

LUIS GONZALO
BAENA CÁRDENAS

REFLEXIONES ACERCA
DE LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL DEL FIDUCIARIO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



PRESENTACIÓN	13
--------------	----

PRIMERA PARTE
 PROPEDEÚTICA. LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA
 Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES Y DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD
 CIVIL PROFESIONAL DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS:
 APROXIMACIÓN A LA CONTRATACIÓN FIDUCIARIA

I. El problema de la responsabilidad civil del fiduciario y sus implicaciones en la doctrina y la jurisprudencia. El Estado actual de la cuestión	33
II. Finalidad del régimen de responsabilidad del fiduciario	42
III. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del fiduciario	43
IV. Presupuestos de la responsabilidad civil del fiduciario	45

CAPÍTULO SEGUNDO

FUENTES DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

I. Planteamiento introductorio	49
II. Delimitación del concepto de negocio fiduciario	50
A. Génesis histórica	50
1. Los negocios fiduciarios en el derecho romano	50
a. El “pactum fiduciae”	53
b. La “fiducia cum amico contracta”	55
c. La “fiducia cum creditore”	56
d. La “actio fiduciae in ius”	57
– La diligencia en el cumplimiento	59
– La sanción del dolo	60
– La interpretación de lo realmente querido por las partes	60
2. Los negocios fiduciarios en la etapa del renacimiento jurídico italiano y la escuela pandectística alemana	62
3. Los negocios fiduciarios en la tradición del “common law”	64
B. Los negocios fiduciarios en el ordenamiento jurídico colombiano	67

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Los negocios fiduciarios de la Ley 45 de 1923 son negocios de confianza que difieren de la fiducia mercantil consagrada en el Código de Comercio | 67 |
| 2. | Los negocios fiduciarios en el Código de Comercio | 68 |
| 3. | Los negocios fiduciarios en la contratación estatal | 69 |

CAPÍTULO TERCERO

ESTRUCTURA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

- | | | |
|-----|--|-----|
| I. | Sujetos que intervienen en la celebración del negocio fiduciario | 77 |
| A. | El fideicomitente, fiduciante o constituyente | 77 |
| 1. | Es al fideicomitente a quien le corresponde impartir las instrucciones a las que debe sujetarse el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad a la que quedan afectados los bienes fideicomitados | 78 |
| B. | El fiduciario | 79 |
| 1. | En los negocios fiduciarios, el fiduciario asume las respectivas obligaciones en calidad de experto en la gestión de negocios ajenos, lo que implica cierta habilidad y experiencia que no se pueden excusar | 83 |
| 2. | Las normas que regulan la actividad fiduciaria en Colombia: ¿imperativas o dispositivas? | 92 |
| a. | Naturaleza jurídica de la actividad profesional de las sociedades fiduciarias y alcances de la misma | 93 |
| b. | El estudio de los valores e intereses en juego como clave de la responsabilidad contractual del fiduciario | 98 |
| C. | El beneficiario | 104 |
| 1. | El elemento de la ajenidad o interés ajeno es el fundamento del deber genérico de diligencia que pesa sobre el fiduciario | 107 |
| 2. | El beneficiario no ostenta la condición de parte contratante | 108 |
| II. | El objeto del negocio fiduciario está determinado por el servicio que presta el fiduciario | 110 |

CAPÍTULO CUARTO

ELEMENTOS DE CARACTERIZACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

- | | |
|----|--|
| I. | El pleno sometimiento del fideicomitente y del beneficiario a los actos de administración y de disposición |
|----|--|

por el fiduciario implica una amenaza latente de abuso por parte de este, cuyo control exige un estricto régimen de responsabilidad	119
II. Sobre el fiduciario pesa la carga de la guarda y conservación diligente de los bienes fideicomitidos	126

CAPÍTULO QUINTO

TIPOLOGÍA DE LAS OBLIGACIONES QUE PARA EL FIDUCIARIO SE DERIVAN DE LA CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS CONSTITUTIVOS DE SU OBJETO SOCIAL: BREVE REFERENCIA A LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO Y SU IMPORTANCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO

I. Planteamiento general y encuadramiento de las obligaciones de medios y de resultado	137
II. Consolidación jurídica de la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado	138
III. La clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado: un lugar común en la contratación fiduciaria que exige mayores reflexiones	143
IV. Los factores invocados por la doctrina y la jurisprudencia no justifican de manera razonable el trato privilegiado dispensado a las sociedades fiduciarias al momento de determinar su responsabilidad civil	148
V. La no inversión de la carga de la prueba no significa que los operadores jurídicos no puedan llegar a una conclusión de responsabilidad civil del fiduciario basada en la utilización de la prueba de presunciones	150

CAPÍTULO SEXTO

MODELO CONTRACTUAL QUE INFORMA LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS

I. Autonomía privada y libertad contractual	155
II. El modelo contractual que informa la actividad fiduciaria se caracteriza por su tendencia hacia la estandarización	156
A. El fenómeno de la contratación en masa, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas como caracterizada manifestación práctica de los negocios fiduciarios	160

1.	Razones que justifican el fenómeno de la contratación por adhesión a condiciones generales en la contratación fiduciaria	163
2.	Las cláusulas abusivas o vejatorias en la contratación fiduciaria	165
3.	Contenido y alcances de las cláusulas abusivas o vejatorias en la contratación fiduciaria	168
B.	Control del contenido y ejecución de los negocios fiduciarios concluidos a partir de contratos por adhesión a condiciones generales	174

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA FE QUE OFRECE EL FIDUCIARIO Y LA CONFIANZA QUE PONE EL FIDEICOMITENTE ENUNCIAN EL DEBER DE AQUEL DE RESPETAR Y CUMPLIR SU PALABRA E IMPLICAN UNA RELACIÓN DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES QUE TIENE COMO FUNDAMENTO LA BUENA FE.

I.	Planteamiento introductorio	185
II.	La buena fe como principio de interpretación y fuente de integración	186
III.	La buena fe en la etapa precontractual	192
IV.	La buena fe en la etapa de ejecución del contrato	194
V.	La buena fe objetiva no tolera el aprovechamiento del “descuidado” o “imprevisor” por mediar ligereza, inexperiencia o necesidad económica	196
VI.	La particular posición de la jurisprudencia colombiana frente al concepto de buena fe objetiva como fundamento de la responsabilidad civil del fiduciario	198
VII.	Buena fe y deberes secundarios de conducta	201

SEGUNDA PARTE

LA RELACIÓN JURÍDICA FIDUCIARIA Y SU PROYECCIÓN EN LA ESFERA CONTRACTUAL

CAPÍTULO OCTAVO

EL ENCUADRAMIENTO DEL PROBLEMA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL FIDUCIARIO DENTRO DEL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

I.	La culpa como fundamento de la responsabilidad civil	207
A.	La culpa en el derecho histórico	207
1.	La culpa-negligencia	211
a.	El modelo del común de los hombres	212

b.	El modelo del “bonus”, “prudens” o “diligens pater familias”	212
c.	El modelo “quam suis”	219
2.	La culpa-impericia	222
B.	La evolución histórica en los glosadores, las Siete Partidas, el sistema europeo y las normas del derecho unificado	225
C.	Los códigos civiles latinoamericanos	232
D.	La culpa en el ordenamiento positivo colombiano	233
1.	La culpa como infracción de la diligencia	236
2.	La culpa como sinónimo de negligencia	237
II.	La culpa referida a la contratación fiduciaria	238
A.	Planteamiento introductorio	238
1.	La culpa del fiduciario: ¿“culpa profesional” o “culpa común”?	239
B.	Acerca del contexto dialéctico de la diligencia como expresión positiva de la culpa y su delimitación conceptual: ¿es la diligencia del hombre medio el parámetro con el que se debe juzgar la responsabilidad del fiduciario?	241
1.	Una aproximación histórica desde el derecho romano	246
a.	La diligencia en el ámbito de la responsabilidad objetiva	249
b.	La diligencia en el ámbito de la responsabilidad subjetiva	255
c.	Tesis intermedia	258
2.	El deber de diligencia que pesa sobre el fiduciario no es sinónimo de buena fe	260
3.	La construcción teórica moderna del concepto de diligencia referido a los negocios fiduciarios: cómo debe entenderse y cómo debe aplicarse la diligencia en los negocios fiduciarios traslaticios y no traslaticios de dominio	263
a.	En la contratación fiduciaria, la diligencia debe ser técnicamente adecuada al cumplimiento como resultado material	264
–	La diligencia en el ámbito del derecho de las obligaciones y contratos	265
–	La diligencia en el ámbito de las normas de protección al consumidor financiero	267
b.	La diligencia cumple una función eminentemente integradora de la prestación fiduciaria	276
c.	El tema de la diligencia exigible al fiduciario, como fundamento de su responsabilidad, se formula utilizando la construcción obligacional y empleando como criterio de fijación de la misma el de la “utilitas contrahentium”	282

d.	La falta de diligencia es tanto un acontecimiento material como una infracción jurídica	285
e.	El artículo 1234 numeral 1 CCo le confiere a la diligencia la eficacia jurídica de exonerar de responsabilidad al fiduciario	286
f.	El contenido del deber de diligencia depende de la finalidad a la que se encuentran afectados los bienes fideicomitidos	288
	– La adaptación de la diligencia al modelo que la integra	289
	– En la contratación fiduciaria moderna, la “ <i>lex artis</i> ” se erige en factor determinante del deber genérico de diligencia que pesa sobre el fiduciario	310
CAPÍTULO NOVENO		
OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO DEL BENEFICIARIO EN LA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS		
I.	El deber de información	321
A.	Finalidad de la información	335
1.	Los vicios del consentimiento y, particularmente, el error	336
2.	La teoría de las cláusulas abusivas relacionadas con el deber de información en la contratación fiduciaria	347
II.	El deber de consejo o asesoría	347
III.	El deber de fidelidad como manifestación de las exigencias de la buena fe en la contratación fiduciaria	349
BIBLIOGRAFÍA		355
	Doctrina	355
	Pronunciamientos judiciales y conceptos	367
	Corpus Iuris Civilis	368
	Corte Constitucional	368
	Corte Suprema de Justicia	369
	Procuraduría General de la Nación	371
	Superintendencia Bancaria	371
	Tribunal Superior de Bogotá	371
	Webgrafía	371