

**¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL  
DEBER DE ASESORÍA DEL FIDUCIARIO EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA  
MERCANTIL?**

**AUTOR:**

**CAMILO MONTOYA DUQUE**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MÁSTER EN DERECHO CON  
ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD CIVIL**

**ASESOR:**

**ALEJANDRO GAVIRIA CARDONA**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD CIVIL**

**MEDELLÍN, ANTIOQUIA**

**2024**

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación realiza un análisis al contrato de fiducia mercantil en Colombia, detallando su definición según el artículo 1226 del Código de Comercio, sus principales tipologías (inmobiliaria, de inversión, en garantía y con recursos de seguridad social) y los deberes del fiduciario, especialmente el de asesoría, que actualmente es obligatorio solo en la fiducia de inversión. Destaca la importancia de que este deber de asesoría sea obligatorio en todas las tipologías para proteger adecuadamente a los constituyentes y beneficiarios. También se aborda la responsabilidad civil del fiduciario en caso de incumplimiento de sus deberes, con especial énfasis en el deber de asesoría, subrayando la necesidad de diligencia y competencia en la gestión de los bienes fideicomitidos.

**PALABRAS CLAVE:** Fiducia mercantil, contrato, responsabilidad civil, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, sociedades fiduciarias, deber de asesoría, deber de información, incumplimiento, hecho generador, daños, perjuicios, culpa, remedios contractuales, constituyente, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, contrato de fiducia, administración de bienes, obligaciones, carga, deber, Consecuencias jurídicas, reparar, indemnizar, protección.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	5
CAPITULO 1. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, SUS ELEMENTOS ESENCIALES Y SU CLASIFICACIÓN .....	10
1.1 Contrato de fiducia mercantil.....	10
1.2 Fiducia inmobiliaria .....	11
1.2.1 De administración y pagos.....	11
1.2.2 De preventas.....	11
1.3 Fiducia de administración .....	12
1.3.1 Administración de procesos de titularización .....	12
1.4 Fiducia en garantía .....	12
1.5 FIDUCIA DE INVERSIÓN.....	13
CAPTITULO 2. DEBERES DEL FIDUCIARIO EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y ANÁLISIS ESPECÍFICO DEL DEBER DE ASESORÍA DEL FIDUCIARIO.....	16
2.1 Deberes del fiduciario en las diferentes tipologías del contrato de fiducia mercantil....	17
2.2 Deber de entregar el producto o prestar el servicio debidamente .....	22
2.3 Deber de consejo o asesoría .....	22
2.4 Deber de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.....	24
2.5 Deber de fidelidad como manifestación de las exigencias de la buena fe en la contratación fiduciaria .....	26
2.5.1 Comparativo entre deber de asesoría e información del fiduciario o sociedad fiduciaria.....	28
2.5.2 Evolución histórica del deber de asesoría.....	30
2.6 Deber de asesoría especial.....	33
2.6.1 Aplicación del deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil de inversión	36
CAPITULO 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL FIDUCIARIO Y EN CONCRETO EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ASESORÍA EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL.....	37

3.1	Prestacion fiduciaria como actividad cualificada.....	38
3.2	Responsabilidad civil del fiduciario.....	39
3.3	Responsabilidad contractual del fiduciario .....	41
3.4	Daño jurídicamente relevantes como elemento esencial de la responsabilidad civil.....	41
3.5	Imputación jurídica del daño.....	43
3.6	Nexo de causalidad.....	44
3.7	Delimitación o ubicación de la responsabilidad contractual del fiduciario .....	46
3.8	Elementos transcendentales para la determinación de la responsabilidad contractual del fiduciario.....	47
3.8.1	La culpa.....	47
3.8.2	Buena fe objetiva .....	48
3.9	Remedios contractuales del acreedor cumplido en la teoría de la responsabilidad civil	50
3.10	Responsabilidad civil del fiduciario derivada del incumplimiento del deber se asesoría.....	53
	CONCLUSIONES .....	56
4.1	Necesidad de aplicación del deber de asesoría en las demás tipologías de contratos de fiducia mercantil .....	56
4.2	Remedios contractuales del acreedor aplicados en los contratos de fiducia mercantil donde se pacto expresamente el deber de asesoría .....	58
4.3	Responsabilidad civil del fiduciario frente al incumplimiento del deber se asesoría ....	59
4.4	Crecimiento del negocio fiduciario y la evidente necesidad del mercado fiduciario de brindar más información a los constituyentes mediante la aplicación del deber de asesoría .....	59
	BIBLIOGRAFÍA .....	61

# **¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ASESORÍA DEL FIDUCIARIO EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL?**

## **INTRODUCCIÓN**

En tanto la finalidad del presente trabajo de investigación es dilucidar las diferencias sustanciales entre el deber de asesoría e información del fiduciario, resulta importante realizar un análisis del contrato de fiducia mercantil y sus tipologías, haciendo especial énfasis en el contrato de fiducia de inversión; verificar por qué es de obligatoria aplicación el deber de asesoría en este contrato en específico y por qué no es obligatorio en las demás tipologías del contrato de fiducia mercantil; determinar cuáles son las condiciones específicas de este contrato fiducia de inversión para que esté consagrado como de obligatoria aplicación el deber de asesoría en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014 ) en la Parte II, Título II y Capítulo I, concretamente en el artículo 2.2.1.2.2. En consecuencia, una vez verificadas las razones específicas para que sea de obligatoria aplicación en el contrato de fiducia de inversión, se verificará por qué no podría ser aplicable este mismo deber de asesoría a las demás tipologías de contrato de fiducia mercantil, en virtud de que la naturaleza del contrato de fiducia mercantil gira en torno a la realización de una tarea o labor encomendada por el constituyente a un fiduciario “experto” con la finalidad de que una vez realice o termine dicha labor, beneficie a un tercero o al mismo constituyente, ya en calidad de beneficiario.

Para el desarrollo del presente trabajo de maestría se dispuso como límite temporal el periodo comprendido entre los años 2008 y 2024.

La justificación para realizar el presente trabajo de investigación poniendo como límite temporal dieciséis años y establecerlo en el periodo de tiempo comprendido entre los años 2008 y 2024, reside en la expedición por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia del concepto 2008052712-001 del 25 de septiembre de 2008, mediante el cual se realiza un análisis sobre cómo se debe dar cumplimiento del deber de asesoría por parte de las fiduciarias en contratos que tengan por objeto prestación de servicios de asesoría financiera a que se refiere el literal f del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, consagrado en del Decreto Ley 663 de 1993; no obstante, se tomará como referencia la Ley 45 de 1990, mediante la cual se expiden normas

respecto de la intermediación financiera en el mercado de valores y la obligatoriedad de dar información y asesoría de las sociedades comisionistas respecto de sus clientes, en conjunto con el desarrollo del concepto de deber de asesoría en las actividades de inversión de capital en la Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y el Decreto 2555 de 2010, mediante el cual se reexpidieron normal del sistema financiero y la posterior creación de la figura del deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil, en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014, art. 2.2.1.2.2.), por lo que en la presente investigación se analiza la evolución histórica del deber de asesoría en el mercado de valores y, la creación del deber de asesoría por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera aplicable directamente al contrato de fiducia mercantil, cómo se ha dado el desarrollo del mismo a través del tiempo. Por consiguiente, el ámbito temporal de verificación y análisis es pertinente, debido a que se tomará como punto de partida su entrada en vigencia y como punto de llegada el año 2022, sumado a que dentro de este límite temporal ha habido diversidad de cambios doctrinales y de aplicación final del deber de asesoría, como por ejemplo, que dicho deber debería ser de obligatoria aplicación y cumplimiento en todos los contratos de fiducia mercantil en pro de la búsqueda de cumplir su objetivo principal, lo que vendría siendo la ejecución efectiva de la labor encomendada establecida en el contrato de fiducia mercantil celebrado, a partir de la confianza depositada por el fideicomitente al transferir uno o más bienes al fiduciario, para que este último, a partir de sus capacidades técnicas o de experticia, desarrolle labores de administración o enajenación de estos bienes para dar cumplimiento a una finalidad específica designada por el fideicomitente, en provecho de este o un tercero, denominado beneficiario.

Asimismo, se analizará la etapa precontractual y contractual del contrato de fiducia mercantil con la finalidad de establecer las diferencias sustanciales entre el deber de información y el deber de asesoría del fiduciario y los criterios fijados para el efecto. En este punto es importante aclarar que mientras el deber de información inicia su desarrollo en la etapa de tratativas previas a la celebración del contrato de fiducia, donde el fiduciario le brindaría al posible fideicomitente toda la información clara, completa, comprensible y transparente de lo que sería el contrato de fiducia mercantil que se pretende celebrar, para que una vez el fideicomitente comprenda dicha información decida depositar su confianza a este fiduciario y celebrar el contrato de fiducia mercantil con la finalidad de que el fiduciario, a partir de su experticia, desarrolle la labor encomendada establecida en el contrato de fiducia mercantil; el deber de asesoría inicia su

ejecución en sede contractual, es decir, en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil, donde el fiduciario tiene el deber de brindar asesorías constantes al fideicomitente con la finalidad de permitir que se vayan ejecutando en debida forma las obligaciones establecidas en el contrato de fiducia mercantil y permitiendo que el fideicomitente comprenda cada una de las acciones tendientes al cumplimiento o ejecución contractual.

A partir de la lectura de los diferentes trabajos investigativos acerca del contrato de fiducia mercantil, se ha podido observar que no hay un análisis extenso acerca del deber de asesoría que debe el fiduciario a las otras partes del contrato (constituyente y beneficiario) –aunque sí los hay relacionado con la obligación de información, de ahí la necesidad de su diferenciación, previamente esbozada–. Por tanto, con este trabajo se busca identificar el ámbito de aplicación del deber de asesoría en las tipologías específicas de contratos de fiducia mercantil que es aplicable de forma obligatoria (como la fiducia de inversión) y explicar por qué debería ser aplicable como cláusula esencial del contrato a todas las tipologías de contrato de fiducia mercantil, partiendo de la base de que uno de los objetivos esenciales del contrato de fiducia mercantil es la confianza depositada en el fiduciario por parte del constituyente o fideicomitente, con el de que este, a partir de su conocimiento técnico y experticia, desarrolle o ejecute una labor específica de administración o enajenación de los bienes depositados en favor del beneficiario, por tanto, es necesario que la parte experta del contrato (fiduciario) brinde asesoría al constituyente, quien, al no tener las capacidades técnicas o de experticia, busca expertos para que lo asesoren, den consejo y, finalmente, ayuden a ejecutar su finalidad específica, plasmada en el contrato de fiducia mercantil.

Por lo anterior, se encuentra útil y necesario realizar un análisis del concepto de deber de buen consejo o asesoría, desde cuándo se ha venido desarrollando en Colombia, cómo se ha venido aplicando, en cuáles contratos de fiducia mercantil se ha venido aplicando y cuáles son las razones para que solamente sea obligatorio cuando medie estipulación expresa en el contrato, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

La presente investigación resulta conveniente debido a que en la actualidad el deber de asesoría está consagrado en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014 ) en la Parte II, Título II y Capítulo I, concretamente en el artículo 2.2.1.2.2, en donde se enuncia que este deber no debe confundirse con el deber de información –debido que este se determina como la obligación previa a la celebración del contrato fiducia con la finalidad

de poner en conocimiento al constituyente los riesgos y dificultades del contrato de fiducia mercantil y se diferencia del deber de asesoría debido a que este inicia su ejecución una vez perfeccionado el contrato–, y que para que este deber sea obligatorio –salvo en el contrato de fiducia de inversión, en donde siempre lo es– debe consagrarse de manera expresa dentro del contrato de fiducia mercantil a celebrar, consagración expresa que resulta contraria al quehacer fiduciario y a la esencia del contrato de fiducia mercantil, debido a que el constituyente siempre va a necesitar una asesoría técnica, experta y constante acerca de los contenidos y alcances de las gestiones que se le encomiendan al fiduciario y en especial de los objetivos que tendrán los bienes fideicomitidos.

Para la realización del presente trabajo de grado se estableció como objetivo general, determinar el sentido y alcance el deber de asesoría en los contratos de fiducia mercantil y como objetivos específicos, en primer lugar, desarrollar el concepto del contrato de fiducia mercantil, determinando cuáles son sus elementos esenciales y tipología de contratos de fiducia mercantil. En segundo lugar, determinar los deberes del contrato de fiducia mercantil y el alcance del deber de asesoría en los contratos de fiducia mercantil. En tercer lugar, establecer las consecuencias del incumplimiento de los deberes del fiduciario y en concreto el incumplimiento del deber asesoría en los contratos de fiducia mercantil.

Tanto del contrato de fiducia mercantil como del deber de información que nace en este se ha hablado extensamente en Colombia en diferentes trabajos de investigación; sin embargo, no hay un análisis concreto acerca del deber de asesoría del fiduciario, establecido en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C.E 029 de 2014 ) en la Parte II, Título II y Capítulo I, concretamente en el artículo 2.2.1.2.2. Por tanto, resulta relevante la realización de la presente investigación, cuya finalidad es sistematizar y describir, de forma comprensible, en qué consiste el deber de asesoría del fiduciario, en cuáles casos es de obligatoria aplicación y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento (Pinzón, 2022; Garza, 2013).

Acerca del contrato de fiducia mercantil y del deber de información en Colombia, se ponen en consideración los trabajos de investigación realizados por diferentes autores, los cuales se enuncian así:

Además de los trabajos de investigación enunciados anteriormente, se encuentra todo el desarrollo doctrinal determinado en el marco teórico del presente trabajo de investigación, en donde se

realizan análisis muy completos y extensos acerca del contrato de fiducia mercantil y del deber de información.

Ahora, respecto al deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil, se han dado diferentes acercamientos al concepto, pero no se explica de forma completa el porqué de su obligatoriedad en el contrato de fiducia de inversión, cuáles son los daños y perjuicios generados por su incumplimiento y por qué debe establecerse dicho deber expresamente en el contrato para que sea vinculante en los demás contratos de fiducia mercantil.

Dicho lo anterior, se puede concluir que no hay un estudio específico acerca de la obligatoriedad del deber de asesoría en los diferentes contratos de fiducia mercantil, del por qué es de obligatoria aplicación y cumplimiento para algunos contratos de fiducia mercantil y por qué es necesario establecerlo expresamente para que sea vinculante en otros tipos contratos de fiducia, y cuál es el ámbito de responsabilidad aplicable por su incumplimiento.

La metodología de investigación jurídica que se planea utilizar para la fundamentación del presente trabajo de investigación será la investigación jurídica sistematizadora, con la finalidad de encontrar, identificar y analizar ampliamente el desarrollo normativo acerca del deber de asesoría del fiduciario, y así realizar un trabajo descriptivo que le permita al lector entender la esencia del contrato de fiducia mercantil, qué es el deber de asesoría, cuándo es de obligatorio cumplimiento por el fiduciario y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. Esta investigación partirá de la revisión sistemática de las diferentes fuentes normativas enunciadas en el marco normativo, realizando un análisis y posterior síntesis de la misma, con la finalidad de esclarecer y explicar de forma descriptiva todos los objetivos planteados en la investigación, lo que le permitirá al lector encontrar y entender de forma comprensible todo el cuerpo normativo que regula el contrato de fiducia mercantil, el deber de asesoría y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Así mismo, la búsqueda selectiva en base de datos fue enfocada en la producción académica nacional y extranjera sobre el contrato de fiducia mercantil, el deber de asesoría del fiduciario y las diferentes disposiciones de responsabilidad civil de las sociedades fiduciarias.

## **CAPITULO 1. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, SUS ELEMENTOS ESENCIALES Y SU CLASIFICACIÓN**

### **1.1 Contrato de fiducia mercantil**

La fiducia mercantil se encuentra regulado de la siguiente manera en el artículo 1226 del Código de Comercio:

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

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

En todas las tipologías del contrato de fiducia mercantil se da la transferencia de una parte, denominada “constituyente o fideicomitente”, a otra, denominada “fiduciaria”, el derecho real de dominio sobre uno más bienes para la constitución de un patrimonio autónomo y su destinación específica. Dependiendo del contrato de fiducia mercantil celebrado, se podrán transferir muebles o inmuebles para una actividad específica, que puede ser de mera administración o también puede ser de manejo e inversión.

Ahora bien, una de las características más importante de la celebración del contrato de fiducia mercantil es el depósito de confianza por parte del constituyente o fideicomitente en el fiduciario y en favor de un tercero, denominado beneficiario. Esa relación de confianza que se crea a partir del encargo realizado por el fideicomitente al fiduciario surge a partir de la necesidad de la ayuda de un experto (fiduciario) para que este último le administre sus bienes, parte de estos o para que desarrolle una actividad específica a partir de sus capacidades técnicas, experiencia y aptitudes de la mejor manera posible en favor suyo o de un tercero beneficiario.

Las diversas tipologías del contrato de fiducia mercantil están establecidas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia C. E. 029 de 2014. Por relevancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación se enunciarán las siguientes:

## **1.2 Fiducia inmobiliaria**

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. (Fiduagraria, s.f., párr. 1)

Puede presentar varias modalidades:

### ***1.2.1 De administración y pagos***

En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario. (Acción Fiduciaria, s.f., párr. 4)

### ***1.2.2 De preventas***

Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario. (Acción Fiduciaria, s.f., párr. 7)

### **1.3 Fiducia de administración**

Es el negocio fiduciario en virtud del cual se entregan bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente, destinando los bienes fideicomitidos junto con sus respectivos rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 8)

Puede tener varias modalidades:

#### ***1.3.1 Administración de procesos de titularización***

Tiene por objeto la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. Con este negocio se pretende crear mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones pertinentes al pago oportuno de las obligaciones de la titularización. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 9)

### **1.4 Fiducia en garantía**

Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros.

A los contratos de fiducia en garantía le son aplicables en lo referente al registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario y las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013, de conformidad con el párrafo del art. 3 de la misma ley. Adicionalmente, se señala que el registro establecido en la citada disposición, tiene para los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del art. 55 de la Ley 1116 de 2006. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 10)

El negocio fiduciario en garantía puede presentar las siguientes modalidades:

### FIDUCIA EN GARANTÍA PROPIAMENTE DICHA:

Consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitidos para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 11)

### FIDUCIA CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS RELACIONADOS:

Es el negocio fiduciario que, en términos generales, consiste en la entrega de sumas de dinero o bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que ésta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 12)

#### Pasivos pensionales:

Es el negocio fiduciario que consiste en la entrega a una sociedad fiduciaria de recursos para la administración, inversión y constitución de reservas y garantías destinadas a la atención y/o normalización de pasivos pensionales, tales como el pago de mesadas pensionales, cuotas partes pensionales o cualquier otra obligación derivada de dichos pasivos.

#### Recursos de la seguridad social

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la entrega a una sociedad fiduciaria de recursos destinados a algunas operaciones relacionadas con el sistema de seguridad social en las áreas de salud y riesgos profesionales, para ser administrados por ella.

### **1.5 FIDUCIA DE INVERSIÓN**

“Es el negocio en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente” (Acción Fiducaria, s.f., párr. 13).

### FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA:

Es el negocio fiduciario celebrado con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del art. 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 14)

### INVERSIÓN DE CAPITAL DEL EXTERIOR DIRECTA:

Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad la inversión directa de capitales del exterior en Colombia de acuerdo con el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia contenido en el Título 2 de la Parte 17 del Decreto 1068 de 2015. (Acción Fiducaria, s.f., párr. 15)

Una vez determinadas las clasificaciones y/o tipologías del contrato de fiducia mercantil, se puede verificar que todas estas, sin excepción alguna, en su definición incluyen la necesidad de una relación de confianza entre las partes, donde el fiduciario, que es el denominado experto dentro de la relación contractual, debe realizar una gestión específica a partir de su conocimiento técnico y experiencia profesional en la realización de estas actividades.

Es claro entonces que los contratos de fiducia mercantil comparten esa misma esencia de confianza extraída de la interpretación del artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano. Es precisamente en virtud de esto que la creación de la figura del contrato de fiducia mercantil siempre va a radicar, en palabras más sencillas, en “la búsqueda de un experto que pueda gestionar y desarrollar una actividad o gestión a mi nombre a partir de sus conocimientos técnicos, experiencia, probidad e idoneidad para sacar adelante la labor encomendada” (Gaviria, 1981, p. 96).

Luego, a estos expertos, fiduciarios y/o entidades fiduciarias que se dedican a realizar este tipo de contratos de fiducia mercantil, se les hacen unas exigencias y se les impone una vigilancia estricta por parte de los entes de control, en este caso, la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que siempre busca proteger los intereses de esas personas o “consumidores financieros” (Corte Constitucional, Sentencia C-902/08), que acuden ante un experto -fiduciario-, con la finalidad de prevenir que esta sociedad fiduciaria o fiduciario haga un uso abusivo de sus conocimientos específicos y capacidades técnicas, lo que crearía un desequilibrio contractual, siendo esto, un abuso en contra del fideicomitente que puede que tenga conocimientos mínimos de la materia. Por

lo anterior, a los fiduciarios o sociedades fiduciarias se les impusieron unos deberes específicos (Ley 1328 de 2009, art. 6), que deben cumplir para el desarrollo efectivo de sus obligaciones contractuales, los cuales buscan<sup>1</sup> minimizar los riesgos tomados por el constituyente o que, si este los asume, pueda confiar en la gestión realizada por el fiduciario en el desarrollo de la gestión. Los deberes del fiduciario o sociedad fiduciaria son deberes que, una vez formalizado el contrato de fiducia mercantil con el constituyente, se convierten en verdaderas obligaciones del fiduciario y que este deberá cumplir a cabalidad, se determinan así (Baena, 2013):

- Deber de debida diligencia,
- Deber de información,
- Deber de asesoría,
- Deber de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual y
- Deber de fidelidad como manifestación de las exigencias de la buena fe en la contratación fiduciaria.

Los deberes antes enunciados, son interpretados como verdaderas obligaciones, toda vez que si incumplimiento puede dar lugar a la creación de daños y perjuicios en contra del fideicomitente, constituyente y beneficiario. Sobre este tema se volverá en el capítulo siguiente.

---

<sup>1</sup> Numeral 3 de la parte II, Título II, Capítulo primero de la Circular Básica Jurídica (C.E 029/14)

## **CAPTITULO 2. DEBERES DEL FIDUCIARIO EN EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y ANÁLISIS ESPECÍFICO DEL DEBER DE ASESORÍA DEL FIDUCIARIO**

Antes de empezar a definir los deberes del fiduciario, debemos establecer qué es un deber jurídico y qué es una obligación; y si estos deberes jurídicos pueden comportar una obligación como tal dentro del contrato de fiducia mercantil.

Sea lo primero precisar que un deber tiene como finalidad la coerción general de la población o un grupo específico de esta, es decir, los deberes son vínculos jurídicos que indican comportamientos a través de la ley, la convención, la familia o la sociedad (Verbel, 2018). Las leyes imponen los deberes que permiten una convivencia social y cuando no se acatan acaecen en sanciones. Los deberes, entonces, son vínculos jurídicos que regulan el comportamiento con la finalidad de direccionar nuestro actuar en circunstancias y/o actividades específicas conforme con las exigencias establecidas en la Constitución, la ley, los decretos, las resoluciones, los manuales de convivencia, siendo exigible este comportamiento cuando el Estado, mediante sus mecanismos de coerción, llama al cumplimiento de estos (Verbel, 2018). Una de las definiciones generales de deber es la siguiente:

El termino deberes hace referencia a las actividades, actos y circunstancias que implican una determinada obligación moral o ética. Generalmente, los deberes se relacionan con determinadas actitudes que todos los seres humanos, independiente de su origen, etnia, edad o condiciones de vida están obligados a cumplir a modo de asegurar al resto de humanidad la posibilidades vivir en paz, dignidad y con ciertas comodidades. Los deberes son, entonces, uno de los puntos más importantes de todos los sistemas de leyes y de constituciones nacionales porque tienen que ver con lograr formas comunitarias y sociedades más equilibradas en donde todos acceden del mismo modo a sus derechos. (Verbel, 2018, p. 59)

Lo segundo radica en esclarecer que las obligaciones también son deberes jurídicos, pero deberes jurídicos aplicables a las partes de determinados actos jurídicos con contenido patrimonial, que parten de la celebración de contratos con obligaciones bilaterales para las partes que exigen el cumplimiento efectivo por cada una de ellas. Las obligaciones se pueden definir de la siguiente manera:

Un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas o determinables, por medio de la cual una parte (una o más personas, el deudor, deudor), se encuentra en la necesidad de realizar una prestación (de dar o hacer alguna cosa) o de practicar una abstención (de no hacer alguna cosa), a favor de otra parte, el acreedor, creditor de una prestación. (Baena, 2013, p. 18)

Dicho lo anterior, los deberes del fiduciario mencionados en el capítulo anterior obligan a las sociedades fiduciarias a comportarse de determinada manera por la actividad que estas realizan, imponiéndoles directrices de comportamiento general y en específico con quienes celebran contratos de fiducia mercantil, quienes pueden ser sujetos que pueden conocer poco o nada de los pormenores y detalles de lo que es un contrato de fiducia mercantil. Por tanto, estando obligadas las sociedades fiduciarias a dar estricto cumplimiento a los deberes a ellas asignadas por la actividad que estas realizan y su importancia económica y social.

Conforme con lo anterior, es claro que los deberes que deben cumplir las sociedades fiduciarias como entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia constituyen una verdadera obligación, en virtud de que al momento de celebrar el contrato de fiducia mercantil estos deberes dejan de ser un postulado de comportamiento impuesto por la ley a las sociedades fiduciarias y pasan a ser parte de las obligaciones del contrato de fiducia mercantil celebrado, por lo que, el incumplimiento de alguno de estos deberes que se desarrollaran a continuación estarían incurriendo en un verdadero incumplimiento contractual, pudiendo entonces quien se vea afectado por tal incumplimiento acudir a los mecanismos de reparación integral, vía indemnización de daños y perjuicios de responsabilidad contractual, si el afectado es el constituyente, fideicomitente o beneficiario, y la responsabilidad extracontractual si el afectado es un tercero ajeno al contrato que se vio afectado por el incumplimiento de alguno de los deberes del fiduciario. Sobre este tema se volverá en el capítulo tercero.

## **2.1 Deberes del fiduciario en las diferentes tipologías del contrato de fiducia mercantil**

Dicho lo anterior, se podría pensar o presumir que todos los deberes antes enunciados son aplicados de forma imperativa a todas las tipologías de contrato de fiducia mercantil, pero, según la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, el deber de asesoría únicamente será aplicable de forma imperativa en los contratos de fiducia de inversión y solamente será aplicable

en las demás tipologías cuando se establezca de forma expresa en el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las partes. Los deberes del fiduciario se determinan así:

Deber de debida diligencia (*due diligence*):

Este deber se desarrolla en el empleo de todas las capacidades del fiduciario, con el fin de ofrecerle al consumidor productos con los mejores estándares de calidad y seguridad, tal y como lo exige la Superintendencia Financiera a todas sus entidades vigiladas. Los productos que ofrece el fiduciario o las sociedades fiduciarias son todas aquellas operaciones financieras autorizadas por la Superintendencia Financiera. Es por esto que, dependiendo de la tipología de contrato de fiducia mercantil y el nicho de negocio donde desarrolle su negocio, el fiduciario ofrecerá los productos financieros que se enmarquen en dicha tipología y que estén, como bien se dijo antes, autorizados por la Superintendencia Financiera.

El artículo 1. de la Ley 1328 de 2009 y el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 traen un acercamiento al contenido y a la interpretación de la obligación de emplear la debida diligencia. Veamos:

Indica el primero de los artículos citados que el presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección [...] (art. 1, Ley 1328/09). Por su parte, la Ley 1480 indica que las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley (Art. 2, inc. 2, Ley 1480/11).

Finalmente, al deber de debida diligencia, a partir del contenido del artículo 7 de la ley 1480 de 2011, se le ha dado una interpretación como garantía legal que busca que al consumidor se le entreguen productos de calidad y que sean coherentes y concordantes con el objeto social de la sociedad fiduciaria con la que celebran el contrato de fiducia mercantil, en cualquiera de sus modalidades y/o tipologías, por tanto, el consumidor puede reclamar activamente el cumplimiento de estos preceptos contractuales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil. Sentencia SC 18614-2016), los cuales son el cuidado, dedicación y atención que debe tener el fiduciario o la

sociedad fiduciaria para realizar en debida forma su labor encomendada en favor de fideicomitente y el beneficiario (Corte Constitucional, Sentencia C-1141/00). Es por lo anterior que dentro del desarrollo y cumplimiento del deber de debida diligencia surge y se desarrolla a partir del precepto fundamental de la buena fe (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1697-2019), es decir, toda actuación del fiduciario debe contar con adecuados procedimientos y metodologías para la gestión y el control de los riesgos que puedan afrontar los fiduciarios o sociedades fiduciarias en el desarrollo habitual de sus negocios, con la finalidad de dar un debido cumplimiento a la labor encomendada, velando y protegiendo siempre por los intereses de los fideicomitentes, así:

En síntesis, el legislador colombiano adoptó de forma clara la fórmula de la *due diligence*, a partir de la cual las sociedades fiduciarias están obligadas a verificar el proceso completo de diseño, estructuración, celebración y ejecución de las operaciones y negocios constitutivos de su objeto social, teniendo en cuenta factores tales como el mercado en el que operan, el contexto en el que realizan sus operaciones, su tamaño, el perfil de sus potenciales fideicomitentes y beneficiarios, el perfil de su portafolio de productos fiduciarios y la conveniencia de estos para sus potenciales fideicomitentes y beneficiarios. Adicionalmente, esa diligencia debida debe comprender una evaluación de las consecuencias negativas sobre el derecho del beneficiario o de los beneficiarios designados por el fideicomitente o los fideicomitentes a que los productos y servicios fiduciarios propendan hacia la satisfacción de sus necesidades y a que cuenten con estándares de seguridad y calidad de acuerdo con la oferta, el compromiso y las obligaciones acordadas que la sociedad fiduciaria provoque o contribuya a provocar por medio de sus propias actividades profesionales o que guarden relación directa con estas. Por lo demás, esa diligencia debida debe ser un proceso continuo, toda vez que los riesgos para los derechos de los consumidores financieros (en especial, el derecho a que los productos y servicios fiduciarios propendan a la satisfacción de las necesidades del beneficiario o de los beneficiarios designados por ello los fideicomitentes y el derecho a que los productos y servicios fiduciarios cuenten con estándares de seguridad y calidad) pueden cambiar con el tiempo en función de la evolución de las operaciones y de los negocios fiduciarios constitutivos del objeto social de las sociedades fiduciarias y del contexto en el cual las sociedades fiduciarias los llevan a cabo. (Baena, 2013, p. 258)

Además, dentro de los sistemas de protección al consumidor financiero exigidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, está la obligación de las sociedades fiduciarias de crear mecanismos de protección como el Sistema de atención a los consumidores financieros, así:

Finalmente, por virtud de ese deber de debida diligencia, las sociedades fiduciarias tienen la obligación de implementar un "Sistema de Atención a los Consumidores Financieros", el cual debe propender a que (i) en el interior de cada entidad se consolide una cultura de atención, respeto y servicio a los consumidores financieros; (ii) se adopten sistemas para suministrarles información adecuada; (iii) se fortalezcan los procedimientos para la atención de sus quejas, peticiones y reclamos; y (iv) se propicie la protección de los derechos de los consumidores financieros, así como la su educación financiera. (Baena, 2013, p. 258)

Deber de información:

A partir de la creación del principio constitucional que propende la protección integral de los consumidores, se crea necesariamente este deber de información (Corte Constitucional, Sentencia T-676/16). La finalidad del deber de información es esencialmente la búsqueda de disminución, mitigación y en ciertos casos el cerramiento de la brecha de conocimiento que tiene el fiduciario o sociedad fiduciaria respecto del constituyente y beneficiario, dando aplicabilidad de forma anterior a la formalización del contrato de fiducia mercantil a las tratativas previas en sede precontractual, donde se empieza a informar al posible cliente acerca del contrato de fiducia mercantil a celebrarse, los riesgos y posibles beneficios del mismo.

Esta brecha de información dependerá de la tipología de contrato de fiducia mercantil a celebrar, es decir, versará sobre las particularidad contractuales de cada una y de la labor que pretende encomendar el constituyente al fiduciario, lo que lo obliga a brindar información clara, cierta, suficiente y oportuna que necesite el constituyente para entender las características esenciales del producto o servicio ofrecido por la fiduciaria. Es por esto que la ley 1328 de 2009 consagra el deber de información de la siguiente manera:

**Artículo 3°.** Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

[...]

c) **Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

**Artículo 7°.** Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

[...]

c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.

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

La Superintendencia Financiera de Colombia deberá impartir instrucciones especiales referidas a la información que será suministrada a los consumidores financieros de manera previa a la formalización del contrato, al momento de su celebración y durante la ejecución de este, indicándole a la entidad vigilada los medios y canales que deba utilizar, los cuales deben ser de fácil acceso para los consumidores financieros.

Dicho lo anterior, es claro que el legislador colombiano le otorgó una especial protección al consumidor al dotarlo de herramientas importantes respecto del contrato de fiducia que este quiera celebrar, para que, con argumentos sólidos, pueda tomar una decisión que vaya acorde con sus

intereses, y así pueda saber qué esperar de dicho contrato e igualmente saber cómo puede reclamar y hacer valer sus derechos cuando se vea defraudado en su buena fe precontractual y contractual.

## **2.2 Deber de entregar el producto o prestar el servicio debidamente**

Como mecanismo de cumplimiento de los deberes anteriormente descritos y de los demás deberes del fiduciario (Corte Constitucional, Sentencia C-830/10), se crea el deber de entrega y prestación del servicio en debida forma, en razón de que el fiduciario tiene el deber de ejecutar su labor encomendada, prestar el servicio o entregar un producto tal cual lo ofreció, es decir, con las condiciones, calidades, elementos de seguridad e información brindada por el fiduciario al constituyente de manera previa a la firma del contrato con ocasión al cumplimiento del deber de información y, con posterioridad, con ocasión al cumplimiento del deber de asesoría, cuando este aplique o sea expresamente establecido por las partes en el contrato de fiducia mercantil.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia financiera de Colombia, en el *numeral 2.2 de la Parte I, Título III, Capítulo I (C.E. 029/14)*, fija estos lineamientos de la siguiente manera:

La imagen institucional o las características jurídicas, económicas o financieras de los productos o servicios que se pretenda promover deben ser ciertas y comprobables, guardando total acuerdo con la realidad financiera, jurídica y técnica de la entidad o del servicio promovido, de tal manera que en todo momento la entidad se encuentre en capacidad de cumplir con los ofrecimientos que realiza a través de los medios publicitarios.

## **2.3 Deber de consejo o asesoría**

El deber de asesoría guarda correlación directa con el deber de información antes descrito (Cámara de Comercio de Bogotá, 2000). Este deber se diferencia y no debe confundirse con el deber de información, el cual tiene su desarrollo en la etapa precontractual del contrato de fiducia mercantil y consiste en informar debidamente al constituyente de todas las condiciones, características y alcances del contrato que pretende celebrar con el fiduciario. Por otro lado, el deber de asesoría se desarrolla en sede contractual, es decir, una vez que ya se ha firmado el contrato de fiducia mercantil y se cumple o desarrolla por parte del fiduciario al momento de brindarle al constituyente de forma constante los cambios, mejoras, riesgos y cautelas que se deben tener en cuenta en medio del desarrollo

del contrato de fiducia mercantil. Por ejemplo, el constituyente que realiza una fiducia mercantil de inversión pretende que el experto (fiduciario o sociedad fiduciaria) realice su labor encomendada en debida forma, es decir, le ayude, lo instruya a realizar la inversión que más le convenga una vez le haya explicado los riesgos, beneficios o cambios que puedan suceder en ese momento a partir de la asesoría que le brinda dicho experto, lo que permite que el inversor pueda realizar la toma efectiva de dicha inversión o posición comercial en una bolsa de valores.

Dicho lo anterior, es clara la diferencia entre el deber de información y el deber de asesoría: si bien el deber de información se debe dar en sede de tratativas previas y/o etapa precontractual, el deber de asesoría es un deber permanente y constante, pues la información que se brinde al momento de firmar el contrato de fiducia mercantil, cualquiera que sea, puede cambiar las circunstancias del inicio por unas totalmente diferentes que el constituyente muy probablemente no pueda entender, por lo que tendrá que acudir nuevamente al fiduciario para que este, a partir de sus conocimientos y/o experticia, pueda brindarle asesoría y claridad al constituyente respecto de las nuevas circunstancias que pueden beneficiar o perjudicar al constituyente en el desarrollo de su contrato.

Dicho deber de asesoría ha desarrollado doctrinalmente así:

Muy por el contrario, el deber de consejo forma parte inseparable del quehacer del fiduciario y exige de este una apreciación fundamentada acerca del contenido y del alcance de la gestión que se le pretende encomendar y, en especial, sobre la finalidad a la que habrían de quedar afectados los bienes fideicomitidos.

Con base en tal apreciación, al fideicomitente y al beneficiario, en su caso, les corresponde advertir o disuadir sobre las consecuencias de celebrar el respectivo negocio fiduciario. Así, el fideicomitente podrá evaluar con absoluta libertad los aspectos favorables y los desfavorables de la opinión que le ha suministrado el fiduciario y adoptar la decisión que mejor le convenga. (Baena, 2013, p. 299)

#### **2.4 Deber de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual**

Este deber surge a partir de la necesidad de poner una limitante a la libertad contractual que tienen las partes en el ámbito de la actividad financiera que desarrollan las sociedades fiduciarias y fideicomitentes al momento de celebrar un contrato de fiducia mercantil (Corte Constitucional, Sentencia SU-157/99; Sentencia T-486/03). La autonomía de la voluntad aplicada en la celebración de contratos como el de fiducia mercantil debe tener ciertos límites, en virtud de la modalidad contractual del contrato de adhesión. Este contrato de adhesión permite al contratante más fuerte, en este caso la sociedad fiduciaria o fiduciario, tener un contrato preparado para cada tipología de contrato de fiducia mercantil que el constituyente desee celebrar. Este contrato ya contendrá un clausulado genérico y permitirá algunos pequeños cambios para adecuarlo a las condiciones y/o necesidades específicas solicitadas por el constituyente, pero, en sí, es un contrato pre hecho que usualmente solo necesita la firma de las partes para ser formalizado.

Luego, a esta situación habría que ponerle un limitante y ahí es donde entra a jugar un papel fundamental este deber en específico, ya que la Superintendencia Financiera de Colombia obliga a todas las entidades vigiladas por ella, entre ellas las sociedades fiduciarias, a enviar los formatos de contratos de los productos fiduciarios ofrecidos al público, lo que le permite revisar todos los contratos de todas las fiducias mercantiles y así identificar cláusulas abusivas o posiciones dominantes de las sociedades fiduciarias que pretendan sacar ventaja de sus aptitudes o experticias en la materia respecto del consumidor financiero o constituyente en el caso de celebración de un contrato de fiducia mercantil.

La Corte Constitucional se ha referido a la importancia de estas limitantes por su importancia e interés público así:

La presencia de cláusulas predisuestas por el contratante más fuerte se tornó en necesidad y, frente a una situación de sumisión por parte del adquirente de bienes y servicios, se hizo imperativa la intervención del Estado. [...] La realidad imperante desbordó el marco de la legislación y ocupó la actividad del constituyente. La insuficiencia del ordenamiento civil, para dar cuenta de nuevas situaciones del tráfico económico dejaría de ser un asunto exclusivo del derecho privado para interesar al derecho público. Expresiones de esta nueva

concepción del viejo contrato privado, hallaron eco en varios preceptos de la Constitución Política de 1991, así, por ejemplo, el artículo 333 de la Carta destaca la libertad de la iniciativa privada, pero, le señala como límite el bien común y, a la libre competencia económica, le estatuye responsabilidades. (Corte Constitucional, Sentencia C-313/13, num.)

Además, la Corte Constitucional realiza un especial énfasis en la diferencia entre las facultades del estado de imponer límites a las entidades vigiladas con la finalidad de proteger el interés general y la no intervención del Estado en el manejo interno de las entidades vigiladas, así:

«el Estado, al regular la actividad económica[,] cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común [...] no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. De ahí que se haya dicho que "la autonomía de la voluntad, or tanto, de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones"». (Corte Constitucional, Sentencia C-524/95, num.)

Dicho lo anterior, la Ley 1328 de 2009 regula ciertos aspectos de las entidades financieras como las sociedades fiduciarias y la celebración de los contratos de fiducia mercantil con formatos de contrato prestablecidos por estas entidades que acaban por someter al consumidor o constituyente a tener, casi que de forma obligatoria, a adecuarse a alguno de estos contratos porque en el mercado actual es muy difícil encontrar una sociedad fiduciaria que cree un contratos desde ceros con el constituyente, valorando y discutiendo cada condición y clausulas específicas del mismo. Ante

esto, la ley antes mencionada establece en sus artículos 7 y 11 lo siguiente respecto a cómo se puede identificar y/o constituir cláusulas abusivas en este tipo de contratos así:

Artículo 7°. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

[...]

e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

## **2.5 Deber de fidelidad como manifestación de las exigencias de la buena fe en la contratación fiduciaria**

Este deber surge el principio de buena fe, manifestado dentro del contrato de fiducia mercantil como deber de lealtad contractual del fiduciario,<sup>2</sup> entendido como la exigencia al fiduciario para que actúe en pro de los intereses del constituyente cumpliendo una finalidad protectora en cuanto se presente un eventual conflicto de intereses entre la ejecución del contrato de fiducia mercantil y cualquier otro interés que pueda tener el fiduciario (Superintendencia Financiera Conceptos 2008062493-001/08; Concepto 2007059749/07); es decir, el fiduciario siempre debe propender en sacar adelante los intereses del constituyente. Esto se puede argumentar desde la existencia de obligaciones que tiene el fiduciario bajo su dominio o posibilidad de ejecución efectiva, teniendo que desplegar todas las actividades lícitas y posibles que estén a su alcance para la consecución de la finalidad o cumplimiento de la labor encomendada que a fin de cuentas es el eje central del contrato de fiducia mercantil.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia financiera (C.E 029 de 2014) en el subnumeral 2.2.1.2.4 y 2.2.5 del capítulo I, título II, parte II, señala lo siguiente respecto de este deber:

La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o [la] utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés.

Asimismo, la Circular Básica Jurídica en el subnumeral 2.2.5 del capítulo I, título II, parte II, desarrolla el concepto del deber de lealtad como manifestación del principio de buena fe en los contratos de fiducia mercantil, así:

En desarrollo del deber de lealtad antes expuesto, en todos los negocios fiduciarios corresponde a las sociedades fiduciarias evitar y evaluar, frente a cada caso particular, la posible incursión en situaciones de conflictos de interés en los términos del numeral 9, art. 146 del EOSF [Estatuto Orgánico del Sistema Financiero]. [...] Así las cosas, en los contratos respectivos debe dejarse constancia expresa de la realización de tal evaluación junto con los mecanismos previstos para conjurar la eventual configuración de situaciones que den origen a conflictos de interés y su solución. Dicha circunstancia es obligatoria

---

<sup>2</sup> Subnumeral 2.2.1.2.4 del Capítulo 1, Título 2, Parte 2 de la Circular Básica Jurídica (C.E 029/14)

cuando quiera que la sociedad fiduciaria tenga como fideicomitente, beneficiario o acreedor garantizado a entidades vinculadas. Para los efectos de este Capítulo, se entienden como vinculados las personas o entidades definidas en el literal d. del art. 2.6.12.1.15 del Decreto 2555 de 2010, para efectos del régimen de inversiones de los fondos de pensiones y cesantías.

### ***2.5.1 Comparativo entre deber de asesoría e información del fiduciario o sociedad fiduciaria***

Estos deberes son definidos por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014) de la siguiente manera:

2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

<Inciso adicionado por de la Circular 24 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.

2.2.1.2.2. **Deber de asesoría.** Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los

intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

La asesoría a que se refiere el presente numeral tiene el alcance previsto en el mismo y en ningún caso puede ser interpretada conforme a las normas relativas al deber de asesoría establecido en el art. 7.3.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010 o a la actividad de asesoría tal y como ha sido dispuesta en el citado Decreto.

De la simple lectura inicial de las definiciones brindadas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014), se pueden evidenciar diferencias sustanciales entre ambos deberes por parte del fiduciario en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil.

Respecto del deber de información, es dable manifestar que busca que el fiduciario en los momentos previos a la celebración del contrato de fiducia informe al constituyente de todas las implicaciones técnicas y jurídicas que pueda llegar a tener la celebración del contrato de fiducia mercantil, así como señalar e informar en debida forma cuáles son los mecanismos efectivos que se utilizarán para el efectivo desarrollo de la actividad o labor encomendada al fiduciario y la explicación e información de los beneficios, riesgos y posibles perjuicios que se pueden causar a partir del desarrollo de dicha actividad o labor encomendada al fiduciario. Dicho esto, la finalidad específica del deber de información en todos los contratos de fiducia mercantil, obedece, esencialmente, al principio de buena fe, y busca que el constituyente obtenga por parte del fiduciario todos los elementos de conocimiento necesarios para celebrar el contrato de fiducia mercantil completamente informado y que se ajuste a sus necesidades y confiarle parte de patrimonio a dicho experto, para que este ejecute dicha labor encomendada de la mejor manera posible.

Diferente es entonces el deber de asesoría. Primero, en el Artículo 2.2.1.2.2 la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014) enuncia tres limitantes para su interpretación, así: Es diferente al deber de información y solamente será de obligatorio cumplimiento en el contrato de fiducia mercantil de inversión, pero, en lo que respecta a las demás tipologías de contrato de fiducia mercantil, es claro en señalar que este deber será obligatorio siempre y cuando se pacte de forma expresa en el contrato de fiducia a celebrarse. Segundo, en el desarrollo del concepto es claro que este deber de asesoría se ejecuta en el desarrollo del contrato

de fiducia mercantil, es decir, después de que el constituyente decidió, basado en la información explicada por el fiduciario, contratar con este e iniciar la ejecución del contrato de fiducia mercantil ajustado a sus necesidades. Tercero, es claro que lo que busca el referido deber de asesoría es hacer parte integral del desarrollo del contrato de fiducia mercantil al constituyente, dotándolo con las asesorías de sendos elementos de juicio tendientes a que esté acompañado del fiduciario para que pueda tomar las mejores decisiones respecto del desarrollo de la labor encomendada al fiduciario.

Dicho lo anterior, surge el interrogante de por qué este deber de asesoría no hace parte de forma obligatoria de las demás tipologías de contratos de fiducia mercantil, ya sea como elemento esencial del mismo o de su naturaleza, en virtud de la definición de contrato de fiducia mercantil que es, el desarrollo de una gestión o labor por parte de fiduciario como sujeto experto en favor del constituyente o beneficiario, siendo entonces aplicable dicho deber de asesoría en todas las tipologías de contrato de fiducia mercantil, en tanto es de la esencia del quehacer fiduciario que, como sujeto experto desarrolle una gestión o labor en favor del constituyente, sujeto que acude al fiduciario por no ser experto, y que, de no pactar dicho deber dentro del contrato, debe esperar a que el fiduciario simplemente ejecute la labor encomendada de la mejor manera. Diferente sería entonces si el deber de asesoría fuese de obligatorio cumplimiento, teniendo entonces el fiduciario que asesorar y dar consejo constante al constituyente o beneficiario para que este a partir del conocimiento que le dotaría el fiduciario respecto del contrato tuviera elementos de juicio para tomar decisiones, en conjunto con el fiduciario, sobre cómo ejecutar su contrato de fiducia y la labor encomendada.

### ***2.5.2 Evolución histórica del deber de asesoría***

El deber de asesoría ha tenido una evolución histórica proveniente del mercado de valores, el cual ha sido definido en diferentes oportunidades como el “conjunto de agentes, instituciones, instrumentos y formas de negociación que interactúan facilitando la transferencia de capitales para la inversión a través de la negociación de valores”. Las actividades desarrolladas en el mercado de valores han sido catalogadas como actividades calificadas y estas tienen como finalidad beneficiar la economía nacional y esencialmente los intereses económicos de los inversionistas que ingresan al mercado de valores con miras a encontrar un beneficio económico, es por esto que el mercado de valores y el desarrollo de sus actividades es el aprovechamiento económico de la inversión de recursos captados al público, recursos que se aportan en forma de valores, ya sea acciones, bonos,

papeles comerciales, certificados de depósito de mercancías, títulos o derechos resultantes de un proceso de titularización, títulos representativos de capital de riesgo, certificados de depósito a término, aceptaciones bancarias, cédulas hipotecarias, títulos de deuda pública.

La relación que ejecuta las actividades antes descritas las desarrollan las partes denominadas “emisor” e “inversor”, quienes son partes esenciales del desarrollo de las actividades financieras realizadas en el mercado de valores; ahora, dentro de la relación sustancial antes descrita entre emisor e inversor, suelen aparecer en medio del trámite y ejecución de dicha actividad otros sujetos que se denominan “intermediarios”. Con la finalidad de dar claridad respecto de cada uno de los sujetos o conceptos antes señalados, en el presente capítulo se definirán los conceptos de valor, emisor e inversor, así:

El concepto de “valor” está definido en el artículo 2 de la Ley 964 de 2005 de la siguiente manera:

Es todo derecho negociable de contenido crediticio o de participación que «haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público». Incluye, entre otros conceptos, las acciones, los bonos, los papeles comerciales, los certificados de depósito de mercancías, los certificados de depósito a término, las aceptaciones bancarias, las cédulas hipotecarias y cualquier título de deuda pública.

Asimismo, jurisprudencialmente el concepto de emisor e inversor se han desarrollado y estructurado en la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera:

Los emisores son personas jurídicas autorizadas para realizar oferta pública de valores con el fin de obtener recursos para su financiamiento. Pueden ser, las sociedades por acciones, los gobiernos extranjeros y entidades públicas extranjeras, los organismos multilaterales de crédito, las entidades extranjeras y sucursales de entidades extranjeras, etc. Los intermediarios por su parte, generalmente, son «entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia con acceso directo a un sistema de negociación de valores o a un sistema de registro de operaciones sobre valores para la realización o registro de cualquier operación de intermediación de valores»; entre ellos, las comisionistas de bolsa. (Corte constitucional, Sentencia SC397-2021. Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, p. 14)

El inversionista es el participante más importante para el mercado de valores, por cuanto es quien estimula continuamente la economía del sector gracias a la inyección de capital.

Es la persona natural o jurídica que entrega sus recursos al emisor a cambio de un valor. Tendrá la calidad de inversionista profesional todo «cliente que cuente con la experiencia y conocimientos necesarios para comprender, evaluar y gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a cualquier decisión de inversión». Para tal efecto debe acreditar los requisitos señalados en el artículo 1.5.2.2 de la Resolución 400 de 1995. Y serán clientes inversionistas, quienes no reúnan esas características y que por su condición no profesional o inexperiencia son sujetos de especial protección. (Corte constitucional, Sentencia SC397-2021. Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, p. 14)

Teniendo claros los conceptos de mercado de valores, valor, emisor e inversor, se pasa ahora a explicar cómo se debe dar una correcta interrelación de todos estos para una debida ejecución de una inversión o una operación financiera con la finalidad de mantener un equilibrio del sistema financiero y, asimismo, cumplir con el objetivo económico que tiene este de generar ingresos a los inversores y, por consiguiente, a la Nación.

El equilibrio financiero se soporta primeramente en la protección efectiva del inversor (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], s.f.), pues este es quien va a poner en funcionamiento todo el sistema financiero al realizar diversas operaciones dentro del mismo (Corte Constitucional, Sentencia SC397-2021. Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01), pero, como lo manifesté anteriormente, hay diversos tipos de inversores, tales como el inversor profesional, quien debe cumplir diversos requisitos exigidos por la ley para serlo y así poder realizar las operaciones financieras sin la ayuda o apoyo de un “intermediario” teniendo que cumplir a cabalidad con las exigencias del artículo 1.5.2.2 de la Resolución 400 de 1995. Diferente es aquel inversor que tiene el capital, pero no tiene los conocimientos técnicos para navegar y realizar operaciones financieras acompañado de un técnico o inversor profesional o “intermediario”. Esta protección a este inversor radica en que el sistema debe prestar seguridad, confianza y transparencia a este para que este pueda seguir realizando sus operaciones financieras y mantener el equilibrio en el mercado financiero.

Esta relación entre el inversionista y el inversor profesional fue regulada por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia de la siguiente manera:

## **2.6 Deber de asesoría especial**

En desarrollo de lo previsto en el parágrafo del artículo 3.1.4.1.4 del Decreto 2555 de 2010, el deber de asesoría especial al cliente inversionista debe prestarse por parte de las sociedades administradoras, el distribuidor especializado del FIC (Fondo de Inversión Colectiva) y el prestador de los contratos de uso de red en los casos en que este deber haya sido delegado, durante las etapas de promoción, vinculación, vigencia y redención de las participaciones en el respectivo FIC (Fondo de Inversión Colectiva), así como en cualquier momento que el cliente inversionista de manera expresa lo solicite, y cuando sobrevenga una circunstancia que afecte de manera sustancial la inversión, cuando el distribuidor promueva FIC (Fondos de Inversión Colectiva) que realicen operaciones de naturaleza apalancada descritas en el artículo 3.1.1.5.1 del Decreto 2555 de 2010 y, adicionalmente, con arreglo como mínimo a los siguientes criterios relativos a la naturaleza y el riesgo de los activos en los cuales invierten los Fondos de Inversión Colectiva:

- 2.1. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva que inviertan en títulos valores, documentos de contenido crediticio y cualquier otro documento representativo de obligaciones dinerarias, no inscritos en el RNVE (Registro Nacional de Valores y Emisores);
- 2.2. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva que inviertan en acciones u otros títulos de participación en el capital de sociedades u otras personas jurídicas de cualquier naturaleza, no inscritos en el RNVE ni listados en una bolsa de valores autorizada por la SFC (Superintendencia Financiera de Colombia) o en un sistema de cotización de valores del extranjero, de acuerdo con lo previsto en el Título 6 del Libro 15 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010;
- 2.3. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva cuya política de inversión prevea invertir en títulos de deuda inscritos en el RNVE que cuenten con una calificación inferior a AA+ por sociedades calificadoras de riesgos autorizadas por la SFC y/o títulos de deuda externa que no cuenten con una calificación grado de inversión por una sociedad calificadora de riesgos reconocida internacionalmente a juicio de la SFC;

2.4. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva cuya política de inversión prevea una exposición al riesgo cambiario del portafolio superior al 5% del valor del FIC;

2.5. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva que invierten en *commodities*;

2.6. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva que realicen operaciones en instrumentos financieros derivados de inversión y/o especulación;

2.7. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva bursátiles; 2.8. Cuando el distribuidor promueva Fondos de Inversión Colectiva inmobiliarios.

En aras de dar cumplimiento al deber de asesoría especial, en todo caso tanto las sociedades administradoras como los demás distribuidores de Fondos de Inversión Colectiva deben establecer un procedimiento de clasificación y perfilamiento de los inversionistas al momento de vinculación, el cual debe como mínimo debe contemplar el tipo y perfil de riesgo del inversionista, así como el tipo o tipos de fondos de inversión colectiva ofrecidos, de acuerdo con dicho perfil.

Para efectos de una adecuada información a los inversionistas, el reglamento del FIC debe establecer los mecanismos a través de los cuales se facilitará el acceso oportuno y adecuado a la asesoría en cada una de las etapas, incluyendo aquella información que podrá ser suministrada a través del gestor externo o del distribuidor especializado, según el caso, sin que dicha información exonere a la entidad o impida que el inversionista pueda requerir la asesoría en cualquier momento.

El deber de asesoría especial debe ser cumplido en todos los casos por medio de un profesional debidamente certificado por un organismo de autorregulación, en el área de fondos de inversión colectiva, e inscrito en el RNPMV (Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores), con independencia del medio empleado para la distribución de los FIC.

Posterior a lo enunciado anteriormente, el deber de asesoría fue regulado por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014) de la siguiente manera:

2.2.1.2.2. **Deber de asesoría.** Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

La asesoría a que se refiere el presente numeral tiene el alcance previsto en el mismo y en ningún caso puede ser interpretada conforme a las normas relativas al deber de asesoría establecido en el art. 7.3.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010 o a la actividad de asesoría tal y como ha sido dispuesta en el citado Decreto.

El deber de asesoría, a partir de lo establecido en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, se determina así: Primero, inicia enunciando dos limitantes determinantes para su interpretación; es diferente al deber de información y que, salvo el contrato de fiducia de inversión, será de obligatorio cumplimiento siempre y cuando se pacte de forma expresa en el contrato de fiducia a celebrarse. Segundo, en el desarrollo del concepto, es claro que este deber de asesoría se ejecuta en el desarrollo del contrato de fiducia mercantil, es decir, después de que el constituyente decidió basado en la información explicada por el fiduciario contratar con este e iniciar la ejecución del contrato de fiducia mercantil ajustado a sus necesidades. Tercero, es claro que lo que busca del referido deber de asesoría es hacer parte íntegra del desarrollo del contrato de fiducia mercantil al constituyente, dotándolo con las asesorías de elementos de juicio tendientes a que esté acompañado del fiduciario y pueda tomar las mejores decisiones respecto del desarrollo de la labor encomendada al fiduciario.

Dicho lo anterior, surge el interrogante de por qué este deber de asesoría no hace parte de forma obligatoria de las demás tipologías de contratos de fiducia mercantil, ya sea como elemento esencial del mismo o de su naturaleza, en virtud de la definición de contrato de fiducia mercantil, que es el desarrollo de una gestión o labor por parte de fiduciario como sujeto experto en favor del constituyente o beneficiario, siendo entonces aplicable dicho deber de asesoría en todas las

tipologías de contrato de fiducia mercantil, en tanto su esencia es que el fiduciario como sujeto experto, desarrolle una gestión o labor en favor del constituyente, que acude al fiduciario por no ser experto, quien, de no pactar dicho deber dentro del contrato, debe esperar a que el fiduciario simplemente ejecute la labor encomendada de la mejor manera; esta situación sería diferente si el deber de asesoría fuese de obligatorio cumplimiento, pues este deber le otorgaría un rol activo en el contrato al constituyente o beneficiario para que estos, a partir del conocimiento que les brindaría el fiduciario respecto del contrato de fiducia mercantil, tuvieran elementos de juicio para tomar decisiones en conjunto con el fiduciario de como ejecutar su contrato de fiducia y la labor encomendada.

### ***2.6.1 Aplicación del deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil de inversión***

La aplicabilidad del deber de asesoría en la presente tipología de contrato de fiducia mercantil tiene como finalidad ayudar a que el inversor pueda tomar decisiones informadas en el momento que desee realizar determinada transacción o inversión en los diferentes modelos de inversión existentes (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014). Como se dijo anteriormente, este deber es de obligatorio cumplimiento en el presente contrato por la razón específica del constante cambio que tienen los mercados de capitales y bursátiles; cambios que representan un grave riesgo para cualquier inversionista que no tenga conocimientos técnicos sobre la materia y desee realizar inversiones con la finalidad de obtener ganancias y posiblemente multiplicar su capital.

El deber de asesoría le permite cierta tranquilidad al inversor o fideicomitente, toda vez que este último tiene la certeza de que su corredor o inversionista experto contratado conoce muchos de los pormenores, riesgos y ventajas que se pueden presentar en el día a día en el mundo de las inversiones, pudiendo hacer las preguntas que considere necesarias y organizando un plan de inversión, disminuyendo sus riesgos a la hora de invertir.

Ahora, puede darse también en este tipo de contrato de fiducia de inversión que el inversionista no tenga un papel tan activo como el antes mencionado. Puede ocurrir que el inversionista o constituyente pretenda netamente entregar un portafolio o títulos a la sociedad fiduciaria para que esta los administre e invierta según las instrucciones brindadas por el constituyente. En ese escenario podríamos hablar de la ejecución de cualquier contrato de fiducia mercantil, la diferencia radicaría, en este caso, en que cuando el inversionista que entregó su portafolio a la sociedad

fiduciaria se dé cuenta de un elemento que pueda cambiar el mercado y pueda darle ciertos beneficios o perjudicar su inversión, pueda exigir el cumplimiento activo del deber de asesoría del fiduciario, llamando a la entidad fiduciaria para que le explique cómo puede este escenario afectar o beneficiar su inversión, para que así pueda tomar un rol mucho más activo en la ejecución de contrato de fiducia de inversión cuando el constituyente así lo desee. Dicho lo anterior, es claro porqué el deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil, en el presente caso en la fiducia mercantil de inversión, reviste ventajas en favor del constituyente, toda vez que este, una vez recibidas todas las condiciones del negocio jurídico de forma pre contractual en cumplimiento del deber de información, puede solicitar que se le aclare y/o explique, cuantas veces considere necesario, la realización o toma de determinada decisión respecto de su patrimonio invertido en el contrato de fiducia de inversión y que este pueda tomar una decisión informada en tiempo real, pudiendo determinar qué es mejor para sus intereses.

En consecuencia, son claras las virtudes que representa el deber de asesoría en favor del constituyente, en el contrato de fiducia de inversión y en cualquier tipología de contrato de fiducia de mercantil, pues este deber de asesoría debería ser de obligatorio cumplimiento en todas las tipologías de contrato de fiducia mercantil, pues limitarse a la información brindada en cumplimiento del deber de información en sede de tratativas previas y etapa precontractual podría verse limitada en su ejecución, pues las condiciones que existan al momento de celebrar al contrato de fiducia mercantil y en su ejecución pueden variar enormemente y hacer parte del quehacer fiduciario y así buscar el mayor beneficio para el constituyente y, en virtud de esto, debería ser de obligatorio cumplimiento el deber de asesoría en cualquier tipología de fiducia mercantil.

### **CAPITULO 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL FIDUCIARIO Y EN CONCRETO EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ASESORÍA EN LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL**

La responsabilidad civil del fiduciario, de forma genérica, podría definirse como “la obligación de reparar, resarcir o indemnizar el daño causado injustamente al beneficiario o al fideicomitente, según el caso” (Baena, 2013, p. 350). Dicha responsabilidad del fiduciario surge a partir del artículo 1243 del Código de Comercio, derivándose entonces esta responsabilidad del

incumplimiento de los deberes a los que se encuentran obligadas las sociedades fiduciarias. Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el fiduciario no deba responder contractualmente por el incumplimiento de cualquier otra cláusula que se disponga en el contrato de fiducia mercantil celebrado y discutido por las partes, sino que el incumplimiento de alguno de los deberes jurídicos impuestos a las sociedades fiduciarias por la Circular Básica Jurídica y el Estatuto Orgánico Financiero comporta en sí mismo un verdadero incumplimiento contractual por parte de la fiduciaria, lo que permite al fideicomitente reclamar la indemnización de perjuicios.

### **3.1 Prestación fiduciaria como actividad cualificada**

La prestación o el quehacer fiduciario ha venido desarrollándose jurisprudencialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia, quien afirma que el fiduciario o las sociedades fiduciarias son verdaderos profesionales en la prestación de servicios financieros bajo el control y vigilancia del Estado, su actividad interesa al orden público económico, pues a partir de sus conocimientos, experiencia e idoneidad las sociedades fiduciarias infunden confianza en los potenciales fideicomitentes y beneficiarios, quienes acuden a los servicios ofrecidos por estas entidades en virtud de sus capacidades técnicas y prácticas, como también por la reputación y el prestigio consolidado a lo largo del tiempo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00310/09).

Dicho lo anterior, y según se ha desarrollado en el presente trabajo, los deberes del fiduciario deben ser entendidos como una verdadera obligación, deviniendo tal sentido de los artículos 1234 y 1243 del Código de Comercio y, a partir de la naturaleza legal que comportan estos deberes, se infiere asimismo la imposición de modelo de conducta explicada en el párrafo anterior del deudor fiduciario en el desarrollo de sus actividades como profesional.

Ahora bien, la responsabilidad civil del fiduciario, al igual que el contrato de fiducia mercantil, debe tratarse desde la misma perspectiva, es decir, aquella en la que se vele por la efectiva salvaguarda de los intereses de los fideicomitentes y beneficiarios,<sup>3</sup> de ahí que, las sociedades fiduciarias en sus deberes y obligaciones deben ceñirse a un cumplimiento elevado y riguroso de diligencia y cuidado, partiendo del debido cumplimiento de las obligaciones y deberes del

---

<sup>3</sup> Artículos 7, inciso 2 de la ley 1480; artículos 3, letra a, 5 y 7 letra b de la ley 1328 de 2009

fiduciario, tal cual se explicaron antes de celebrar el contrato de fiducia mercantil, o ejecutando en debida forma con el despliegue de todas las capacidades técnicas de la sociedad fiduciaria para alcanzar el cumplimiento del contrato y la previsibilidad, la cual parte del reflejo abstracto profesional del cual se debe comenzar a analizar el cumplimiento de las sociedades fiduciarias.<sup>4</sup>

### **3.2 Responsabilidad civil del fiduciario**

Como se ha venido desarrollando a través del presente trabajo de investigación, es claro que el eje central de responsabilidad civil del fiduciario o sociedad fiduciarias gira en torno al presupuesto de que estas ostentan una posición de dominio profesional dentro del contrato de fiducia mercantil, ya sea por especializarse en una competencia especial, la adquisición de habilidades técnicas logradas por su recorrido en el medio y, por último, el desarrollo de un dominio en la materia que las coloca por encima de las demás sociedades fiduciarias (Baena, 2013), es por esto que se espera del fiduciario que al momento de ejecutar la labor encomendada por el constituyente sea una prestación técnica, correcta y que se ajuste a las necesidades específicas del contrato de fiducia mercantil y, más importante aún, a la labor encomendada. Por consiguiente, el fiduciario no solo debe conocer todos los preceptos aplicables al contrato de fiducia mercantil a celebrarse -deberes del fiduciario y demás disposiciones legales aplicables a los contratos de fiducia mercantil-, sino también todos los mecanismos aplicables al negocio jurídico que está ejecutando. Es por esto que en el momento en el que la sociedad fiduciaria no maneje de forma profesional o no ejecute en debida forma el contrato de fiducia mercantil, por deficiencias o fallas internas por alguno de sus dependientes será aplicable el régimen de responsabilidad civil consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, el cual determina que las sociedades fiduciarias deben responder como un ente colectivo, siendo responsables por los daños y perjuicios producidos por las actuaciones de sus dependientes y por las fallas internas que esto represente en el indebido desarrollo de su actividad. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido así:

[...] deben responder por los perjuicios resultantes de los actos cometidos por los subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico que cree esta subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas por la persona jurídica, o

---

<sup>4</sup> Artículos 1603 del Código Civil.

con motivo de las mismas. Porque allí no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos [...]. (Baena, 2013, p. 415)

En hilo con lo enunciado anteriormente, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en dos oportunidades con ponencias del magistrado Ariel Salazar Ramírez respecto de los elementos de responsabilidad civil aplicables a la responsabilidad del fiduciario, así:

En primer momento la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Civil en la Sentencia SC13630-2015:

[...] Los entes morales responden directamente por los actos culposos donde sus agentes que causan un daño resarcible a terceros en razón y con ocasión de sus funciones o prevalidos de la posición que ocupan en la organización. De ahí que resulte absolutamente innecesario tratar de demostrar que la persona jurídica demandada tenía o no el deber de vigilancia y control sobre el sacerdote, pues tratándose, como se trata, de un tipo de responsabilidad directa, no se requieren absoluto la prueba de tal situación fáctica [...] Hay que destacar, sin embargo, que los entes morales no responden civilmente por cualquier tipo de daño cometido por sus agentes, sino, exclusivamente, de los que estos realizan en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalidos de tal condición; es decir, cuando causan una lesión a terceros dentro del ejercicio normal de las tareas que deben cumplir dentro de la organización, o cuando abusan o incumplen la labor que están llamados a desempeñar. [...] En ese orden, para endilgar responsabilidad civil a la persona jurídica el demandante debe probar la existencia del daño; que este fue cometido por un agente de aquella en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalido de su condición dentro de la organización; y la culpa o el dolo del infractor. En tanto que el ente moral solo se exime de responsabilidad si demuestra que el hecho lesivo no existió; que no fue cometido por uno de sus agentes, sino que se debió a fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima; que no se produjo ningún daño; o que no fue realizado en razón o con ocasión de la función [...].

En segundo momento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en la Sentencia SC-12925-2016 indicó:

[...] La responsabilidad directa de las personas jurídicas no se deduce únicamente de la valoración de la conducta de los individuos de la especie humana que las conforman (aunque tales conductas suelen tenerse en cuenta); ni mucho menos se puede inferir a partir

de una disminución de las exigencias probatorias en sede procesal, pues tales respuestas no resuelven el problema en su real dimensión y, de hecho, ni siquiera alcanzan a plantearlo de manera satisfactoria [...].

### **3.3 Responsabilidad contractual del fiduciario**

Esta categoría o eje de responsabilidad civil enmarcada en sede contractual, ha sido igualmente definida a partir de diversos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales como aquella en la que, en el desarrollo o ejecución de un contrato, el deudor ha realizado una ejecución tardía, imperfecta o simplemente la no ejecución de la obligación a su cargo, ubicando la responsabilidad civil en el ámbito contractual o Inter partes, donde el incumplimiento de una o varias de las obligaciones en los modos de incumplimiento antes descritos le permite a la parte que sufrió el daño y perjuicio la posibilidad de reclamar la efectiva indemnización de perjuicios a la parte incumplida (Corte Constitucional, Sentencia C-1008/10).

Así las cosas, y según hasta lo ahora expuesto en el presente trabajo de investigación, es claro que las sociedades fiduciarias serán responsables cuando por incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales y/o de un deber que esta deba cumplir ocasionen daños a terceros o a sus acreedores contractuales (Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., 2001). Por consiguiente, la responsabilidad contractual finca su sentido jurídico en las relaciones contractuales, el incumplimiento del fiduciario de una de las obligaciones pactadas, el incumplimiento de uno de sus deberes como sociedad fiduciaria, ya sea de forma defectuosa, tardía o en la omisión total de cumplir, pero siendo necesario de que este incumplimiento le sea imputado o atribuido al fiduciario, según lo dispuesto en los artículos 1608 y 16015 del Código Civil (Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., 2001).

### **3.4 Daño jurídicamente relevantes como elemento esencial de la responsabilidad civil**

El análisis de acerca del daño como eje de la responsabilidad civil ha sido desarrollado en términos generales como una modificación del mundo fenomenológico que tiene como consecuencia el desmejoramiento o la pérdida de condiciones en las que un sujeto se hallaba y que fue afectada por la acción de otro sujeto o por un hecho de la naturaleza; es así que desde el punto de vista

jurídico, el daño es la afectación de un interés jurídico tutelado, el cual ha sido vulnerado o afectado por la acción u omisión humana, en virtud de un acto jurídico, caso fortuito o fuerza mayor, y los hechos jurídicos, a quien se le impone o se le adjudica la reacción de estos conceptos, a título de sujeto civilmente responsable, la reparación de tal afectación o agravio al interés jurídico tutelado (Corte Suprema Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC10297-2014).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SC2044-2017 del 24 de mayo de 2017, estipulo lo siguiente respecto del daño:

Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito *“más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”* (CSJ, SC del 1° de noviembre de 2013, Rad. n.° 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n°2000-00196-01).

Para que sea *“susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”* (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.° 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SC2107-2018 del 12 de junio de 2018, al referirse sobre el surgimiento de perjuicios, señaló que :

El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del *“[...]perjuicio que el daño ocasionó [...]”*.

Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, *“[...]cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] [...] no basta afirmarlo, puesto*

que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario[...].”

En otras palabras, al margen de dejar establecida la autoría y existencia de un hecho injusto, el menoscabo que sufre una persona con ocasión del mismo, sólo podrá ser resarcible siempre y cuando demuestre su certidumbre, “*porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo*”. También debe ser directo, esto es, que el quebranto irrogado se haya originado “*con ocasión exclusiva del suceso arbitrario*”.

La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.

### **3.5 Imputación jurídica del daño**

Este concepto debe ser entendido como el análisis posterior a la materialización del daño, mediante la justificación o fundamento que permita determinar el deber de responder de quien causó el daño y si este en ultimas deberá responder o no por los daños y perjuicios.

A su turno, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado el concepto de imputación jurídica, mediante Sentencia C-1008 de 2010, donde señaló lo siguiente:

La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista. Esta orientación se encuentra plasmada fundamentalmente, en lo que atañe a la primera especie, en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y en lo que concierne a la segunda, en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización.

La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida .

De otra parte, la determinación de la extensión del resarcimiento tomando en consideración el elemento subjetivo, no es extraña al derecho internacional de la contratación. En este sentido cabe mencionar que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adopta como parámetro para establecer la magnitud de la indemnización del perjuicio la previsibilidad del daño. En el artículo 74 prevé que éste:

No podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. (Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010, num)

### **3.6 Nexos de causalidad**

Con la finalidad de dilucidar la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, es necesario precisar y entender la necesidad de conexión entre el hecho generador y el daño indemnizable. En resumen, lo que se busca es que haya correlatividad jurídica entre el hecho generador del daño y la producción del perjuicio para que sean imputables a quien se le reclama. Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 2000 – 67300 del 15 de enero de 2008, ha definido el concepto de nexos de causalidad así:

El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no solo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, este responde de los primeros cuando son consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Por lo demás[,] es el sentido del artículo 2341 lb. el que da la pauta, junto al (sic) anterior precepto para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un 'delito o culpa' es decir, de acto doloso o culposo hace responsable a su autor, en la medida en 'que ha inferido' daño a otro (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 2000-67300).

Ahora, en Colombia se utiliza dentro del ámbito del concepto de nexo de causalidad la teoría de la causalidad fáctica, teoría que ha sido adoptada y utilizada por la Corte Suprema de Justicia a partir de la Sentencia SC-13925 del 30 de septiembre de 2016, la cual enuncia lo siguiente:

Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Las relaciones causales parten de regularidades detectadas en la ocurrencia de los fenómenos, con base en las cuales la ciencia construye generalizaciones inductivas a partir de la observación, el análisis estadístico y el cálculo de probabilidades. Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo).

De igual modo, es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una ‘causalidad’ desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-13925-2016).

Finalmente, podría decirse que los riesgos que repercuten o conducen a la reparación integral, mediante la indemnización de daños y perjuicios por el surgimiento de la responsabilidad civil, son, en principio, riesgos permitidos, es decir, en esta área del derecho no se habla directamente de conductas prohibidas, lo que permite entender que las personas pueden tomar cuantos riesgos

consideren necesarios para el despliegue de sus acciones, siempre y cuando estos riesgos que asumen no acaben por producir daños con relevancia jurídica, los cuales deberán ser indemnizados por el sujeto que causó dicho daño (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-002-2018). Es por lo anterior que los juicios de desvalor de las conductas en sede responsabilidad civil no radican en la prohibición o antijuridicidad de la conducta, sino más bien en los daños jurídicamente relevantes que surjan a partir de esta.

### **3.7 Delimitación o ubicación de la responsabilidad contractual del fiduciario**

A partir de lo preceptuado por el numeral 3 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual dispone que “Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”, se podría pensar que las sociedades fiduciarias no tienen obligaciones de resultado estipuladas en sus contratos y que la ejecución de las obligaciones contractuales y legales de las sociedades fiduciarias giran en torno a un despliegue de todas sus capacidades técnicas con la finalidad de ejecutar de mejor manera la o las labores encomendadas por los fideicomitentes, sin llegar a asegurar o garantizar el resultado positivo de las mismas.

Incluso, según lo establecido en el artículo 63 del Código Civil y el artículo 1243 del Código de Comercio, las sociedades fiduciarias responderán hasta por culpa leve, teniendo entonces que el fideicomitente que se considere afectado por las actuaciones que considere negligentes y que vayan en contravía de la ejecución de la labor encomendada, deberá probarlo de forma efectiva para poder reclamar la indemnización integral de perjuicios que se le hayan causado.

Ahora bien, doctrinantes como Rengifo (2007) en su libro denominado *La fiducia mercantil y publica en Colombia* y Sergio Rodríguez Azuero en su libro *La responsabilidad del fiduciario* no comparten la posición o precepto de que las obligaciones de las sociedades fiduciarias son todas de medio y no de resultado, ya que esto desconocería la realidad amplia y polifacética del desarrollo del contrato de fiducia mercantil, pues esta realidad amplia y general que comporta el desarrollo del contrato de fiducia mercantil no es óbice para que se excluyan obligaciones de resultado a las cuales, vía contrato, se obligue la sociedad fiduciaria en calidad de fiduciario. Del mismo modo, Rodríguez (1997) manifiesta que dentro del contrato de fiducia mercantil se pueden establecer diversas obligaciones de resultado, como por ejemplo, “el pago del semestre de un hijo”

(p. 40), quedando entonces el interrogante para la fiduciaria, en caso de incumplimiento, ¿cómo fue posible incumplir una tarea tan específica como el pago de un semestre? Dicho lo anterior, la distinción entre obligaciones de medio y de resultados de las sociedades fiduciarias entra a ser relevante y trascendente en el momento de valoración de un incumplimiento total del fiduciario, tardío y/o defectuoso de sus obligaciones.

### **3.8 Elementos trascendentes para la determinación de la responsabilidad contractual del fiduciario**

#### **3.8.1 *La culpa***

El análisis del concepto de culpa parte del análisis de los elementos tradicionales que la constituyen, la negligencia y la impericia; ambos conceptos tienen inmersos, dentro de sí, los elementos de ignorancia, negligencia inexcusable y la inobservancia de reglamentos (Trigo, 1978). Es por lo anterior que las obligaciones, al propender por imponer los medios necesarios y las habilidades que se requirieran al fiduciario para que realiza una ejecución efectiva del contrato de fiducia y de igual forma el cumplimiento de la labor encomendada en el mismo y las reglas para el cumplimiento de dicho fin, serán las establecidas en el contrato de fiducia mercantil celebrado. Esta culpa del fiduciario parte del incumplimiento de una o varias de las obligaciones contraídas por este y aquel incumplimiento que sea generador de perjuicios provendrá de aquella obligación totalmente incumplida, parcialmente cumplida o cumplida de forma parcial o defectuosa (Barona, 1997), en otras palabras, el incumplimiento se materializara cuando no se desarrolla o ejecuta de manera efectiva la labor encomendada al fiduciario. Respecto de la culpa del fiduciario en sede de responsabilidad civil contractual, el Laudo Arbitral del 26 de agosto de 1997, el cual dirimió el litigio entre Leasing Mundial y Fidufes S.A, se refirió sobre el concepto de culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales así:

Lo usual es que el incumplimiento de la obligación y culpa del deudor sean fenómenos distintos y bien diferenciales.

Pero en la hipótesis de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda

establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues la ejecución defectuosa lleva en sí misma la culpa. [...] Esto es así dado el contenido mismo de las obligaciones de medio, cuya inobservancia lleva de suyo un error de conducta del deudor, es decir, la valoración negativa de su actitud o la formulación de un reproche a su comportamiento. [...] En efecto, estas obligaciones de medio se definen como aquellas en que el deber del deudor es observar una conducta tal que mediante ella emplee todos los medios razonables a su alcance –esto es, los conocimientos, la experiencia, los recursos materiales, la diligencia– para obtener el resultado esperado por el acreedor, pero sin garantizar su logro. En este sentido, incumplir es no emplear dichos medios, es decir, prestar los servicios sin tener los conocimientos o la experiencia suficientes; o no utilizar los recursos científicos y técnicos disponibles; o no obrar con la diligencia ordinaria, todo lo cual refleja de entrada la existencia de culpa; vale decir, de un error de conducta que conduce a la valoración negativa del comportamiento del profesional. [...] En síntesis, el incumplimiento de estas obligaciones es no emplear los medios requeridos y disponibles; o no prestar servicios diligentes y cuidadosos, y todo ello equivale a actuar con culpa, de donde se infiere que el incumplimiento lleva implícita la culpa, de manera que la prueba de aquel es al mismo tiempo prueba de esta. (Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 22)

### **3.8.2 Buena fe objetiva**

La buena fe en el contrato de fiducia mercantil va más allá de ser un deber meramente dicho donde, una vez formalizado el contrato de fiducia mercantil, se convierte en una verdadera obligación y de esto no solamente se puede presumir el cumplimiento irrestricto del deber meramente dicho, sino que, se espera del fiduciario en la ejecución del contrato de fiducia mercantil el despliegue un compartimiento recto y ajustado al contrato y más importante aún ajustado a sus aptitudes profesionales en la materia que tiene la sociedad fiduciaria (Arrubla, 2013).

La buena fe, entonces, entra a cumplir dentro del contrato de fiducia mercantil un eje transversal en la determinación de los alcances de las obligaciones e intereses que entran dentro del contrato celebrado y la responsabilidad que posteriormente se puede derivar el incumplimiento de lo pactado. En suma, el deber de buena fe obliga a las partes del contrato desde el momento de las tratativas previas o en sede precontractual, en la celebración efectiva del contrato y en su posterior

ejecución, y es por esto, que dentro del contrato de fiducia mercantil, la buena fe lleva al fiduciario a un punto de imposibilidad de eximirse de esta con una mediana diligencia o la del buen hombre de familia, sino la de un buen hombre de negocios (Arrubla, 2013)., el cual es atento y diligente ante todas las posibles vicisitudes que se puedan genera en el desarrollo de su actividad; exigencia que concuerda plenamente con el ejercicio profesional, la naturaleza de los negocios fiduciarios y la actividad económica que desarrollan las sociedad fiduciarias. Algunos ejemplos que pueden evidenciar el incumplimiento del principio de buena fe en el contrato de fiducia mercantil:

- **Aprovechamiento del descuido o ignorancia del fideicomitente y/o beneficiario:** La motivación que lleva al fideicomitente a celebrar un contrato de fiducia mercantil y poner la ejecución del referido contrato en manos del fiduciario, es una motivación muchas veces ligada al desconocimiento de ejecución de determinada actividad y, por tanto, la necesidad del fideicomitente de acudir a un experto (sociedad fiduciaria), es por esto que podría decirse que esta necesidad, motivada por el desconocimiento, pone al fideicomitente en un estado de indefensión respecto de la sociedad fiduciaria, pues la ejecución misma del contrato, y las obligaciones del mismo, siempre va a depender del buen diligenciamiento o ejecución hecha por el profesional que es el fiduciario, es por esto que la buena fe propende porque las partes ejecuten el contrato en debida forma y respetando los deberes y obligaciones por las partes, pero en el contrato de fiducia mercantil, además de lo anterior, propende por evitar el aprovechamiento del fuerte (fiduciario) respecto del débil (fideicomitente o beneficiario), pues la excusa de torpeza por parte del fiduciario no puede ser un eximente de responsabilidad respecto del cumplimiento efectivo de sus obligaciones contractuales, pues, por sus capacidades técnicas, debería poder sortear dificultades de forma más eficaz y sencilla (Mosset, s.f.).
- **Abuso de la posición dominante por parte del fiduciario:** La posición privilegiada que tienen las sociedades fiduciarias respecto de la actividad económica que estas realizan, y siendo entidades que realizan actividades financieras, les permite incidir directamente en las condiciones para la celebración del contrato y su posterior ejecución, pues al ser una actividad económica compleja permite crear contratos de adhesión, donde estas entidades pueden incurrir en prácticas que se aprovechan de desequilibrios económicos o los inducen. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia C-125 del 19 de octubre de 1994, manifestó lo siguiente:

Tratándose de la autonomía de la voluntad privada y del conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que, en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización. [...] Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. (num.)

### **3.9 Remedios contractuales del acreedor cumplido en la teoría de la responsabilidad civil**

Los remedios contractuales son aquellas facultades y acciones que el ordenamiento jurídico le otorga al acreedor con la finalidad de que este pueda proteger su patrimonio en caso de incumplimiento del deudor, a saber:

La acción de cumplimiento o ejecución forzosa es aquella de que dispone el acreedor insatisfecho, una vez acontecido el incumplimiento, para que se declare la existencia y exigibilidad de una obligación y se condene al deudor a su pago. En términos simples, "la acción de cumplimiento es aquella destinada a obtener directamente que el deudor sea condenado al cumplimiento de la obligación". A esta acción se le denomina acción de cumplimiento específico, cuya función es obtener la prestación de lo debido. Para ejercerla se requiere, (I) que la obligación sea exigible (que se haya cumplido un plazo, condición o se trate de una obligación pura y simple) y que el deudor no haya cumplido dicha obligación, (II) que la ejecución de la obligación sea posible de cumplir o realizar en el momento en que se exige, (III) que no se genere un esfuerzo o gasto

irrazonable (este último no está adoptado por el derecho colombiano, pero se interpreta como un límite a la figura porque se podría incurrir en un abuso del derecho, pues para el deudor sería incurrir en un gasto más que va más allá de lo que en dinero valdría el cumplimiento de dicha obligación) (Cárdenas y Reveco, 2021).

Otro de los remedios contractuales que tiene el acreedor es la acción indemnizatoria, la cual se define así:

La acción indemnizatoria o de pago por equivalente con la cual también se persigue la indemnización de perjuicios, la cual se define como la exigibilidad de la obligación valorada en su equivalente en dinero y que este dinero represente lo que el acreedor hubiese obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación contractual. Por otra parte, la indemnización constituye una manera de reparar los perjuicios que se ocasiona al creador por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato y se traduce en una prestación que el deudor queda obligado a satisfacer a su favor. Los requisitos para ejercer este remedio son, (I) que el deudor escoja esta alternativa o este remedio, (II) que exista responsabilidad contractual (incumplimiento imputable, daño, nexo de causalidad y mora) (Cárdenas y Reveco, 2021). Sobre este remedio es preciso aclarar que existen diversas posturas respecto de si con este remedio se está frente a la responsabilidad contractual en sentido amplio o si se trata de un remedio contractual específico del acreedor para afrontar el incumplimiento, discusión que no se aborda en la presente investigación, toda vez que desborda el tema de estudio.

El siguiente remedio contractual del acreedor es la excepción de contrato no cumplido, el cual consiste en un remedio provisional y defensivo para el acreedor, esta se define como el amparo o herramienta que tiene el acreedor que ve insatisfecho el cumplimiento de las obligaciones de su deudor, permitiéndole abstenerse de cumplir temporalmente sus obligaciones correlativas, hasta tanto, el contrato vuelva a su curso normal con el cumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales o decida el acreedor en conjunto con este remedio optar por elegir otro de los remedios contractuales para proteger su patrimonio y/o derechos contractuales. Esta excepción se encuentra en los artículos 1546 y 1609 del Código Civil Colombiano, y sus requisitos son: (I) que se esté ante un contrato bilateral, (II) que haya un incumplimiento material, es decir, solamente debe de existir el incumplimiento (el análisis de incumplimiento cobra relevancia cuando se vaya a aplicar un remedio definitivo como el pago por equivalente o la resolución), (III) debe haber

proporcionalidad en la obligaciones incumplidas, (IV) que el acreedor demuestre que cumplió o se allanó a cumplir (Cárdenas y Reveco, 2021).

Por último, se encuentra el remedio de resolución de contrato, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, remedio que le otorga la facultad al contratante que cumplió o se allanó a cumplir de extinguir el vínculo jurídico, así como la posibilidad de exigir la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento causó. Los requisitos de esta son: (I) existencia de contrato bilateral válido, (II) incumplimiento total o parcial de una o varias obligaciones del contrato, (III) se requiere mora (incumplimiento material constatado), (IV) el incumplimiento debe ser grave, es decir, un incumplimiento que genere un desequilibrio contractual grave, (V) haber cumplido las obligaciones o haberse allanado a cumplirlas (Cárdenas y Reveco, 2021). No obstante lo anterior, ha habido diferentes posturas de la Corte Suprema de Justicia respecto de este remedio contractual y si ante el incumplimiento simultaneo se pueda acceder a este sin la indemnización de perjuicios, así:

En la Sentencia en SC1662-2019, la Corte Suprema de justicia indicó lo siguiente:

«en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes». (num. )

Postura reafirmada en la Sentencia SC4801 de 2020 en los siguientes términos:

«la resolución puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios». En tal virtud, en el ámbito de la resolución del contrato, el hecho del incumplimiento mutuo autoriza el ejercicio de la acción resolutoria. (num. )

Se deja de presente que al no ser objeto de la presente investigación, no se ahondará en el tema y no se tomará partido frente a la postura actual de la Corte, toda vez que desborda el tema de estudio. Se deja al arbitrio del lector la elección de la postura de la Corte Suprema de Justicia que considere conveniente.

### 3.10 Responsabilidad civil del fiduciario derivada del incumplimiento del deber de asesoría

Ahora bien, el cumplimiento del deber de asesoría al establecerse de forma expresa en el contrato de fiducia mercantil hace obligatorio su cumplimiento respecto de la sociedad fiduciaria y, como se ha expuesto ampliamente en la presente investigación, una vez firmado el contrato de fiducia mercantil, dicho deber de asesoría se convierte en una verdadera obligación que, de no ser cumplida, generaría un incumplimiento contractual del fiduciario y por tanto la responsabilidad del fiduciario sería contractual, lo que permitiría que el constituyente pueda reclamar la indemnización de perjuicios producto del incumplimiento contractual que le produjo una afectación patrimonial de la siguiente manera:

1. El daño debe ser reparable y/o indemnizable, es preciso determinar el tipo de daño causado por el hecho generador del -incumplimiento del deber de asesoría-, el cual puede devenir en un daño material o inmaterial, como por ejemplo el deterioro del inmueble encomendado a la fiduciaria o la pérdida de un intangible como un *software*, ahora, para el caso en concreto se trataría de un daño inmaterial producto de la falta de cumplimiento efectivo del deber de asesoría al constituyente y que como consecuencia de este se generen perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales al constituyente. Para que estos daños sean reparables o indemnizables deben reunir todos los elementos de la responsabilidad civil contractual, como el incumplimiento imputable, nexo de causalidad, daño y mora.

Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en donde se celebra un contrato de fiducia inmobiliaria para la realización de un proyecto inmobiliario con la estipulación expresa de cumplimiento del deber de asesoría por parte del fiduciario, y supóngase que en el contrato se estableció que se debían realizar 12 asesorías, una cada mes, en las cuales se valorará el estado del proyecto, su viabilidad y el estado de los recursos aportados por las partes. Ahora bien, durante la ejecución del contrato de fiducia inmobiliaria, el proyecto presenta diversas falencias económicas y condicionales para su ejecución, las cuales debieron haberse comunicado al constituyente mediante las asesorías pactadas y que no fueron cumplidas por el fiduciario, a pesar de que el constituyente en diversas oportunidades le solicitó citas a la sociedad fiduciaria para realizar las asesorías pactadas y enterarse del estado del proyecto; finalmente el contrato de fiducia fracasa y el constituyente pierde los recursos. Dicho lo anterior, es clara la representación del hecho generador del daño, que es el incumplimiento material entendido como ausencia de concordancia entre lo debido y lo obtenido

por parte de la sociedad fiduciaria para realizar o cumplir las asesorías pactadas en el contrato de fiducia mercantil, pudiendo ocasionar daños materiales y/o inmateriales que afecten directamente los bienes o recursos involucrados en el contrato de fiducia, como por ejemplo el deterioro o destrucción de un inmueble puesto a disposición de la sociedad fiduciaria para desarrollar un proyecto inmobiliario, como también la pérdida funcionamiento total o defectuoso de un software entregado para su administración y posterior entrega de rendimientos a la sociedad fiduciaria. Finalmente, el nexo de causalidad entre el daño y los perjuicios, tales como el daño emergente, lucro cesante y la pérdida de oportunidad indemnizables y perjuicios extrapatrimoniales (daño moral y la vida de relación).

2. Como consecuencia del hecho generador -incumplimiento del deber de asesoría- pueden acaecer daños materiales e inmateriales, como se dijo en el párrafo anterior con el deterioro o destrucción de un inmueble puesto a disposición de la sociedad fiduciaria para el desarrollo de un proyecto inmobiliario e inmaterial con la pérdida de funcionamiento efectivo por el incumplimiento total o parcial con ocasión al incumplimiento de realización las asesorías por parte de la sociedad fiduciaria, establecidas con ocasión del pacto expreso del deber de asesoría en el contrato de fiducia mercantil, y que además, y a raíz de estos daños, se generen perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, tales como el lucro cesante, daño emergente y pérdida de una oportunidad, el daño moral y el daño de la vida en relación del constituyente o beneficiario del contrato de fiducia mercantil. Por lo anterior, es por lo que ante el incumplimiento generador de daños y perjuicios, el acreedor está facultado a ejercer y/o utilizar de los mecanismos y acciones que tiene para proteger su patrimonio, denominados genéricamente como remedios contractuales, los cuales podrá utilizar a su elección, tal y como se indicó en el apartado anterior.
3. Que exista nexo de causalidad entre el hecho generador -incumplimiento del deber de asesoría- y el daño imputable a la sociedad fiduciaria, y segundo, que exista nexo de causalidad entre el daño y los perjuicios que haya sufrido el constituyente o beneficiario, es decir, que el incumplimiento reiterado y negligente por parte de la sociedad fiduciaria sea la causa para determinar que por esto se produjo el daño resarcible, grave e indemnizable por parte de la sociedad del deudor y que como consecuencia de esto se produjo un detrimento patrimonial al constituyente o beneficiario, el cual deberá ser

reparado a título de indemnización o reparación de los perjuicios patrimoniales denominados daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad, y finalmente los perjuicios extrapatrimoniales que se puedan llegar a causar a la víctima como el daño moral y vida de relación.

Finalmente, es preciso anotar que existe la posibilidad de que además del constituyente o beneficiario como partes del contrato de fiducia mercantil afectados por el incumplimiento grave e imputable a la sociedad fiduciaria, pueden existir terceros afectados por dicho incumplimiento, los cuales, a diferencia del constituyente o beneficiario, quienes deben ejercer la acción de responsabilidad civil contractual, pueden acudir a la responsabilidad civil extracontractual con la finalidad de reclamar los daños y perjuicios sufridos por parte de la sociedad fiduciaria con ocasión al incumplimiento del contrato de fiducia mercantil, por ejemplo, aquellos que realizaron contratos con el constituyente o beneficiario a partir de los resultados o beneficios que comportaría el cumplimiento efectivo del contrato de fiducia mercantil celebrado en primer momento entre el constituyente y/o beneficiario con la sociedad fiduciaria.

## CONCLUSIONES

### **4.1 Necesidad de aplicación del deber de asesoría en las demás tipologías de contratos de fiducia mercantil**

Una vez analizado y definido el contrato de fiducia mercantil, varias de sus tipologías y sus deberes, es claro que el deber de asesoría de forma específica y su comparación con el deber de información evidencia que estos dos deberes del fiduciario suelen confundirse, pero, debe quedar claro que estos deberes se diferencian, primero, por el momento en el que se ejecutan (el deber de información es en sede precontractual y el deber de asesoría en sede contractual) y, segundo, porque el deber de asesoría solo es de obligatorio cumplimiento en el contrato de fiducia de inversión, es decir, no es obligatorio en las demás tipologías de contrato de fiducia mercantil y para que lo sea debe pactarse expresamente en el contrato, mientras que el deber de información, como se explicó en la presente investigación, hace parte de los deberes que por ley debe cumplir el fiduciario, deberes que, al momento de celebrar el contrato de fiducia mercantil, se convierte en una verdadera obligación.

Actualmente, el desarrollo del quehacer fiduciario ha presentado diversos problemas al momento de analizar el cumplimiento de los deberes contractuales y de las obligaciones específicas de cada contrato, presentando diversos problemas de mala praxis fiduciaria. Lo anterior se ha venido presentado por el aumento de complejidad y especialidad de las labores encomendadas, lo que exige una mayor preparación y conocimiento de las sociedades fiduciarias. Otra de las razones ha sido la pérdida de confianza del cliente, constituyente o fideicomitente por utilización desmedida de la figura de contrato de fiducia mercantil, es decir, este ya se pretende utilizar para todo, lo que disminuye la credibilidad de los profesionales que sí prestan un buen servicio. Por último, la misma hiper oferta de servicios fiduciarios ha generado una extrema regulación por el legislador colombiano y ha impuesto diversas cargas a las entidades fiduciarias por la actividad económica que realizan, poniéndoles limitante y vigilancia especial por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Ahora, como se ha dicho anteriormente, el deber de asesoría será vinculante y/o obligatorio siempre y cuando se pacte de forma expresa por las partes en el contrato de fiducia mercantil a

celebrarse, salvo en el contrato de fiducia de inversión, sobre el cual es de obligatorio cumplimiento. Dicho esto, es clara la necesidad actual de una aplicación obligatoria de este deber de asesoría por varias razones:

1. La primera radica en que ante más complejidades se encuentren en el desarrollo o ejecución del contrato de fiducia mercantil, estos deberían ser explicados de forma completa y sencilla al fideicomitente para que este pueda entender en debida forma y en cualquier momento para poder tomar decisiones acertadas a partir de la asesoría brindada por el profesional fiduciario.
2. Segunda, ante la amplia gama de ofertas comerciales existentes dentro del negocio fiduciario en Colombia, ofrecer la estipulación expresa en el contrato de fiducia mercantil del deber de asesoría desde el momento en el que se dan las tratativas previas del contrato podría ser un elemento determinante y trascendental para el ofrecimiento del producto de fiducia mercantil, marcando un punto diferencial en el mercado que generaría grandes virtudes y ventajas respecto del constituyente y asimismo posibilitar la recuperación de confianza del constituyente o cliente en el mercado fiduciario.
3. Tercero, que mejor oferta comercial que aquella realizada por una entidad fiduciaria advirtiendo y ayudando al fideicomitente o constituyente a tomar las mejores decisiones respecto del patrimonio entregado a la fiducia mercantil o de la labor que se pretende encomendar al fiduciario, según el contrato de fiducia mercantil a celebrarse, basado en el estudio de las nuevas regulaciones que afectan el contrato de fiducia mercantil, la labor encomendada por el fiduciario y la toma de decisiones informadas al momento que permitan un mayor beneficio o reducción de riesgos para el constituyente y fiduciario.

Véase por ejemplo una sociedad fiduciaria que realiza un contrato de fiducia inmobiliaria con la finalidad de administrar un patrimonio que puede constar de bienes inmuebles, como un lote, y de bienes muebles fungibles, como el dinero. Si la entidad fiduciaria en su contrato de fiducia mercantil estipulara expresamente el cumplimiento del deber de asesoría, cualquier constituyente o beneficiario podría llamar a preguntar cómo va el proyecto, cuál es el estado del mismo, cómo van las finanzas del proyecto, entre otras cuestiones; teniendo como obligación la fiduciaria de explicar y lograr que el constituyente o beneficiario entienda el estado actual del proyecto, cuáles son sus opciones y cuáles decisiones pueden tomar respecto de la información que tienen en el presente. En otras palabras, podrían evitarse tantos conflictos que se presentan hoy día con

proyectos inmobiliarios representados y administrados por diferentes entidades fiduciarias, pues estas, al momento de ofrecer el negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario, lo presentan como un proyecto plenamente viable y tangible en el tiempo, generando una expectativa en el constituyente y asimismo en el beneficiario, pues muchas personas tienen la ilusión de comprar una vivienda en un país como Colombia. En definitiva, si se aplicara desde el momento en que se formaliza el contrato de fiducia el deber de asesoría estaríamos ante escenarios totalmente distintos, pues el constituyente y beneficiario tendría la posibilidad de conocer más detalles acerca de sus inversiones inmobiliarias, la administración de las mismas y la ejecución de estas en el momento en el que estos lo deseen y no solamente supeditándose a la primera información recibida por parte del constructor y fiduciaria, que muy seguramente será información totalmente alentadora y de expectativas respecto de un proyecto que ni siquiera ha iniciado, solamente con la finalidad de que el constituyente contrate, pero que al momento de ejecutarse, como en cualquier otra circunstancia de la vida, las condiciones iniciales del contrato pueden variar y hay entidades fiduciarias que, como no tienen el deber de asesoría establecido en sus contratos, esperan hasta el último día o cuando el daño ya está hecho para decirles a los constituyentes y beneficiarios que el “proyecto ya no es viable”.

#### **4.2 Remedios contractuales del acreedor aplicados en los contratos de fiducia mercantil donde se pacto expresamente el deber de asesoría**

Como se expuso a lo largo de la presente investigación, el deber de asesoría pactado de forma expresa en los diversos contratos de fiducia mercantil convierte dicho deber en una verdadera obligación, lo que obliga a las sociedades fiduciarias a darle estricto cumplimiento. Es por esto que el acreedor, que en este caso sería el constituyente o beneficiario del contrato de fiducia, tiene a su alcance todos los remedios contractuales para su efectiva utilización, tales como la excepción de contrato no cumplido, el cual le permite cesar el cumplimiento de sus propias obligaciones a la espera del cumplimiento efectivo de las asesorías por parte de la sociedad fiduciaria, o si en efecto, verifica que esta frente a un incumplimiento frentero y negligente de las obligaciones de las sociedades fiduciaria, y para evitar la lapidaria frase que suelen dar al final las sociedades fiduciarias cuando ya no hay nada que hacer: “el proyecto ya no es viable”, el acreedor puede, y a su elección, optar por el cumplimiento, pago por equivalente y/o la resolución del contrato y la indemnización de los perjuicios causados.

### **4.3 Responsabilidad civil del fiduciario frente al incumplimiento del deber de asesoría**

Puesto que el fideicomitente puede exigir el cumplimiento del deber de asesoría a la sociedad fiduciaria con la finalidad de que se le explique de forma oportuna el estado en el que se encuentra la ejecución de su labor encomendada al fiduciario, pudiendo, de forma *ex ante*, tomar decisiones respecto de un proyecto que tenga amplias posibilidades de fracasar y no esperar hasta el final, cuando no haya nada que hacer ni recursos que reclamar.

En conclusión, el deber de asesoría aumenta el deber de diligencia de la sociedad fiduciaria respecto del constituyente, en el sentido de que ya no solamente se debe limitar a brindar la información en sede de tratativas previas a la celebración del contrato, sino que debe realizarlo de forma periódica una vez firmado el contrato y establecido el deber de asesoría en favor del constituyente, creando así la posibilidad de que el constituyente siempre tenga información de primera mano sobre cómo se está ejecutando la labor que encomendó a la sociedad fiduciaria y en el caso de no cumplirse de forma total, o cumplirse de forma parcial o defectuosa, podría estarle generando daños materiales y/o inmateriales al constituyente, como por ejemplo el deterioro de un lote de terreno para el desarrollo de un proyecto inmobiliario o la pérdida de funcionamiento de una aplicación móvil, entendidos estos como daños reparables o indemnizables, y que, como consecuencia de esto, se generen perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, los cuales serán objeto de una reclamación de perjuicios, siempre y cuando se pruebe el nexo de causalidad entre el hecho generador -incumplimiento de asesorías o del deber de asesoría-, el daño material como la destrucción o deterioro del inmueble puesto a disposición de la sociedad fiduciaria y el daño inmaterial como la pérdida del intangible (aplicación móvil) o su funcionamiento defectuoso y, finalmente, la correlación entre el hecho generador, daño y los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales causados, tales como daño emergente, lucro cesante, pérdida de oportunidad, daño moral y afectación a la vida de relación.

### **4.4 Crecimiento del negocio fiduciario y la evidente necesidad del mercado fiduciario de brindar más información a los constituyentes mediante la aplicación del deber de asesoría**

A partir del auge del negocio fiduciario y la celebración de contratos de fiducia mercantil, es evidente que los encargos realizados a las sociedades fiduciarias cada vez son más complejos y, a

partir del incumplimiento reiterado de diversos negocios fiduciarios, en la actualidad se está perdiendo confianza en el sector pues, como se dijo anteriormente, gran parte de las sociedades fiduciarias se limitan a dar cumplimiento al deber de información en el momento en el que se están desarrollando las tratativas previas del contrato, pero una vez cumplido esto, el fideicomitente no tiene más opción que someterse y resignarse a la información brindada al momento de contratar. Diferente sería si las fiduciarias implementaran dentro de sus contratos de fiducia mercantil el deber de asesoría, convirtiéndose esto no solamente en un sello adicional de confianza y calidad de la entidad que lo realice, sino también en un privilegio para el fideicomitente, quien tendría la posibilidad de estar constantemente informado del desarrollo y ejecución de su encargo.

En conclusión, la actualidad del contrato de fiducia mercantil y las sociedades fiduciarias están atravesando un momento de desconfianza tal en el sector que se avizora la necesidad de utilización de mecanismos, tales como el deber de asesoría, que generen más confianza en un fideicomitente que cada vez tiene más desconfianza en la calidad en los servicios profesionales prestados por las sociedades fiduciarias. Dicho mecanismo, como se ha descrito en la presente investigación, ya se encuentra establecido en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C. E. 029 de 2014 ) en la Parte II, Título II y Capítulo I, concretamente en el artículo 2.2.1.2.2, donde se encuentra establecido el deber de asesoría que podría dar solución efectiva a los problemas por los que atraviesa hoy el sector fiduciario, lo que generaría nuevamente confianza en las personas interesadas en celebrar este tipo de contratos y permitiría el crecimiento económico para las partes del contrato de forma transparente, informados y sobre todo con decisiones tomadas a partir de una asesoría constante.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acción Fiducaria. (s.f.). *Fiducia inmobiliaria*. <https://www.accion.com.co/negocios-fiduciarios/fiducia-inmobiliaria/>
- Arrubla, J. (2013). *Los Negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Universidad de Salamanca.
- Baena, L.G. (2013). *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciaria*. Universidad Externado de Colombia.
- Banco Interamericano de Desarrollo [BID]. (s.f.). *Guía de mercado de Valores*. s/e.
- Barona, J. (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista chilena de derecho*, 24(1), 151-177. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650027>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2000). *Laudo arbitral del 31 de marzo de 2000. Inurbe vs Fidugan*. Fiduciaria Ganadera S.A.
- Cárdenas, H., & Reveco, R. (2021). *Remedios contractuales*. Editorial Temis S. A.
- Castaño, A. (2005). *Teoría dinámica del derecho*. Librería Jurídica Comlibros Ltda.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1328/09. Diario Oficial No. 47.411, 15 de julio de 2009.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 964/05, Diario Oficial No. 45.963, 08 de julio de 2005.
- Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). Legis.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-1008/10, M.P Luis Ernesto Vargas Silva, 9 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-1141/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de agosto de 2000.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-313/13, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 23 de mayo de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-524/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 16 de noviembre de 1995.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-830/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de octubre de 2010.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-902/08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 17 de septiembre de 2008.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SC397-2021. Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-157/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 10 de marzo de 1999.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-486/03, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 12 de junio de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-676/16, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 1 de diciembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00310, 1 de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 18614-2016, Rad. 5001-31-03-001-2008-00312-10. M.P. Ariel Salazar Ramírez, 19 de diciembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1697-2019, Rad. 0500131030092009-0044701, M.P. Margarita Cabello Blanco, 14 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil y agraria. Sentencia del 30 de julio de 2008. M.P. William Namen Vargas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia C-125/94, 19 de octubre de 1994.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil y agraria. Sentencia, M.P. William Namen Vargas, 01 de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-67300, M.P. Edgardo Villamil Portilla, 15 de enero de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 2001-0154, M.P. William Namen Vargas, 24 de agosto de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-002-2018, M.P Ariel Salazar Ramírez, 12 de enero de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-12925-2016, M.P Ariel Salazar Ramírez, 30 de septiembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC13630-2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, 7 de octubre de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107-2018, M.P Luis Armando Tolosa Villabona, 12 de junio de 2018.

Corte Suprema Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014, M.P Ariel Salazar Ramírez, 5 de agosto de 2014.

Fiduagraria. (s.f.). *Fiducia* *Inmobiliaria*.

[https://www.fiduagraria.gov.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=134&Itemid=600#:~:text=Es%20el%20negocio%20fiduciario%20que,instrucciones%20se%203%20B1aladas%20en%20el%20contrato.](https://www.fiduagraria.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=134&Itemid=600#:~:text=Es%20el%20negocio%20fiduciario%20que,instrucciones%20se%203%20B1aladas%20en%20el%20contrato.)

Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A. (2001). *Laudo Arbitral del 28 de noviembre de 2001. Vesna Zorka Mimiça vs Fiduagraria S.A.*  
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/dbb05e21-a79f-42bc-81b9-f247dd4df5a7/content>

Garza, R. I. (2013). *Las obligaciones y la responsabilidad civil del fiduciario como medidas de protección del patrimonio del fideicomiso*. V Congreso Internacional de La Asociación Andrés Bello de Juristas Franco Latinoamericanos Sobre Fideicomiso-Lima, 2011.  
<https://pure.udem.edu.mx/es/publications/las-obligaciones-y-la-responsabilidad-civil-del-fiduciario-como-m>

Gaviria, E. (1981). *Derecho Comercial*. Bedout.

Mosset, J. (s.f.). *Responsabilidad por daños t.VIII, responsabilidad de los profesionales*. Runbinzal-Culzoni Editores.

- Pinzón, D. R. (2022). La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información ya la responsabilidad de las sociedades fiduciarias. Precedente. *Revista Jurídica*, 20, 123–154. <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/5160>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 410/71 [Código de Comercio de Colombia], Diario Oficial No. 33.339, 27 de junio de 1971.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 663 de 1993 [Estatuto Orgánico del Sistema financiero], Diario Oficial No. 40.820, 2 de abril de 1993.
- Rengifo, E (2007). *La fiducia mercantil y publica en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, S. (1997). *La responsabilidad del fiduciario*. Ediciones Rosaristas.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). *Circular Básica Jurídica de (C. E. 029 de 2014)*. <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10083443/normativanormativa-generalcircular-basica-juridica-ce-10083443/>
- Superintendencia Financiera. Concepto 2007059749, 28 de diciembre de 2007.
- Superintendencia Financiera. Conceptos 2008062493-001, 4 de noviembre de 2008.
- Trigo, F. (1978). *Seguros y responsabilidad civil*. Astrea.
- Universidad Externado de Colombia. (1997). *Laudo Arbitral del 26 de Agosto de 1997, que resolvió las controversias entre Leasing Mundial S.A y Fudifes S.A.* <https://observatoriofinancieroybursatil.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/7/2021/02/Laudo-Arbitral-Leasing-Mundial-S.A.-v.-Fiduciaria-FES-S.A.-Agosto-26-de-1997-.pdf>
- Verbel. E.F. (2018). *Obligaciones y deberes*. Leyer.