el examen a realizar será entonces el de ponerse en una situación concreta, mirar cuáles podrían ser las mejores alternativas según el estándar de conducta del profesional puesto en las mismas condiciones y el cotejo con la conducta desplegada por la fiduciaria.

Finalmente, para resolver el interrogante central respecto a cómo trata la jurisprudencia arbitral los negocios subyacentes en lo relativo a los deberes de debida diligencia y cuidado, es fundamental enfatizar en que “la exigencia de un de-

ber de diligencia frente al fiduciario no implica que haya de conocer de todos los asuntos que se vinculen con los intereses que le sean confiados, pero sí que emplee la diligencia de un hombre de negocios para acertar en las decisiones que adopte” (*Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A.*, 2010). La fiduciaria tiene la facultad, pues, de contratar con terceros lo necesario para llevar a término el encargo, siempre y cuando tenga en cuenta que en ella se predica la obligación principal de procurar todos los actos tendientes a la consecución del objeto contractual perseguido, y de suyo la obligación de monitorear la conducta de sus contratistas además de la carga de buena elección del tercero contratado.⁴⁴

El mismo laudo explica que

no se trata que la sociedad fiduciaria deba ser experta en la construcción de obras o que directamente efectúe cada una de las labores asociadas con la prestación del contrato de fiducia, pero sí que por su calidad de profesional en la actividad de gestión de negocios por cuenta de terceros agregue a su habilidad aquella proveniente de expertos y corresponda a las expectativas de quienes celebran negocios fiduciarios con fundamento en la credibilidad y en el carácter especializado de su gestión (Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A., 2010) [cursivas añadidas].

Así, la debida diligencia será el acierto en la toma de decisiones —para este caso en la escogencia y seguimiento a la gestión de los terce-

44 A nuestro juicio, lo que se observa —palabras más o menos— son deberes *in eligendo* e *in vigilando*: escoger adecuadamente al contratista y hacer un seguimiento riguroso que conlleve las conductas necesarias para orquestar el cumplimiento del encargo.

ros con quienes se celebran los negocios subyacentes— con base en la información disponible, más allá de si el resultado que se obtiene es o no el esperado.

V. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Esta última sección se ocupa de presentar una serie de consideraciones y conclusiones que se derivan de los planteamientos presentados en las líneas anteriores. Fundamentalmente, girarán en torno a dos puntos: 1) el régimen de responsabilidad de las fiduciarias y el criterio para darle alcance, orientado a responder la pregunta central del trabajo, y 2) una breve reflexión acerca de la utilidad de este documento.

A. Régimen de responsabilidad de las fiduciarias

Como se ha dicho, existe una diferencia entre la delegación de obligaciones propias de la entidad fiduciaria, y la suscripción de negocios subyacentes al contrato de fiducia mercantil.

En el primer caso se tienen aquellas situaciones donde se contrata a un tercero para que desarrolle parte de las actividades propias de la fiduciaria, siempre y cuando no se delegue la profesionalidad. En este caso, es claro que la responsabilidad que compromete la entidad al contratar a otro para que realice parte de lo que a ella le corresponde, necesariamente supone para sí el ser responsable por el hecho de un tercero en los términos referidos en el primer acápite del

artículo. También será responsable de manera directa, la entidad fiduciaria que vulnerando las restricciones a la delegación de profesionalidad, encargue a un tercero alguna obligación que le es inherente.⁴⁵

Caso distinto será la responsabilidad que le asiste a la fiduciaria por la suscripción de negocios subyacentes, donde se ejecuta un acto con el fin de cumplir con un deber de conducta que, siempre en provecho del patrimonio autónomo, busca desarrollar el encargo.

Como se dijo, el negocio fiduciario es esencialmente un negocio de sustitución, donde la fiduciaria como gestora tiene una función, valga la redundancia, de gestión. De lo anterior se colige que su objetivo no es asumir el rol de garante del éxito del encargo, sino en su gestión observar un comportamiento leal y diligente que ofrezca a las demás partes del contrato —y por qué no, también a la comunidad en general por tratarse de una actividad financiera— la seguridad de que se está poniendo todo el esfuerzo propio de un buen hombre de negocios en buscar la plena satisfacción del encargo encomendado.

Pero, al ser un negocio de sustitución, y al tratarse de obligaciones contraídas en beneficio de un tercero, la suscripción de negocios subyacentes es esencialmente el cumplimiento del objeto del contrato en beneficio del patrimonio autónomo, y no la subcontratación de obligaciones propias. De ahí que la responsabilidad de la fiduciaria no sea la de garantizar el resultado,

sino la obligación de diligencia y cuidado tanto en la escogencia del tercero como en el seguimiento a la ejecución del encargo confiado.

El alcance de la responsabilidad para la fiduciaria dependerá de la naturaleza misma de las obligaciones que le son encomendadas, de suerte que si se le pide que intervenga en la determinación de un tercero que ejecute parte del objeto del contrato —supóngase que en una fiducia inmobiliaria se le encarga a la fiduciaria determinar al constructor— su responsabilidad será *in eligendo* e *in vigilando*; si contrariamente lo que se le encomienda es la suscripción de un contrato subyacente con persona previamente determinada, su función será la de vigilar diligentemente y advertir cualquier anomalía, pero *en ambos casos* solamente podrá hacerse responsable por no actuar con la máxima diligencia y cuidado que le son exigibles.

Es fundamental enfatizar que, en caso de frustrarse el encargo siendo dicha frustración imputable al tercero contratado, *no habrá responsabilidad para la fiduciaria* por dicha frustración puesto que no es su objeto garantizar el resultado, así como tampoco lo es el ejecutar materialmente las obligaciones que no son propias de su actividad. Sí responderá en caso de no haber actuado como un profesional por violar la carga de debido cuidado y diligencia, pero en estos eventos no se tratará de responsabilidad directa por el hecho de un tercero sino responsabilidad por la vulneración a los principios referidos, principios que valga repetirlo son esenciales en un contrato de confianza como este.

45 Al respecto ver *Portafolios de inversión: la norma y el negocio*, del profesor Juan Carlos Varón Palomino (2008).

En desarrollo de lo anterior, es claro en todo caso que el parámetro para concluir si una fiduciaria actuó como le era exigible en una situación concreta, necesariamente será el resultado de la valoración de las conductas por esta desplegadas para cumplir el encargo, en relación con cómo se hubieran comportado otros profesionales del mismo ramo de negocios.

B. Consideración final

Al iniciar la investigación, este trabajo pretendía encontrar un parámetro para determinar el alcance de la responsabilidad de las entidades fiduciarias, queriendo ser un instrumento que les permitiera tanto a los usuarios de los servicios financieros como a las entidades prestadoras y a los administradores de justicia, conocer los límites por los cuales se hacen responsables las entidades fiduciarias en desarrollo de los contratos de fiducia mercantil.

Ciertamente con este documento se contribuye al debate, y a criterio personal se torna en un instrumento que clarifica la limitación a la responsabilidad de las fiduciarias por la frustración del resultado esperado (objeto del contrato), siempre que este se produzca como consecuencia de la inadecuada actuación de un tercero. Asimismo, permite ver que en caso de presentarse un incumplimiento de un negocio subyacente al contrato de fiducia, la responsabilidad será del tercero contratado para con el patrimonio autónomo, pero nunca —al menos por el mero incumplimiento de la obligación encomendada— de la fiduciaria, la cual solo podrá ser responsable si no actúa diligentemente.

Lamentablemente, no se encontró una forma de reducir el margen de interpretación del administrador de justicia al momento de determinar la responsabilidad de las entidades fiduciarias, y esto se debe, principalmente, a la versatilidad que la fiducia presenta en el mundo de los negocios. Al analizar los laudos arbitrales y la jurisprudencia de la Corte Suprema, salta a la vista que los parámetros de debida diligencia, lealtad y buena fe se tienen conjuntamente como un gran criterio orientador, que sirve para que tanto las fiduciarias como los usuarios del servicio que estas prestan sepan a lo que se atienen y puedan distribuir adecuadamente riesgos y cargas dentro del contrato.

Finalmente, este documento sigue abierto a posteriores profundizaciones e investigaciones, principalmente en el área del derecho comparado, e invita a potenciales lectores a indagar sobre la pertinencia de adoptar, vía regulatoria —a través de entidades de control (ej. superintendencias)—, legislativa o inclusive jurisprudencial, mecanismos explícitos que aclaren los márgenes interpretativos en materia de responsabilidad. De este documento y desde una perspectiva individual, se concluye que por la ductilidad del contrato de fiducia, lo más aconsejable es contar con márgenes tan flexibles como el mismo negocio fiduciario, para que estos se adapten a las necesidades particulares y a los estándares del mundo de los negocios, pero por supuesto esta es solo una forma de aproximación sujeta a ser controvertida y enriquecida.

Referencias

- Arrubla Paucar, J. A. (1999). La responsabilidad en el contrato de fiducia. En J. A. Arrubla Paucar, *Aplicación práctica del derecho mercantil* (págs. 77-104). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike y Colegio de Abogados de Medellín.
- Arrubla Paucar, J. A. (2008). *Contratos mercantiles. T. II. Contratos típicos*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Barrera Tapias, C. (2012). El derecho de las obligaciones: concepto, clasificación, transmisión y extinción. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez.
- Becerra Toro, R. (2002). *Tratado de los tutores y curadores*. Cali: Universidad de San Buenaventura.
- Código civil colombiano.
- Código de Comercio colombiano.
- Consortio CCIM v. Ecopetrol S. A.* (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 24 de noviembre de 2005).
- Construcciones Torcoroma Ltda. y otros v. Alianza Fiduciaria S. A.* (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de marzo de 2010).
- Cooperativa para la Vivienda Casacoop (en liquidación) v. Fiduciaria Davivienda S. A.* (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 5 de noviembre de 2010).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de agosto de 1995.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25 de marzo de 1999.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 agosto de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 14 de febrero de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18 de mayo de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31 de mayo de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4 de septiembre de 2013.
- Cubides Camacho, J. (1999). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Escobar Sanín, G. (1987). *Negocios civiles y comerciales. T. I. Negocios de sustitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiduciaria del Estado S. A. (en liquidación) v. Tren de Occidente S. A.* (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 19 de octubre de 2005).
- Giraldo Bustamante, C. J. (2005). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Revista de Derecho Privado*, (35), 81-114.

- Gómez Estrada Construcciones S. A. –GECSA v. Fiduciaria de Occidente S. A. (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 23 de octubre de 2008).
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jorge Alberto Vélez Velásquez v. Fiduciaria Colombiana S. A. (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 28 de febrero de 2006).
- José Manuel Espinosa v. Fiduestado S. A. y Banco del Estado S. A. (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 18 de julio de 2005).
- Operagua El Banco S. A. ESP v. La Previsora S. A. (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 22 de julio de 2010).
- Ospina Fernández, G. (2005). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Rengifo García, E. (2012). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rezzónico, J. C. (2011). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez Azuero, S. (1997). *La responsabilidad del fiduciario*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike y Ediciones Rosaristas.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis Editores S. A.
- Ruiz Silva v. Alianza Fiduciaria S. A. (Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de marzo de 2010).
- Suescún Melo, J. (2005). El régimen general de responsabilidad de los profesionales. En J. Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (págs. 431-466). Bogotá: Legis Editores S. A.
- Superintendencia Bancaria. (1996). Concepto 96027904-3. Septiembre 20 de 1996.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Dirección Jurídica. (2005-2006). Boletín Jurídico n.º 1. Pronunciamiento interno Superintendencia Financiera.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (1996). Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2009). Concepto 2009063930-001 del 3 de septiembre de 2009.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de responsabilidad civil*. Quinta ed. Bogotá: Legis.
- Varón Palomino, J. C. (2004). De las obligaciones y responsabilidades en el contrato de fiducia mercantil. En E. Casas Sanz de Santamaría (Ed.), *Del "trust" anglosajón a la fiducia en Colombia y materias aledañas. Recuento histórico y evolución técnica y jurídica desde*

la Ley 45 de 1923 (págs. 83 - 90). Bogotá: Editorial Temis S. A.

Varón Palomino, J. C. (2008). *Portafolios de inversión: la norma y el negocio*. Bogotá: Editorial Temis S. A. y Ediciones Uniandes.

Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.