



Vniversitas
ISSN: 0041-9060
ISSN: 2011-1711
revistascientificasjaveriana@gmail.com
Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

Responsabilidad del fiduciario en los contratos de comercialización de participaciones fiduciarias

Arce Caicedo, Eduardo

Responsabilidad del fiduciario en los contratos de comercialización de participaciones fiduciarias

Vniversitas, vol. 69, 2020

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82563265012>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.rfcc>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

Responsabilidad del fiduciario en los contratos de comercialización de participaciones fiduciarias

The Liability of Fiduciary in Contracts of Commercialization of Fiduciary Participations

Eduardo Arce Caicedo earce@javeriana.edu.co

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

 <http://orcid.org/0000-0001-5577-0668>

Vniversitas, vol. 69, 2020

Pontificia Universidad Javeriana,
Colombia

Recepción: 13 Noviembre 2019
Aprobación: 27 Febrero 2020
Publicación: 15 Agosto 2020

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.rfcc>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82563265012>

Resumen: Las circulares 024 de 2016 y 07 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia modifican el régimen de responsabilidad del fiduciario en los negocios de comercialización de participaciones fiduciarias. La imposición de deberes de comportamiento específicos, la referencia a términos de la industria de fondos de inversión y el reconocimiento de un modelo de negocio con un diseño y un propósito diferente al original cambian el criterio de apreciación de la culpa y el alcance de responsabilidad. El presente artículo de reflexión pretende identificar los cambios que producen esas circulares en entendimientos tradicionales sobre la responsabilidad civil del fiduciario.

Palabras clave: responsabilidad del fiduciario, participaciones fiduciarias, deberes fiduciarios, contrato de fiducia, fondos de inversión colectiva.

Abstract: Circulars 024 of 2016 and 07 of 2017 of the Financial Superintendence of Colombia modify the fiduciary's liability regime in the businesses of commercialization of participations in trust. The imposition of specific behavioral duties, the reference to terms of the investment fund industry, and the recognition of a business model with a design and purpose different from the original one change the assessing criteria and the scope of responsibility. This reflection article seeks to identify the modification that these circulars produce in traditional understandings on the civil liability of the fiduciary.

Keywords: fiduciary liability, participations in trust, fiduciary duties, trust, investment funds.

Introducción

Es una realidad innegable que el derecho va de la mano de los negocios. La regulación —y más en materia financiera— reconoce fenómenos que ya son empleados por los inversionistas, fruto de la innovación, el ánimo de lucro y, por qué no, de la ausencia de regulación. En ese mismo orden de ideas, la regulación que llega cuando ya el fenómeno jurídico ha sido decantado o ha ocasionado perjuicios económicos a amplios sectores de la población, pretende generar las condiciones de seguridad y predictibilidad que se supone ella produce.

Un ejemplo de lo afirmado anteriormente es la Circular Externa 024 ¹ de 2016 modificada por la Circular 07 de 2017 que estableció reglas y hasta le dio nombre a un tipo contractual, que hasta esa fecha

era un esquema empleado para el desarrollo de proyectos hoteleros e inmobiliarios.

Entre las situaciones que la originaron podemos identificar las dificultades de varios de esos proyectos², la publicidad que insinuaba la adquisición de un bien inmueble y garantizaba rendimientos³, las dudas sobre la naturaleza jurídica de los “derechos fiduciarios”⁴ y sobre el papel del fiduciario⁵. En su texto se lee que su propósito es establecer un régimen que ofrezca mayor información respecto de los negocios fiduciarios. En otras palabras, y considerando el contexto que le dio origen y hasta las mismas reglas que la componen, pretende generar claridad al inversionista sobre el alcance del negocio y el activo que realmente adquiere. Lo hace al imponer conductas estrictas relacionadas con el deber de información y describiendo con detalle las etapas del proyecto y el rol del fiduciario.

Ahora bien, el texto mismo de la Circular Externa 024 de 2016 permite preguntar si el regulador estableció un factor de atribución⁶ de responsabilidad del fiduciario diferente al de la culpa leve⁷ previsto en el artículo 1243 del Código de Comercio. La duda surge porque la Circular establece deberes de comportamiento que solo admiten la verificación de su cumplimiento o incumplimiento, excluyendo así cualquier valoración con base en un parámetro abstracto de conducta.

Conforme a esa pregunta, el objetivo de este artículo no es juzgar la conveniencia o inconveniencia de un modelo negocial o de su reciente regulación. El objetivo es establecer y probar que al modificarse el rol del fiduciario también cambia la forma y el procedimiento racional para asignarle responsabilidad. En términos más simples, se pretende argumentar y concluir que la regulación prescinde de la culpa en abstracto para asignar responsabilidad al fiduciario, en los casos que impone deberes precisos al fiduciario. Es decir, que no es necesario efectuar juicio alguno sobre la conducta omitida con base en un parámetro abstracto ideal de conducta. Bastan la prueba del daño y del incumplimiento u omisión de los deberes exigidos por la regulación para que el fiduciario asuma las pérdidas sufridas por el partícipe, pues el comportamiento del fiduciario solo se apreciará en relación con la conducta que le correspondía asumir.

Para cumplir el objetivo en un primer momento se presentarán las características del esquema contractual del artículo 1243 del Código de Comercio y se identificarán las diferencias con los modelos contemporáneos cuya finalidad y función económica son diferentes. Es decir, sostengo que el contrato de fiducia mercantil ha evolucionado de un esquema simple de administración de activos a un esquema complejo de financiamiento. Esa evolución implica que la regla legal de la culpa se adecúe al esquema original, pero no es apta cuando nos hallamos frente a un vehículo de inversión para unos sujetos y de obtención de financiamiento para otros.

A continuación se presentarán los pronunciamientos más relevantes, doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del fiduciario, los cuales se formularon al considerarlo como un negocio de administración de activos. En este mismo aparte se indicará como, a partir de la

descripción contractual de las conductas a cargo del fiduciario, se ha limitado la responsabilidad de este profesional. Se considera que tanto la discusión doctrinal sobre la culpa como la práctica contractual son origen y motivación de la regulación que termina por modificar el entendimiento de la responsabilidad, y se opta por establecer deberes de comportamiento precisos, que excluyen la posibilidad de valorar la conducta con base en un parámetro abstracto de conducta.

Antes de finalizar con un acápite destinado a describir y formular los efectos de la Circular Externa 024 en materia de responsabilidad del fiduciario, se presentarán los aspectos que fueron objeto de regulación y que permiten, por un lado, fijar diferencias concretas con la situación anterior a su expedición y, por otro, sustentar los efectos y consecuencias de la normativa en la responsabilidad del fiduciario.

De un esquema contractual simple a un esquema de financiamiento complejo

El esquema del Código de Comercio

La estructura contractual de la fiducia mercantil en el Código de Comercio es simple: un sujeto llamado fideicomitente o fiduciante, transfiere la propiedad de uno o varios bienes determinados a otro llamado fiduciario, para que este los administre en orden a obtener una finalidad a favor de un tercero llamado beneficiario o del mismo fideicomitente⁸.

El énfasis del legislador está en la administración que hace el fiduciario del conjunto de bienes que se le entregan y que constituyen el patrimonio autónomo. En ese diseño legal original, tal como consta en el documento elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio, no se concebía la posibilidad que el fideicomitente fuesen múltiples sujetos, que sus intereses no fuesen totalmente idénticos y/o que terceros se vinculasen como aportantes o inversionistas. De hecho, en el texto se revela la intención de diferenciarlo claramente del mandato, pues la Superintendencia Bancaria, en algún momento de su historia, identificó las figuras⁹:

Cuando se ha planteado en muchos países el problema de la conveniencia o inutilidad de adoptar en su legislación el fideicomiso de origen angloamericano, no pocos tratadistas le han negado importancia, afirmando que en el fondo equivale a un mandato [...] pero las diferencias entre el mandato y el fideicomiso son, sin embargo, bien visibles. La principal es la de que en el mandato no se transmite la propiedad al mandatario, lo que sí sucede en el fideicomiso con respecto al fiduciario[...]el fiduciario adquiere verdaderamente la propiedad de los bienes fideicomitados y actúa en su propio nombre, si bien esta propiedad es sui generis en nuestro derecho, ya que está limitada por los intereses del fideicomisario y orientada exclusivamente al beneficio de éste, lo cual no constituye en modo alguno obstáculo en las relaciones con terceros y solo viene a controlar al fiduciario.

El esquema legal asumía el modelo anglosajón, que era ampliamente defendido por Ignacio Copete y los miembros de la Comisión Redactora del proyecto de 1958. Ese origen anglosajón presentado por otros autores¹¹ hace énfasis en el papel del fiduciario como un administrador y en el negocio fiduciario, como en un negocio de gestión sobre unos activos aportados por el fideicomitente.

Durante los primeros años de vigencia del Código ese modelo del fiduciario como administrador de bienes ajenos, era el que tenían en mente los primeros intérpretes:

Si la sucesión por causa de muerte sigue vigente en Colombia y creemos todavía en el derecho hereditario, la angustia de los padres por saber qué va a pasar con la administración de su capital después de su muerte, no se trata de atesorar un capital para ver qué ocurre porque es tan volátil que en pocos meses de una mala administración ya desapareció. Entonces el fideicomiso de familia sería la gran solución a todos los problemas sucesorales si tuviéramos unas instituciones fiduciarias que manejaran el patrimonio hasta tanto nuestros hijos tuvieran la mayoría de edad.¹²

También, lo cierto es que para ese momento el número de sociedades fiduciarias se había incrementado, así como las modalidades del negocio. Gilberto Peña Castrillón¹³, luego de realizar una encuesta entre algunas sociedades fiduciarias, indicaba que, prescindiendo de matices y combinaciones, se identificaban cuatro grandes clases de negocios celebrados por ellas: inmobiliarios, de inversión, de administración y de garantía.

Del inmobiliario destacaba entre otros que el esquema había permitido introducir la venta sobre planos —hoy tan frecuente— y que:

la actividad de las fiduciarias en el fideicomiso inmobiliario parece evolucionar hacia la administración de recursos, la coordinación general y el cubrimiento de las deficiencias transitorias en la tesorería del proyecto, encauzando recursos de cortísimo plazo para reducir o controlar los costos financieros.¹⁴

Este autor llamaba en ese momento fideicomisos de inversión a aquellos en los que se entregaba dinero para aplicarlo a fines determinados —garantizando o no rendimientos—¹⁵. Señalaba que esos fideicomisos no estaban ni prohibidos ni reglamentados e incluía en ellos los negocios fiduciarios inmobiliarios en los que una persona entregaba dinero al fiduciario para realizar una inversión precisa, como lo era la compra de un inmueble.

La sensación de hallarse frente a un fenómeno que excedía, y tiene la vocación de exceder, las previsiones iniciales del legislador se hallan en el texto de Peña. Sin embargo, autores aprecian la decisión de encuadrar la institución a sus cauces originales, es decir, centrando su actividad en la gestión sobre el activo fideicomitado. Así pues, Sanz de Santamaría, al momento de referirse a la fiducia de administración, indica:

Esta es la clase de fiducia en la que el fiduciario se identifica como institución técnicamente especializada, en forma más señalada que en las variedades anteriores, en virtud a que se le encomienda a este el manejo del patrimonio fideicomitado del mismo fideicomitente o de un tercero, siendo evidente que para

la buena administración del patrimonio, además de la prestancia y celo de un buen padre de familia, se requiere una gran experiencia u excelentes conocimientos sobre la naturaleza del patrimonio afecto fiduciariamente.¹⁶

De hecho, en tiempos más recientes, otros autores siguen radicando su análisis en las aptitudes y competencias profesionales del fiduciario como administrador de los activos fideicomitidos, aunque reconocen la versatilidad del negocio fiduciario¹⁷. Desde ya puede afirmarse que esta visión, por una parte, desconoce la motivación, operación y finalidad de algunos de los negocios fiduciarios que hoy se celebran, y por la otra, termina por asignar y definir responsabilidades de manera inadecuada a las realidades negociales imperantes.

El negocio fiduciario como vehículo de financiación de proyectos

Con base en lo expuesto puede afirmarse que el contrato de fiducia mercantil no se concibió inicialmente como vehículo para desarrollos empresariales complejos a través de los cuales se obtuviese el financiamiento directamente del público. En ese sentido, tampoco se previó como instrumento que tuviese como propósito principal la armonización y equilibrio entre los intereses —en ocasiones contrapuestos— de inversionistas —no profesionales—, y receptores de la inversión —promotores profesionales—. Fue la versatilidad de su diseño, las necesidades del mercado y la imaginación de sus actores la que generó ese rol.

En la fiducia inmobiliaria se encuentra el origen de los contratos de comercialización de derechos fiduciarios. En los fideicomisos inmobiliarios el fiduciario no pretende reemplazar al profesional de la construcción en la gestión y desarrollo del proyecto, sino generar condiciones para el adecuado desarrollo de este, al disminuir o limitar los riesgos asumidos por los intervinientes (constructor, entidad financiera acreedora, interesados compradores en el proyecto). Se limitan los riesgos pues es el fiduciario y no el constructor quien tiene el manejo y administración de los recursos dinerarios y el inmueble afectos al proyecto.

Los primeros negocios de fiducia inmobiliaria guardaban plena correspondencia con la estructura original del negocio en el Código de Comercio: un Fideicomitente —normalmente el constructor— aportaba el predio al patrimonio autónomo. El fiduciario lo recibía y administraba en su condición de vocero y una vez concluida la obra transfería la propiedad de las unidades inmobiliarias al mismo fideicomitente o a terceros. Terceros que habían entregado parte o la totalidad del precio de compra del inmueble al fiduciario¹⁸.

Con el paso del tiempo se introdujeron variantes tales como que la calidad de fideicomitente también la tuviesen los propietarios del lote. Estos adquirirían la calidad de beneficiarios, pero no de utilidades dinerarias del proyecto, sino de áreas construidas resultantes del mismo. No es este

el escenario para describir todas y cada una de las variables de la fiducia inmobiliaria, pero sí es importante mencionar que el instrumento permite ajustarse a las necesidades e intereses de las partes, y que por ello se empiezan a celebrar contratos en los que el fideicomitente pretende no solo desarrollar el proyecto inmobiliario, sino obtener la financiación para adelantarlos.

Lo anterior por cuanto los proyectos inmobiliarios tienen como fuente inicial de financiación el crédito bancario o el capital propio de los promotores. La posibilidad que esa financiación se obtenga directamente de los interesados resulta riesgosa por cuanto esa conducta puede calificarse como captación masiva y habitual¹⁹. Para evitar la configuración de ese tipo penal se debe acreditar que el dinero que se entrega al fideicomiso por terceros tiene como causa la compra de un inmueble, o es un aporte. En el primer evento, la contraprestación es pago de una unidad inmobiliaria. En el segundo, genera un derecho que constituye como fideicomitente o beneficiario al sujeto aportante²⁰.

Entonces no constituye captación masiva la celebración de un contrato fiduciario abierto a múltiples sujetos, que adquieren la condición de fideicomitentes y por tanto de titulares de derechos económicos sobre el patrimonio autónomo. A través de esa vinculación en masa de fideicomitentes o aportantes, se puede obtener financiación, respetando la normatividad y a menor costo que un crédito bancario o menor riesgo que la financiación con capital propio.

Ahora bien, en la fiducia de administración inmobiliaria, la motivación para entregar el recurso es la adquisición de un inmueble. Sin embargo, también puede ser que la motivación del aportante sea obtener una mayor rentabilidad por los recursos que transfiere, confiando en la gestión y manejo que hagan terceros —promotor y sociedad fiduciaria— de ellos. Es decir, en este caso se trata de una destinación de recursos con fines especulativos dirigida a obtener la mayor y mejor rentabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se observa una importante diferencia entre los propósitos y estructura de los esquemas de administración, concebidos y pensados por nuestro legislador²¹, y los esquemas de financiamiento o inversión y que dieron lugar a los que se llamaron Contratos de Derechos Fiduciarios o FIDIS, y que en la Circular se denominan Negocios de Comercialización de Participaciones Fiduciarias. Estos contratos utilizan el mismo conjunto de disposiciones que los contratos de administración, pero su particular finalidad y forma de operar hacen que las normas deban leerse e interpretarse en forma diferente.

La necesidad de relectura también surge del reconocimiento de que el público al que se atrae a este tipo de inversiones no conoce ni la actividad inmobiliaria, ni tiene el conocimiento, recursos o tiempo para hacer seguimiento a los proyectos. Se trata entonces de vehículos que se promocionan como la oportunidad de las personas naturales y pequeños inversionistas para participar en grandes proyectos inmobiliarios con atractivas rentabilidades.

El imperativo de la relectura se armoniza con el hecho de que en este esquema contractual el pequeño inversionista se convierte en un

fideicomitente más, como ya se indicó anteriormente. El titular de un derecho económico, la mayor de las veces pequeño, equivale al porcentaje que representa el monto de su aporte económico en relación con el valor total del patrimonio autónomo, patrimonio que está conformado por la suma de todos esos pequeños aportes en dinero, por el inmueble y otros activos entregados por los promotores de la iniciativa. Con todos esos activos se desarrolla un proyecto que, cuando es terminado y entra en fase de producción, genera rentabilidades —o pérdidas— que se distribuyen entre todos los partícipes en proporción al monto de su participación. Es decir, que por regla generar a esos pequeños fideicomitentes inversionistas les corresponden cifras menores que a los promotores y estructuradores.

El modelo descrito surgió y se desarrolló en el marco de la autonomía de la voluntad, desde la perspectiva dogmática del derecho privado. Emplea las normas mercantiles relativas a la fiducia mercantil, la cesión de derechos económicos y sin un marco regulatorio específico. Por ello y teniendo en cuenta además algunas similitudes con la fiducia de administración inmobiliaria —En ambos esquemas el activo fideicomitado es un bien inmueble afecto al desarrollo un proyecto y el fiduciario recibe los recursos destinados a su desarrollo— se le pretendió encuadrar como una especie de ella, y limitar la regulación a acciones dirigidas a su promoción²².

Sin embargo, las diferencias con la fiducia de administración inmobiliaria son notables: no hay lugar a la transferencia de una unidad inmobiliaria concreta al finalizar el proyecto, se participa de las utilidades o pérdidas del proyecto, se adquiere un derecho fiduciario susceptible de transferirse. A ellas se han de añadir las diferencias en cuanto a la finalidad del negocio y su causa, pues para el constructor es el financiamiento del proyecto y para los fideicomitentes posteriores, la inversión con interés especulativo. Esas diferencias, permiten sostener la particularidad del contrato y de las interpretaciones que se plantearán posteriormente en materia de responsabilidad del fiduciario.

Estamos ante un verdadero instrumento de inversión, como el que hace 32 años ya insinuaba Gilberto Peña, pero que se da en un contexto económico, social, político y jurídico totalmente diferente. En este nuevo ambiente, la responsabilidad del fiduciario también exige una apreciación diferente, pues debe observar y de él se debe exigir una conducta diferente a la que se le exigía en la fiducia de administración pensada por el Código de Comercio. Así pues, conviene en este momento revisar la responsabilidad del fiduciario en ese esquema original de administración del Código de Comercio, para luego plantear las diferencias que se consideran procedentes y convenientes.

La responsabilidad civil del fiduciario

La responsabilidad del fiduciario en los esquemas tradicionales, que tienen el énfasis puesto en la administración del activo fideicomitado, gira en torno a un concepto y a una práctica contractual. El concepto es la

culpa leve y la práctica es la limitación de la responsabilidad a través de descripción precisa de las obligaciones del fiduciario en el texto del contrato.

La culpa leve en abstracto como factor de atribución

Puede afirmarse que sobre este tema se han planteados en la doctrina dos grandes visiones. Una en la que podríamos alinear a Ernesto Rengifo y Luis Gonzalo Baena, que a pesar de la diferencia en matices radica la responsabilidad en el concepto de culpa leve o levísima, y otra, en la que estaría Jaime Arrubla Paucar²³, en la que ese concepto o bien pierde relevancia o se equipara a otros factores o criterios

En ese sentido, para Rengifo la referencia del artículo 1243 del Código de Comercio a la culpa significa que el fiduciario “deberá emplear en su encargo la confianza y el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Deberá administrar los bienes fideicomitidos como un buen padre de familia”²⁴.

En el mismo sentido, Baena también emplea la culpa como factor de atribución, pero formula su contenido en función de la imperitia, entendida esta “como la omisión de la diligencia o la falta de previsión de lo previsible”²⁵. Afirma posteriormente en forma clara que “es incuestionable que la responsabilidad del fiduciario puede y debe ir hasta la culpa levísima, sin que ello implique ir en contravía de lo dispuesto por el artículo 1604 CC”²⁶.

Esta visión, que se fundamenta en la distinción entre culpa grave, leve y levísima²⁷, es cuestionada por Arrubla quien desconoce el carácter exclusivo de la culpa leve como factor de atribución por ser el contrato de fiducia un contrato de marco versátil. Arrubla califica como inmadurez del derecho colombiano la remisión a la responsabilidad por culpa y por tanto considera que con base en el principio de buena fe es posible reclamar una especial diligencia al fiduciario²⁸. Como consecuencia lógica de esa visión, afirma que “es necesario separarse de la clasificación tripartita de la culpa, y con base en el principio general de buena fe replantear la responsabilidad contractual con un deber especial y profesional de diligencia el cual, necesariamente, obliga a la máxima diligencia”²⁹.

La discusión en torno a la culpa como elemento determinante para asignar responsabilidad al fiduciario no es un debate teórico sin efectos prácticos. Carlos Julio Giraldo Bustamante indica que

en relación con el juzgamiento de la responsabilidad del Fiduciario son unánimes los tribunales de arbitramento en recurrir a un patrón de conducta que les ayude a discernir si la sociedad fiduciaria fue diligente en el cumplimiento de la gestión encomendada.³⁰

Es decir, que los juzgadores no solo limitaron su tarea a verificar o no el cumplimiento de las obligaciones y deberes asumidos por el fiduciario,

sino que también valoraron ese comportamiento en forma más o menos exigente según un parámetro ideal de conducta:

Se abandona como patrón de conducta el del buen padre de familia establecido en el código civil y se asume como nuevo patrón el del buen hombre de negocios, el del profesional medio puesto en las mismas circunstancias, que es mucho más exigente que el primero en razón a las calidades del profesional ³¹.

Puede entonces afirmarse, que en los negocios fiduciarios tradicionales y por ende antes de la regulación, la culpa leve en abstracto como factor de atribución de responsabilidad del fiduciario ocupa el lugar central, sin importar el tipo o modalidad de negocio celebrado.

Las estipulaciones contractuales como instrumento de limitación de la responsabilidad

Se ha dicho entonces que, a pesar de las diferencias entre los autores, todos parten del modelo de negocio al que se hizo referencia anteriormente y que fue el tenido en cuenta por el legislador al momento de establecer que el fiduciario respondería por culpa leve (Art. 1243 del C. Co).

En este esquema, El fiduciario es el administrador de unos activos que le son confiados por el fideicomitente en orden a cumplir una finalidad. Su gestión se valora o aprecia en esa condición de gestor de activos ajenos. Su responsabilidad se determina en función de administrar ³², cuyo contenido y alcance es per se general y hasta ambiguo. Esta generalidad da lugar a que, en los textos de los contratos, se precise la descripción de las conductas —obligaciones— que constituyen esa administración y que, por tanto, son las que corresponden al fiduciario. De esa forma se limita la responsabilidad por administrar a los precisos términos de las estipulaciones contractuales.

Ejemplo de ello, con anterioridad a las Circulares, son, justamente, los negocios relacionados con derechos fiduciarios. En estos se limitaban las facultades de administración del fiduciario, se describían con detalle los supuestos que originan responsabilidad y se excluía de esa responsabilidad cualquier evento en el que se materializase el riesgo de pérdida para los inversionistas del proyecto.

Dicho de otra forma, al tiempo que se propugna por la ampliación conceptual de la responsabilidad del fiduciario —ya sea a través de la inclusión de la culpa levísima (Baena) o de la aplicación de criterios como la buena fe (Arrubla)— en la práctica la responsabilidad se pretende delimitar a los supuestos expresamente detallados en los contratos. Es decir, la responsabilidad del fiduciario se restringe, no por el entendimiento de un concepto abstracto de culpa o de la de buena fe, sino por la descripción precisa y puntual en el contrato del conjunto de actuaciones que constituyen su gestión. Gestión que no guarda relación, según las estipulaciones contractuales, ni con la decisión del inversionista de participar en el proyecto, ni con la gestión del promotor para construirlo y posteriormente explotarlo comercialmente.

Estos últimos supuestos son los que mayor probabilidad tienen de afectar el patrimonio del inversionista.

Así pues, en la medida que se describen con precisión el conjunto de actuaciones en las que intervendrá el fiduciario, se excluyen expresa o tácitamente de su competencia, de su margen de disposición y actuación jurídica, una serie de actos susceptibles de provocar daños en el patrimonio de los adquirentes de derechos fiduciarios. La pretensión con esta forma de redacción es que solo le resulte atribuible al fiduciario el daño que provenga de los hechos que expresamente asume.

Puede concluirse que, antes de la expedición de las circulares externas 07 y 024 de 2016, la ausencia de regulación sobre el contenido, el modo y finalidad de la actuación del fiduciario en los contratos de derechos fiduciarios tenía como consecuencia que la responsabilidad del fiduciario se determinase y limitase exclusivamente por lo pactado en el texto del contrato. A partir de la expedición de las circulares, la regulación introduce una serie de exigencias que resultan vinculantes para el fiduciario —deberes— y cuya obligatoriedad no deriva de su consagración en el texto del contrato, sino del mandato normativo.

Al tratarse de deberes, el juicio sobre su cumplimiento o incumplimiento no debe basarse en los criterios ordinarios. En análisis sobre el deber, ha de ser objetivo. Se cumple o no se cumple. Conforme a lo anterior, es necesario ver esos deberes que impone la Regulación.

La regulación (Circulares externas 07 de 2017 y 024 de 2016, hoy incluidas en la Circular Básica Jurídica)

A continuación, presentamos las modificaciones relevantes de la regulación que de expresa o tácitamente generan nuevos deberes de conducta al fiduciario. El primer gran cambio de la Circular consistió en emplear el término “Participaciones Fiduciarias” en lugar del de “Derechos Fiduciarios” que era el usualmente empleado en el mercado. En ese sentido, aunque no creó una tipología diferente a las tradicionales que se venían empleando —fiducia de administración e inmobiliaria— describió el negocio de comercialización de participaciones fiduciarias —en adelante NCDPF— como aquel en el que hecha la transferencia de uno más bienes, se comercializan participaciones fiduciarias que “otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto del proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales”³³.

El segundo gran cambio, es la descripción e imposición de una serie de conductas que debe asumir el fiduciario en estos negocios: la imposición de deberes. De esta forma el regulador pretende poner a freno a la práctica descrita en el acápite anterior, de limitar la responsabilidad del fiduciario a unos supuestos concretos descritos contractualmente, es decir, a las obligaciones pactadas. Dicho de otra forma, la Circular establece unos estándares de comportamiento mínimos que necesariamente deben ser observados, con independencia de lo que se exprese en el texto del

contrato. Se trata entonces de imperativos que deben cumplirse en la fase precontractual³⁴, determinan el contenido del contrato³⁵ y desarrollan el deber de informar a los adquirentes de participaciones³⁶ y al público en general³⁷.

En cuanto a las exigencias de conducta precontractuales³⁸, se establece la obligación al fiduciario de requerir cierta información al promotor o gestor en orden a evaluarla, valorarla y verificarla para determinar, con base en la misma y en su condición de profesional financiero, si interviene o no en el vehículo que captará recursos del público. Se impone la realización de un examen puntual y detallado, cuyo ejercicio recto y diligente genera la expectativa cierta al público inversionista y al mercado sobre la confiabilidad y seriedad del proyecto.

En cuanto al contrato, su contenido fue establecido por el regulador que ordena la inclusión de veinte (20) diferentes previsiones que, entre otros, informan al inversionista sobre una serie de condiciones y circunstancias relacionadas con la ejecución del proyecto, el gobierno del proyecto y los beneficios de las partes. Las cláusulas ordenadas por el regulador establecen también las conductas que deben ser observadas por el fiduciario, sus facultades y las pautas de comportamiento en relación con las partes contratantes. En otro aparte, se indica la manera de dar cumplimiento al deber de información, y la obligatoriedad de dar a conocer a los interesados todos los riesgos asociados a este “tipo de inversión”.

En materia de rendición de cuentas, se define el contenido de los informes periódicos que se le presentan al inversionista con el fin de que los interesados hagan seguimiento al avance del proyecto, y actúen en consecuencia en relación con los hechos y vicisitudes que surjan en su ejecución. Se establece el deber de exigir a los promotores los soportes de la información remitida a los fideicomitentes. En el mismo sentido, en materia de publicidad y en concordancia con las modificaciones del deber de información³⁹, se fijan requerimientos que pretenden impedir la formación de falsas expectativas o creencias sobre el alcance y contenido del negocio y la intervención de la fiduciaria. Aunque la promoción no se halle en manos del fiduciario, éste debe estar vigilante de que el promotor o gestor del proyecto no infrinja los requerimientos normativos y, por tanto, ha de oponerse cualquier campaña o promoción que desinformación sobre la naturaleza del vehículo o minimice los riesgos asumidos por los inversionistas. En el mismo sentido, la información que debe suministrarse a los interesados se dirige a que presten su consentimiento informado y por tanto no puedan negar el conocimiento de los riesgos del proyecto.

Vistas las modificaciones hoy incluidas en la Circular Básica Jurídica, procede analizar su incidencia en el régimen de responsabilidad del fiduciario.

Los efectos de la regulación en materia de responsabilidad

Anteriormente se indicó que la regulación no empleó el término Derecho Fiduciario, que venía siendo el usado comercialmente. En su lugar, acudió al vocablo “Participación”, sin embargo, aunque sencillamente podría verse como una modificación semántica, tiene efectos importantes en cuanto a responsabilidad del fiduciario.

Así pues, antes de la Circular se discutía si los llamados derechos fiduciarios tenían la connotación de valor en los términos de la ley 964 de 2005 y si resultaban aplicables las disposiciones y, en particular, las restricciones establecidas por el legislador en ese cuerpo normativo. Al emplear el término participaciones⁴⁰ se acude a un concepto familiar en la gestión fiduciaria. Participación, en materia de Fondos de Inversión Colectiva (FIC)⁴¹ y Fondos de Capital Privado (FCP)⁴², es el vocablo empleado para identificar y cuantificar el valor de los aportes de los inversionistas en esos vehículos y por tanto para referirse al derecho económico que surge con ese aporte.

De hecho, emplear el mismo término usado en los FIC confirma que el regulador reconoció el negocio como un instrumento de inversión para un sujeto —el fideicomitente adherente) y un mecanismo de financiamiento para otro (el fideicomitente promotor—. Es decir, para el regulador es un mecanismo para destinar los excedentes de liquidez de los inversionistas a sectores y personas que los requieren para el desarrollo de un proyecto. En ese orden de ideas, no se trata solo de un ajuste semántico, sino del reconocimiento, como arriba se argumentó, de una función económica y social particular del contrato que lo diferencia de los propósitos y finalidades tradicionales de administración de activos.

Lo dicho no significa que a partir de la Circular se puedan incluir los negocios de comercialización de participaciones fiduciarias como un tipo de FIC o de FCP, pues estos tienen una regulación detallada con múltiples diferencias formales y sustanciales⁴³. Sin embargo, a pesar de esas diferencias, hay cierta similitud entre a la función de la figura y el papel del fiduciario, que en ambos casos se les da a los recursos el manejo y destinación definidos en el Reglamento —en el caso de los FIC y FCP— o en el contrato —en el caso de los NFDCP—.

Ahora bien, en términos generales, la responsabilidad del fiduciario y la del administrador de FIC corresponden a los mismos criterios y lineamientos, pues ambos se enmarcan dentro de las reglas generales de responsabilidad civil contractual de nuestro ordenamiento. Sin embargo, del análisis del papel y la normatividad aplicable a los administradores de FIC se han identificado dos puntos que se consideran particularidades de esa actividad. Dos puntos que consideramos se aplican a la actividad de un fiduciario en el NCDPD porque del contenido de la Circular y de las similitudes presentadas así se deduce: la forma de apreciar la culpa y determinar la responsabilidad y la posibilidad de limitarla por acuerdo contractual.

Forma de apreciar el comportamiento del Administrador de FIC y del Fiduciario en NDCDPF

Por una parte, el artículo 3.1.3.1.2. del decreto 2555 de 2010, establece que “La sociedad administradora del fondo de inversión colectiva responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de sus funciones, como experto prudente y diligente”. Por otra parte, el artículo 1243 del Código de Comercio señala que “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”.

La aparente identidad del grado de culpa leve no impide observar una diferencia importante que se deduce del texto completo de las disposiciones y de la necesidad de armonizar los preceptos con la realidad y exigencia de la industria. Así pues, la responsabilidad del fiduciario del Código, el administrador de activos fideicomitidos, se fundamenta en la clasificación tripartita del artículo 63 del Código Civil, es decir, en la distinción entre culpa grave, leve y levísima. Conforme a ese precepto, la conducta del profesional se evalúa con base en un parámetro abstracto ajeno a él.

Adicionalmente, la expresión “como experto prudente y diligente” indica que el comportamiento del administrador no solo se examina con base en un parámetro abstracto, sino que tiene en cuenta también, las conductas concretas — los deberes — que tiene que asumir según la ley, la actividad profesional y los reglamentos del fondo⁴⁴. El reproche a la conducta del administrador de FIC no se derivaría solo de comparar su conducta con la de un sujeto ideal puesto en la misma condición, sino en la forma como el administrador tiene que actuar en esa situación o como cumplió sus deberes⁴⁵. Es decir, se impone emplear también un criterio concreto y circunstancial y no solo un criterio abstracto⁴⁶.

Esta referencia a un comportamiento concreto no es exótica en nuestro derecho y mucho menos en materia de fondos: la normativa colombiana establece el estándar del experto prudente y diligente en la administración de la cartera colectiva, según la política de inversión. Dicho estándar constituye una aplicación particular para la industria de carteras colectivas, del patrón más general del “buen hombre de negocios”, adoptado por la legislación societaria a mediados del decenio del noventa y desarrollado por la jurisprudencia arbitral en materia de negocios fiduciarios. Esto implica que el comportamiento de las entidades gestoras de portafolios de inversión y el de sus administradores debe ser evaluado caso por caso, teniendo en cuenta, por un lado, la política de inversión adoptada por la cartera colectiva considerada y, por el otro, la conducta esperable de un experto medio de esa industria en iguales circunstancias⁴⁷.

Con base en la lectura de las normas de responsabilidad en materia de fondos y de las similitudes no solo económicas, sino regulatorias, puede afirmarse que, al momento de evaluar el comportamiento del fiduciario de un NCDPF, se debe tener en cuenta si existe un deber descrito por la norma, es decir, si hay una exigencia normativa de conducta concreta. No hay lugar a afirmar la inexistencia de responsabilidad, so pretexto

de una conducta diligente, en los casos donde la regulación ha señalado expresamente un deber. En esos eventos la responsabilidad se derivará del simple incumplimiento del deber que causa un daño, sin ninguna valoración adicional. Lo anterior por cuanto el cumplimiento del deber es la única opción que tiene el fiduciario. La posibilidad de evaluar la conducta con base en parámetros abstractos, es decir, comparando con un sujeto ideal, quedará para las obligaciones contractuales que no desarrollen o no se relacionen con los deberes establecidos en la regulación.

La imposibilidad de condicionar o limitar esas conductas en ejercicio de la autonomía de la voluntad

Las normas que definen los deberes del administrador de FIC tienen carácter imperativo y están expresamente consagradas en el decreto 2555 de 2010. Así mismo, la vinculación que hacen los inversionistas se hace a un reglamento cuyo contenido debe cumplir con los requerimientos legales y que, en caso de modificar el régimen de responsabilidad de los administradores, daría lugar a la imposición de sanciones administrativas. Así las cosas, las imposiciones de conducta establecidas por el hecho de ser administrador de FIC, no admiten condicionantes o exclusiones de los adherentes a los reglamentos.

Se insiste que, a través del segundo grupo de cambios normativos de la Circular se manifiestan esos rasgos particulares de la responsabilidad del administrador de FIC. Es decir, la imposición y descripción de los comportamientos precisos y puntuales que debe observar el fiduciario impide, de una parte, desnaturalizar o modificar su papel y rol profesional, y de otra, identificar las situaciones por las que se hace responsable. Dicho de otra forma, el segundo grupo de modificaciones mencionadas concreta y precisa el conjunto de actuaciones que reflejan su actuar como experto prudente y diligente —sus deberes— y por ende las características de la responsabilidad del administrador de FIC es extensiva a las sociedades fiduciarias voceras de NDCPF.

Esto significa que la regulación permite asignar la responsabilidad al fiduciario en NDCPF no con base en el entendido y sentido que tiene la culpa en el artículo 1243 del Código de Comercio, sino con el sentido que tiene el término culpa leve para los administradores de Fondos de Inversión Colectiva, es decir, refiriendo su conducta al conjunto de deberes que debe cumplir en cada caso⁴⁸.

Las posibles críticas

Podría cuestionarse lo que aquí se ha afirmado de dos maneras diferentes. La primera indicando que la Circular no tiene la aptitud jurídica para modificar normas de carácter legal como el artículo 1243 del Código de Comercio.

Puede contestarse esta glosa manifestándose que no hay contradicción alguna entre el precepto mercantil y la Circular Externa por tres razones. La primera, porque la imposición de conductas concretas y puntuales del fiduciario por el regulador, impiden la apreciación de su comportamiento a la luz de criterios abstractos. Es decir, la conducta no es objeto de valoración, solo se debe constatar su cumplimiento. La segunda, porque el artículo 1243 del Código de Comercio hace relación al papel del fiduciario en un modelo de negocio que —como hemos visto a lo largo de este escrito— no se corresponde ni en su función económica y social, ni en su estructura, ni en su finalidad al NDCPF. Finalmente, la tercera, porque en los NDCPF concurren intereses de clientes inversionistas que deben ser protegidos preferentemente.

La segunda objeción que podría formularse es que la Circular no tiene referencias expresas a la responsabilidad del fiduciario y por lo tanto no tiene incidencia en esa materia. A pesar de la aparente contundencia de la objeción —pues ciertamente la Circular no hace referencia a la responsabilidad del fiduciario— lo cierto es que ella establece reglas obligatorias, cuyo incumplimiento tiene efectos administrativos y patrimoniales. A manera de prueba de lo señalado, el fiduciario, según la Circular, debe evaluar, valorar y verificar información del promotor o gestor del proyecto con anterioridad a la celebración del contrato. Información que no se limita a los aspectos financieros del proyecto, sino a la capacidad técnica, administrativa y financiera del promotor o del constructor, los riesgos del negocio, las posibilidades de ganancia o pérdida, y la existencia de modelos, estudios técnicos o diseños con los que debe contar el proyecto, entre otros. Ello significa que la no solicitud de la información o la falta del examen y constatación pertinente generan responsabilidad administrativa y patrimonial al fiduciario.

Causado el daño por defectos en la estructuración del proyecto, el juicio de conducta no será si se actuó como un buen hombre de negocios o un buen padre de familia, sino si se evaluó, valoró y verificó la información. Hacerlo en forma ligera o descuidada es simple y llanamente no evaluar, ni valorar ni verificar. Dicho de otra forma, una regla de conducta tan clara impide afirmar que se evaluó, valoró y verificó con diligencia, pero incorrectamente.

Aunque la Circular no prevea una regla puntual sobre responsabilidad del fiduciario, sí estableció acciones de obligatorio cumplimiento que solo permiten una de dos opciones: el cumplimiento o incumplimiento de la conducta exigida. Si como consecuencia del incumplimiento se produce un daño o no se impidió su materialización, el fiduciario debe responder sin que sea atendible otra consideración adicional, pues al omitir el deber que le fue impuesto no actuó como el experto prudente y diligente que se presume.

¿Significa ello que la Circular impone y por tanto establece la responsabilidad objetiva para el fiduciario? La respuesta es no. La Circular, como lo hemos indicado anteriormente, al reconocer en los NDCPF un vehículo de inversión, permite la aplicación de la culpa leve, apreciada en abstracto para el caso de obligaciones que las partes en el

marco de su autonomía pacten, y la apreciación en concreto, para el caso de deberes expresamente asignados en la regulación. La apreciación de la conducta con base en las exigencias regulatorias resulta muy parecida, más no idéntica, al concepto de culpa objetiva.

En efecto, sea en la culpa-negligencia o en la culpa-incumplimiento, el concepto de culpa contractual no exige un juicio individualizado que tenga en cuenta el elemento psicológico de la voluntariedad del acto, sino que solo se integra por el elemento objetivo. Tal elemento consiste o en la violación de la diligencia media — también en el sentido profesional — que indica el parámetro abstracto que se debe emplear en la ejecución de la obligación, o en la violación de las obligaciones asumidas⁴⁹.

Como bien lo expresan los autores, la noción de culpa contractual equivale a la noción de incumplimiento. Ello significa, trayéndolo a la Circular, que el incumplimiento de los imperativos de conducta impuestos por el regulador refleja el comportamiento culposo en forma objetiva, en concreto, pues ciertamente materializa una conducta diferente a la del experto prudente y diligente.

Conclusiones

La insuficiencia regulatoria que empezaba a generar incertidumbre sobre el sentido y alcance de los Negocios de Comercialización de Participaciones Fiduciarias vino a suplirse por la Circular 024 de 2016. Aunque se expresó como motivación principal para su expedición, la necesidad de ampliar el contenido del deber de información lo cierto es que sus efectos exceden ese propósito.

Los aspectos precontractuales, contractuales, de rendición de cuentas y publicidad tratados por la Circular reconocen en el Negocio de Comercialización de Participaciones Fiduciarias un tipo de inversión accesible a la mayoría de los consumidores financieros. Inversión en la que se identifican riesgos, en cuyo control y monitoreo el regulador exige la intervención activa del fiduciario.

En ese mismo orden de ideas, la Circular describió conductas, empleó vocablos y estableció la obligatoriedad de una serie de actuaciones, que generan un nuevo marco de responsabilidad contractual para el fiduciario en este modelo negocial, en el que cambia el entendimiento de la culpa como elemento de la responsabilidad civil contractual.

Este marco se separa de las concepciones que formulan algunos sectores de la doctrina, pues en el pierden relevancia los argumentos a favor de un entendimiento de la culpa con base en la clasificación tripartita. Lo anterior, por cuanto el reconocimiento del contrato como instrumento de inversión permite remitirse a esquemas de responsabilidad que resultan afines, como el que el regulador previó para el administrador de Fondos de Inversión Colectiva. Con base en las disposiciones aplicables a esa actividad, se concluye la inaplicabilidad del artículo 1243 del Código de Comercio. Es decir, no hay lugar a la apreciación de la conducta del profesional con base en un parámetro abstracto de comportamiento.

Así pues, solo basta contrastar la conducta con los deberes que le impone la norma y notar que no son más que la concreción del actuar del experto prudente y diligente, término empleado por el decreto 2555 de 2010. En otras palabras, la apreciación de la conducta es concreta y objetiva, pues toda valoración se limita a verificar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de conducta creados e impuestos por el regulador.

El hecho que la Circular no haga mención expresa del tema de la responsabilidad en modo alguno permite desconocer los efectos que ella tiene en la materia por cuanto todo el texto está dirigido a generar un marco conductual detallado sobre el papel del fiduciario en este tipo de negocios. Además, se afirma también que las normas del Código de Comercio hacen relación a un esquema negocial que ha avanzado profundamente y que hoy cuenta con tipos que superan las expectativas y esquemas inicialmente previstos por el legislador.

Finalmente, conviene indicar que los cambios presentados no significan una alteración del sistema de responsabilidad civil en lo esencial. Los elementos, nexo causal y daño, permanecen inalterables. La culpa no pierde para nada su incidencia, lo que cambia es la forma de considerarla y de determinar su existencia, porque la función económica y social de este tipo contractual lo exige para proteger adecuada y efectivamente al mercado y los inversionistas.

Referencias

- Álvaro D'Ors, Derecho Privado Romano (10.^a ed., EUNSA, 2008).
- Andrés Flórez Villegas, *Derechos fiduciarios inmobiliarios y emisiones de valores*, Legis Ámbito Jurídico, (1 de octubre, 2014). <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/derechos-fiduciarios-inmobiliarios-y-emisiones-de-valores>
- Carlos Julio Giraldo Bustamante, *La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*, Revista De Derecho Privado, n.º 32, 81-113 (2005). <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033183003.pdf>
- Circular Externa 024 de 2016 [Superintendencia Financiera de Colombia]. Imparte instrucciones en materia de negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria y rendición de cuentas. 27 de julio de 2016.
- Colegio de Abogados de Medellín, Instituciones de derecho comercial colombiano (1.^a ed., Cámara de Comercio de Medellín, 1987).
- Comisión Redactora del Código de Comercio, Proyecto de Código de Comercio (1.^a ed., Imprenta Nacional, 1958).
- Decreto 2255 de 2010 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. 15 de julio de 2010. D. O. 47771.
- Dinero, *Debate de altura*, (2 de enero, 2012). <http://www.dinero.com/negocios/articulo/debate-altura/143769>

- Edgar Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (1.^a ed., Universidad Externado de Colombia, 2001).
- Eduardo Casas Sanz de Santamaria, *La Fiducia. Recuento histórico y evolución técnica y jurídica desde la Ley 45 de 1923* (2.^a ed., Temis, 1997).
- Ernesto Rengifo García, *La fiducia mercantil y pública en Colombia* (1.^a ed., Universidad Externado de Colombia, 1998).
- Félix Alberto Trigo Represas & Marcelo J. López Mesa, *Responsabilidad Civil de los Profesionales* (Lexis Nexis, 2005).
- Gilberto Pena Castrillón, *La fiducia en Colombia* (Temis, 1986).
- Giovanna Visintini & Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, *tratado de la responsabilidad civil* (Astrea, 1999).
- Ignacio E. Copete, *La Fiducia* (1.^a ed., 1940).
- Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos* (3.^a ed., Temis, 2015).
- Jorge Joaquín Llambías et al., *Manual de Derecho Civil* (14.^a ed., LexisNexis & Abeledo Perrot, 2005).
- Juan Carlos Varón Palomino & Germán Darío Abella Abondano, *Derechos fiduciarios y mercado de valores. Reflexiones frente a la normativa colombiana* (1.^a ed., Universidad de los Andes, 2013).
- Juan Carlos Varón Palomino, *Portafolios de inversión. La norma y el negocio* (1.^a ed., Universidad de los Andes, 2008).
- Juan Iglesias Redondo, *Derecho Romano* (14.^a ed., Ariel, 2002).
- Luis Gonzalo Baena, *Reflexiones Acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario* (1.^a ed., Universidad Externado de Colombia, 2013).
- Marco Antonio Jiménez Sánchez, *Estudios sobre el Fideicomiso* (1.^a ed., Grupo Editorial Ibáñez, 2007).
- Portafolio, *Auge de derechos fiduciarios, una figura exitosa, en riesgo*, (3 de mayo, 2016). <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/auge-derechos-fiduciarios-figura-exitosa-riesgo-495231>
- Revista Semana, *Qué pasó con el 'rey de los hoteles'*, (15 de abril, 2015). <https://www.semana.com/economia/articulo/que-paso-con-luis-fernando-correa/425279-3>
- Sergio Rodríguez Azuero, *Los orígenes anglosajones de la fiducia mercantil en Colombia*, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Separata De Fiducia, n.º 361, 63-114 (2016).

Notas

1 Lo establecido en esta circular en cuanto a rendiciones de cuentas fue modificado por la Circular 07 de 2017. Para efectos de nuestro análisis, no se efectuará a distinción entre una y otra debido a que ambas forman parte de la Circular Básica Jurídica. De igual forma, y para efectos de brevedad, nos referiremos a ella como “la regulación”.

2 A manera de ejemplo, ver Revista Semana, *Qué pasó con el 'rey de los hoteles'*, (15 de abril, 2015).

3 Muestra de esa publicidad puede apreciarse en https://winternacional.lpages.co/amura-hotel-ac-marriot-cartagena-de-indias-diciembre-2017/?gclid=Cj0KCQjwuMrXBR C_ARIsALWZrIjYN50ke-uPe9dIzs0PCdSU0QMhMrSq0-PNbk7eK21bjIvCKwd HfnMaAq8KEALw_wcB.

4 Andrés Flórez Villegas, Derechos fiduciarios inmobiliarios y emisiones de valores, Legis Ámbito Jurídico, (1 de octubre, 2014).

5 Dinero, Debate de altura, (2 de enero, 2012).

6 Asumimos como factor de atribución lo propuesto por López: “el factor de atribución es la respuesta a la pregunta de ¿por qué este agente debe reparar este daño? Si existe una buena respuesta a tal interrogante se le asignará a ese agente dañador la obligación resarcitoria, si no, no se le imputará a él [...] Imponer a un sujeto una obligación resarcitoria implica tanto como cambiar el daño de bolsillo. Y debe haber una muy buena razón para que el juez disponga ese cambio”. Félix Alberto Trigo Represas & Marcelo J. López Mesa, Responsabilidad Civil de los Profesionales, 442 (Lexis Nexis, 2005).

7 La culpa leve corresponde a la denominada clasificación tripartita de la culpa establecida en el artículo 63 del Código Civil. Allí se distingue culpa grave, culpa leve y culpa levísima.

8 “ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. 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”.

9 Resulta ilustrativo el debate que originó en su momento la consagración original de la fiducia, fruto del trabajo de la Misión Kemmerer, y que quedó consagrado en la ley 45 de 1923. El rechazo por parte de las autoridades y visiones clásicas fue tan claro que impidió el desarrollo de la institución. Ignacio Copete atacaba esas posiciones y defendía la institución así: “No he podido enterarme directamente de las razones aducidas por la Superintendencia para sostener la singular tesis de que el encargo fiduciario no transmite la propiedad porque en esa dependencia administrativa se han negado a suministrarme una copia del concepto emitido el 7 de mayo de 1935, y mantenido desde entonces alegando el secreto de la correspondencia bancaria. Por referencias sé que en ese concepto se sostiene que el encargo fiduciario es un simple mandato y que no puede aceptarse la transferencia de la propiedad, porque ésta carecería de causa”. Ignacio E. Copete, La Fiducia, 152 (1.ª ed., 1940).

10 Comisión Redactora del Código de Comercio, Proyecto de Código de Comercio (1.ª ed., Imprenta Nacional, 1958).

11 Sergio Rodríguez Azuero, Los orígenes anglosajones de la fiducia mercantil en Colombia, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Separata De Fiducia, n.º 361, 63-114 (2016).

12 Colegio de Abogados de Medellín, Instituciones de derecho comercial colombiano, 510 (1.ª ed., Cámara de Comercio de Medellín, 1987). Prueba incontrastable de que el negocio fiduciario no obedece a la concepción inicial de los redactores originales, ni de los primeros comentaristas que lo asumían y consideraban como un instrumento de administración, es el hecho que hoy no sean frecuentes los contratos descritos en la cita.

13 Gilberto Pena Castrillón, La fiducia en Colombia (Temis, 1986).

14 Íd., 30. Cursiva del mismo texto.

15 Fue esa práctica de prometer y garantizar rendimientos, la que originó el numeral 3.º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “3. Prohibición general. 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”.

16 Eduardo Casas Sanz de Santamaria, La Fiducia. Recuento histórico y evolución técnica y jurídica desde la Ley 45 de 1923 (2.ª ed., Temis, 1997).

17 Marco Antonio Jiménez Sánchez, Estudios sobre el Fideicomiso (1.ª ed., Grupo Editorial Ibáñez, 2007).

18 Casi con estos mismos términos la fiducia inmobiliaria es descrita por Jiménez Sánchez, op. cit.

19 El artículo 316 del Código Penal indica: “El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte”.

Esta norma se debe integrar con el artículo 1.º del decreto 1981 de 1988 que establece “Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona. Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios. 2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un periodo de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio. Para determinar el periodo de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta”.

20 No se trata de una discusión abstracta. El 13 de mayo de 1999, la entonces Superintendencia Bancaria había tomado posesión de la Sociedad Fiduciaria Cáceres y Ferro, por captar recursos del público a través de contratos de mutuo en los que terceros prestaban dinero a fideicomisos inmobiliarios y estos se comprometían a restituirlos con un interés. Demandado el acto administrativo, el Consejo de Estado determinó la legalidad de la intervención y fijó una serie de condiciones que debían cumplirse para que no se diese la captación masiva y habitual. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Proceso 25000-23-24-000-1999-00598-01(14353) (C. P. Héctor J. Romero Díaz, 18 de junio de 2009)

21 “...en la fiducia inmobiliaria de administración de proyecto inmobiliarios el fideicomitente adherente que ha cumplido sus obligaciones, en especial las de aporte de recursos dinerarios al fideicomiso, con miras a adquirir una unidad inmobiliaria resultante de la ejecución del proyecto constructivo desarrollado a través del fideicomiso mercantil, tiene derecho de fuente contractual para exigirle al fiduciario que a la terminación del proyecto le transfiera la propiedad de la unidad inmobiliaria”. Juan Carlos Varón Palomino & Germán Darío Abella Abondano, Derechos fiduciarios y mercado de valores. Reflexiones frente a la normativa colombiana (1.ª ed., Universidad de los Andes, 2013).

22 En ese sentido se entienden las declaraciones del presidente de la Junta Directiva de una fiduciaria al diario Portafolio: “Creo que el Gobierno debe reconocer qué se ha hecho bien y legislar con intención de mejorar las participaciones fiduciarias y no de controlarlas; que se las ayude a crecer porque son una buena figura, donde hay capital entrando directo a cada proyecto sin intermediarios. Se puede regular los parámetros en los que el inversionista debe juzgar las inversiones, pero bajo los principios que rigen los

negocios, yo informo el riesgo, pero no garantizo que no suceda”. Portafolio, Auge de derechos fiduciarios, una figura exitosa, en riesgo, (3 de mayo, 2016).

23 Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos (3.ª ed., Temis, 2015).

24 Ernesto Rengifo García, La fiducia mercantil y pública en Colombia (1.ª ed., Universidad Externado de Colombia, 1998).

25 Luis Gonzalo Baena, Reflexiones Acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, 264 (1.ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2013).

26 Íd., 284.

27 Esta tripartición no es propia de la época clásica del Derecho Romano, como muchos suelen pensar. Como bien lo señala Álvaro D’Ors: “El derecho postclásico abunda en el criterio (que generaliza) de la culpa, para medir la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, y la doctrina de las escuelas bizantinas y posteriores elabora una teoría sobre los distintos grados de culpa: distingue la culpa grosera (culpa lata), que se equipara al dolo, de la culpa propiamente dicha (culpa levis), y dentro de esta, la propia del que debe la conducta típica del bonuspater familias (‘culpa levis in abstracto’) y la del que debe poner en las cosas ajenas la misma diligencia que en las propias (‘culpa levis in concreto’). La misma custodia se ordena en esa escala como culpa levissima o falta de una exactissima diligentia... Para aplicar estas graduaciones de la culpa, el derecho postclásico, una vez caída la tipicidad de la acción, erige en criterio fundamental el mayor o menor interés que cada parte tiene en el contrato”. Alvaro D’Ors, Derecho Privado Romano, 521 (10.ª ed., EUNSA, 2008).

28 Jaime Alberto Arrubla Paucar, op. cit., 145.

29 Íd., 147.

30 Carlos Julio Giraldo Bustamante, La fiducia en Colombia según la justicia arbitral, Revista De Derecho Privado, n.º 32, 91 (2005).

31 Íd., 91.

32 El término administrar tiene siete acepciones según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Para nuestros efectos es la tercera la que interesa: “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”.

33 Decreto 2255 de 2010 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. 15 de julio de 2010. D. O. 47771.

34 Circular Básica Jurídica (Superintendencia Financiera de Colombia) Parte II, Título II, Capítulo I, Núm. 5.5.1.

35 Circular Básica Jurídica (Superintendencia Financiera de Colombia) Parte II, Título II, Capítulo I, Núm. 5.5.2.

36 Circular Básica Jurídica (Superintendencia Financiera de Colombia) Parte II, Título II, Capítulo I, Núm. 6.2.2

37 Circular Básica Jurídica (Superintendencia Financiera de Colombia) Parte I, Capítulo I, Título III, Numeral 3.4.7.3

38 El numeral 5.5.1. indica: 5.5.1 Las sociedades fiduciarias al momento de decidir si comprometen o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, deben solicitar al gestor o promotor la información necesaria para evaluar, valorar y verificar aspectos como:

5.5.1.1. Los riesgos del negocio y las posibilidades de ganancia o pérdida, conforme a los escenarios proyectados para la operación. Tal información debe reposar en un documento que contenga la evaluación de riesgos del proyecto.

5.5.1.2. Las condiciones que deben cumplirse para iniciar o continuar con cada fase del negocio.

5.5.1.3. El número de participaciones fiduciarias que se deben comercializar para obtener la viabilidad financiera del proyecto, la cual debe abarcar desde la fase preoperativa hasta el inicio de la operación y debe tener en cuenta todas las fuentes de recursos.

5.5.1.4. La existencia de los estudios de títulos en los que conste que los bienes que se transfieran o vayan a transferir no presentan problemas que afecten su tradición y demás requisitos legales para su plena disposición.

5.5.1.5. La existencia de los modelos, estudios técnicos y diseños con los que debe contar el proyecto, los cuales deben ser presentados por el promotor o gestor, según corresponda.

5.5.1.6. Que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto.

5.5.1.7. Que se cuente con la metodología para la cuantificación y valoración de las participaciones de los negocios.

5.5.1.8. Que el constructor y promotor cuenta con capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

5.5.1.9. Que se tomen las pólizas de seguros que amparen, por lo menos, los riesgos de daños a la obra, los riesgos en la construcción, daños a la maquinaria de la obra, daños a terceros y riesgos de responsabilidad civil, según aplique.

5.5.1.10. Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren vigentes.

39 3.4.7.3. Negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias

En los negocios cuyo objeto sea la promoción y consecución de interesados en adquirir participaciones fiduciarias, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, así como de aspectos como:

3.4.7.3.1. La información del proyecto: sus etapas, los riesgos y los diferentes escenarios de factibilidad.

3.4.7.3.2. El número total de participaciones fiduciarias a comercializar, con la indicación de las participaciones que a la fecha de vinculación del inversionista se hayan transferido.

3.4.7.3.3. La información del promotor, constructor y operador, este último si se encuentra designado, o en su defecto el mecanismo de selección.

3.4.7.3.4. Si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones.

3.4.7.3.5. La posición contractual que adquiere con su inversión el adquirente de las participaciones, así como sus derechos y obligaciones.

3.4.7.3.6 El valor de las participaciones fiduciarias previsto en el contrato de fiducia y el valor de comercialización de las mismas.

3.4.7.3.7. La indicación clara y expresa que la participación fiduciaria no garantiza rentabilidad, está sujeta a eventuales pérdidas, no da lugar al reconocimiento y pago de rentas vitalicias, ni se trata de un producto equivalente a una pensión de jubilación.

3.4.7.3.8. Los eventos de salida o de terminación del contrato fiduciario.

3.4.7.3.9. El estado en el que se encuentra el cumplimiento de las condiciones para el inicio de la fase de desarrollo o punto de equilibrio.

3.4.7.3.10. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituido.

En todo caso, las sociedades fiduciarias deben dar cumplimiento a los deberes de publicación y de información a que se refieren los incisos finales del subnumeral 3.4.7.1., en lo relativo a la publicación y entrega de los contratos y la cartilla a los inversionistas, según el caso.

40 El capítulo 6, título I, libro I, parte 3 del decreto 2555 de 2010, diferencia las participaciones de fondos de inversión colectiva abiertos y cerrados. Sobre las

primeras indica que no son valores y que representan el valor del aporte de los inversionistas. Indica también que de ellos se dejará constancia en los documentos, registros electrónicos o comprobantes que se prevean en el respectivo reglamento. En cuanto a las participaciones de fondos de inversión colectiva cerrados establece que los derechos de participación de los inversionistas estarán representados en documentos que tendrán la calidad de valores. Sobre esos valores expresa que podrán estar inscritos o no en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), de conformidad con lo establecido por la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva en el reglamento.

41 El decreto 2555 de 2010 define los FIC así: “Artículo 3.1.1.2.1. Definición de Fondo de Inversión Colectiva. Para los efectos de esta Parte se entiende por Fondo de Inversión Colectiva todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez el fondo entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos”.

42 El artículo 3.3.2.1.1 del decreto 2555 de 2010 define los Fondos de Capital Privado como “fondos de inversión colectiva cerrados que deben destinar al menos las dos terceras partes (2/3) de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE). Para efectos de este cálculo, no computarán los activos que indirectamente impliquen inversiones en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE)”.

43 Los FIC y FCP, como vehículos y productos de inversión, tienen una precisa, extensa y detallada regulación en la Parte 3, del decreto 2555 de 2010. Ningún contrato fiduciario tiene una regulación tan extensa. A pesar de que puedan ser administrados por una sociedad fiduciaria, el contenido de esa regulación y el carácter y fundamento colectivo de la institución, impiden que hoy se les considere contratos de fiducia de inversión.

44 Lo dicho inevitablemente hace recordar la culpa in concreto o diligencia quam suis del derecho romano. De ella se dice que es la “inobservancia por parte del deudor, de la diligencia que suele tener en sus propios asuntos”. Juan Iglesias Redondo, Derecho Romano (14.^a ed., Ariel, 2002).

45 En el artículo 3.1.3.1.3 del Decreto 2555 de 2010 sobre obligaciones y responsabilidad de la sociedad administradora de fondos de inversión colectiva, se describen veinticinco conductas como funciones u obligaciones del administrador de un FIC. Es decir, el regulador deja claro al profesional el conjunto de actuaciones que constituyen el actuar del experto prudente y diligente.

46 “Para apreciar la culpa del deudor hay que comparar la conducta practicada con la que debió realizar. Ahora bien, variará el patrón de comparación según que se adopte un criterio abstracto o un criterio concreto y circunstancial. Si se adopta un criterio abstracto, se compara la actuación del deudor con la que habría cumplido el ente de razón que se tiene como cartabón en la mente... Si se adopta un criterio concreto y circunstancial la comparación no se hace con relación a un ente de razón, sino con la propia persona del deudor tomando en cuenta sus aptitudes y flaquezas y lo que le era exigible en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Jorge Joaquín Llambías et al., Manual de Derecho Civil, 66-67 (14.^a ed., LexisNexis & Abeledo Perrot, 2005). (subrayado fuera de texto).

47 Juan Carlos Varón Palomino, Portafolios de inversión. La norma y el negocio, 35 (1.^a ed., Universidad de los Andes, 2008).

48 Edgar Cortes, además de exponer las críticas formuladas a la clasificación tripartita en Colombia, afirma y muestra como entre los códigos civiles latinoamericanos “algunos optan por el modelo de diligencia abstracta del buen padre de familia, otros por modelos concretos que dependen de las circunstancias particulares”. Edgar Cortés, La culpa

contractual en el sistema jurídico latinoamericano, 161 (1.ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2001).

49 Giovanna Visintini & Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, tratado de la responsabilidad civil, 238 (Astrea, 1999).

Notas de autor

Autor de correspondencia. Correo electrónico:
earce@javeriana.edu.co

Información adicional

Cómo citar este artículo: Eduardo Arce Caicedo, *Responsabilidad del fiduciario en los contratos de comercialización de participaciones fiduciarias*, 69 Vniversitas (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.rfcc>