
INSTITUTO BANCARIO DE PANAMA
DIPLOMADO DE EDUCACION FIDUCIARIA INTERNACIONAL

**LA RESPONSABILIDAD DE LA FIGURA DEL FIDUCIARIO EN PANAMA,
URUGUAY Y COLOMBIA**

A CONSIDERACIÓN DE:

PROFESOR LEONARDO ASCENSI

PRESENTADO POR:

ACEVEDO AYNIS

ALVARADO AHELLYN

ROQUEBERT JOSETTE

PANAMA 23 DE JUNIO DE 2011

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos sobre la responsabilidad del fiduciario, nos referimos al hecho de reconocer un fenómeno jurídico-económico de particular importancia en los últimos años, en virtud del cual la figura de la fiducia, que parecía condenada en el medio común como una segunda figuración, ha venido tomando preponderancia y encontrando numerosas aplicaciones bajo su manifestación de negocio mercantil.

El patrimonio autónomo o especial que se constituye sobre los bienes y mas allá de su estructura teleológica que hace que todo en el contrato ese orientado a lograr la obtención de una finalidad, lo que no es menos importante, diría que existen, al menos dos elementos funcionales de indudable significación para explicar su suceso.

En primer término, debe recordarse como las modernas manifestaciones de la actividad mercantil conducen, cada vez con mayor frecuencia, a soportarse en negocios jurídicos complejos, no solo desde el punto de vista jurídico, al reconocer en ellos la presencia de distintos negocios típicos e individualizables, unidos todos por una finalidad común, sino, en sentido lato, por las sutilezas, particularidades, contenidos técnicos e influencias de legislaciones internacionales.

Otro aspecto importantísimo es que los intervinientes encuentran en el mecanismo fiduciario no solo el instrumento integrador sino, la presencia de un tercero profesional que, como el fiel de la balanza, debe velar por proteger equilibradamente los distintos intereses legítimos de los participantes y propender por el cumplimiento de las diferentes obligaciones previstas.

Es importante subrayar que existe una correlación directa entre la eventual responsabilidad del fiduciario y la naturaleza de los bienes recibidos pero, especialmente, de las obligaciones que a su cargo establezcan el acto constitutivo o la ley del país donde se desempeña la labor fiduciaria.

Podría sostenerse que el fiduciario esta íntimamente ligado por su obligación administrativa como gestor y, naturalmente, por la necesidad de poner toda su capacidad esfuerzo a la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo.

Se ha admitido como premisa, por buena parte de la doctrina, cuya formulación se ha consolidado con los pronunciamientos de la Superintendencia Bancaria, que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultados.

INDICE

Introduccion	ii
Obligaciones del Fiduciario	
I. Terminos Generales	1
II. Diferentes Tipos de Responsabilidad del Fiduciario	1
III. Obligaciones del Fiduciario en la Republica de Panama	4
A. Introduccion al Concepto de Fiduciario en Panama	4
B. Obligaciones del Fiduciario en Panama	5
C. Responsabilidad del Fiduciario frente a la facultad de Inversion	7
D. Delegacion de Responsabilidad	8
IV. Responsabilidades del Fiduciario en la Republica de Uruguay	11
A. Responsabilidades del Fiduciario	13
B. Naturaleza de la Responsabilidad del Fiduciario	16
C. Obligaciones del Fiduciario	17
D. Delegacion de Responsabilidades	19
D.1. Administracion	20
D.2. Custodia	20
D.3. Requisitos y Condiciones	20
V. Responsabilidades del Fiduciario en la Republica de Colombia	23
A. Responsabilidades del Fiduciario	24
B. Fondos Comunes de Inversion	27
VI. Conclusiones	29
VII. Bibliografia	30

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

I. TÉRMINOS GENERALES.

- El fiduciario, como titular de los bienes fideicomitidos, tiene todas las facultades para cumplir la finalidad establecida por el fideicomitente, con las limitaciones que surjan de los términos del encargo que se detallan en el contrato que constituye el fideicomiso o de las reservas hechas al momento de la constitución.

Dentro de estos actos, cabe destacar la obligación de mantener los bienes fideicomitidos separados del resto de sus activos, transfiriéndolos a quien corresponda a la finalización del fideicomiso (fideicomisario).

- Además, se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión al menos una vez al año, rendición que la ley limita a favor de los beneficiarios, pero puede hacerse extensiva al fiduciante.
-

II. DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDAD QUE PUEDEN RECARER SOBRE EL FIDUCIARIO

1. **Responsabilidad Penal:** En la labor de administración de bienes de terceros que ejerce el fiduciario, naturalmente se pueden dar conductas punibles en relación con su manejo, que darían lugar a delitos contra el patrimonio como el abuso de confianza, el hurto u otros similares.
2. **Responsabilidad fiscal y disciplinaria:** Aplica a situaciones de servidores públicos que deben sujetarse a normas presupuestales de control fiscal respecto al manejo de los recursos que reciben.

3. **Responsabilidad administrativa:** Las fiduciarias son entes regulados por una Superintendencia que es responsable de velar porque la conducta de las entidades vigiladas se ajuste en un todo a las normas generales que las rigen.
4. **Responsabilidad tributaria:** Aquella que cae por vía excepcional en su condición de fiduciaria respecto de los fideicomisos que administra.
5. **Responsabilidad civil**
 - a. Contractual
 - b. Extracontractual

Panamá

III. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

A. Introducción al concepto de Fiduciario en las leyes Fiduciarias Panameñas

Según la Ley No. 1 del 5 de Enero de 1984, que regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones, se define el Fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

Las obligaciones del Fiduciario no se encuentran limitadas dentro de la ley, la misma ofrece deberes generales sobre la actuación fiduciaria, pero deja en libertad el establecimiento de obligaciones específicas dentro del negocio constitutivo del Fideicomiso, las cuales deben formar parte del contrato como punto esencial de su estructura, cuya ausencia causara su nulidad. El fiduciario es un gestor profesional de intereses ajenos como lo expresan Maestroni, Prieto y Faroppa en su libro sobre el Fideicomiso. Partiendo del hecho del cual el Fiduciario toma control de los bienes fideicomitados, el instrumento o contrato de Fideicomiso establece obligaciones o responsabilidades para la administración de ese patrimonio, es allí donde entra a jugar la limitante o requisito de actuación que establece y espera la ley sobre las acciones del Fiduciario como administrador de ese patrimonio: la actuación y el cuidado de un buen "*Pater Familias*", lo cual supone diligencia, responsabilidad, honestidad y sobre todo una constante vigilancia sobre el mandato recibido por parte del fideicomitente para la ejecución de los objetivos del fideicomiso.

Cierto que la responsabilidad del Fiduciario afecta y condiciona el cumplimiento de los objetivos del Fideicomiso, la legislación Panameña establece que "podrán ser fiduciarios" las personas naturales o jurídicas, sin embargo, dichos individuos naturales o jurídicos que lleven a cabo negocios como fiduciarios necesitaran contar con una licencia que solo será otorgada si cumple con los requisitos necesarios, los cuales forman parte de otro espectro

de discusión que nos atañe en este momento. Como política impuesta por la Superintendencia de Bancos de Panamá, la cual regula el negocio fiduciario en Panamá, no se otorga licencia fiduciaria a individuos naturales.

Las obligaciones del fiduciario comenzaran en el momento mismo que acepte el cargo **por escrito**.

B. Obligaciones del Fiduciario en Panamá.

1. Actuar con la diligencia de un buen *Pater Familias*.

Aunque el Fideicomiso establezca limitaciones a la responsabilidad del Fiduciario, este no será exonerado por las pérdidas o los daños causados por culpa grave o dolo. La responsabilidad será solidaria en caso de haber varios fiduciarios. Esta diligencia exigida, lo obliga ejercer todas las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos y la consecución de los objetivos del fideicomiso al estar la actuación del Fiduciario fundamentada en la confianza otorgada. (Ver Art. 27, Ley 1-1984)

2. Cumplir con los términos del Fideicomiso.

El fiduciario deberá cumplir con los términos del instrumento de fideicomiso y disposiciones establecidas en la Ley de Fideicomiso. El fiduciario no estará obligado a proporcionar las consideraciones especiales en favor de fideicomitente o beneficiario, a menos que se exprese lo contrario en el contrato de fideicomiso.

3. Rendir Cuentas.

Si el instrumento de fideicomiso no estable fechas para la rendición de cuentas, esta debe darse por lo menos una vez al año y al extinguirse el fideicomiso. (Ver Art. 28, Ley 1-1984). La ley no dispensa al Fiduciario la obligación de rendir

cuentas, al tomarla como un acto indispensable del ejercicio de su administración.

4. Dar caución por buen manejo.

Esta obligación es de libre disposición por parte del redactor del contrato del fideicomiso y del fideicomitente.

5. Separación del Patrimonio Fideicomitado de aquel del Fiduciario.

La constitución de un patrimonio autónomo, supone la inembargabilidad de los mismos, separados de los bienes del fideicomitente y de aquellos del Fiduciario, salvo por obligaciones incurridas en funciones de la ejecución del fideicomiso, o por terceros cuando se hubieren traspasado o retenido los bienes fraudulentamente o causando perjuicios a terceros. La obligación será para el Fiduciario, en cuanto al pago de impuestos, tasas u otros gravámenes causados por el patrimonio fideicomitado.

6. Mantener estricta reserva.

La obligación de guardar el secreto fiduciario se mantiene aunque termine el fideicomiso, la relación laboral o personal o aunque de haya cancelado la licencia fiduciario, según lo establece el Capítulo IV, Art. 19 del Decreto Ejecutivo No. 16 del 3 de Octubre de 1984 que Reglamenta el Ejercicio del Negocio Fiduciario en Panamá. Dicha información, solo podrá ser revelada a las autoridades administrativas y judiciales competentes, exclusivamente para el ejercicio de las funciones legales y regulatorias y estas mismas mantendrán estricta reserva de la información que obtengan.

C. Responsabilidad del Fiduciario referente a las facultades de Inversión

La Ley de Fideicomisos deja este tema abierto a las consideraciones expresadas en el acto constitutivo, sin embargo un contrato estándar contendrá un amplio poder con facultades de inversión otorgadas al Fiduciario, el cual deberá cumplir para lograr los objetivos del Fideicomiso, adicional al cuidado que la ley requiere de todas las actuaciones del Fiduciario.

El Decreto Ejecutivo No. 16 del 3 de Octubre de 1984 por el cual se reglamenta el ejercicio del negocio de Fideicomiso en Panamá en su Artículo No. 28, establece respecto a la facultad de inversión que posee el Fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado, las siguientes restricciones, separadas de aquellas que el instrumento o contrato constitutivo imponga:

Si el fideicomitente no dispone lo contrario, se prohíbe a las empresas fiduciarias:

- a. Invertir los bienes fideicomitados en:
 1. Acciones de la empresa fiduciaria y otros bienes de su propiedad.
 2. Acciones o bienes de las empresas en las que tenga participación o en las que sus directores o dignatarios sean socios, directores, dignatarios, asesores o consejeros, salvo que se trate de acciones de sociedades registradas en la Comisión Nacional de Valores de Panamá o de acciones ofrecidas al público bajo autorización de la autoridad rectora equivalente en el extranjero; previa autorización de la Comisión Bancaria Nacional (entiéndase por Superintendencia de Bancos de Panamá).
- b. Otorgar préstamos con fondos provenientes de los fideicomisos a sus dignatarios, directores, accionistas, empleados, empresas subsidiarias, afiliadas o relacionadas a la empresa fiduciaria.
- c. Adquirir por sí o por interpósita persona, los bienes dados en fideicomiso.

Podemos expresar que estas prohibiciones en cuanto a las facultades de inversión tienen por objetivo, el control fiduciario, la transparencia, la objetividad y la imparcialidad del Fiduciario, al no competir con el Fideicomiso, no lucrar de él (salvo los cargos que cobra por su administración), ni disponer del patrimonio autónomo dado en fideicomiso a menos que sea previamente establecido en el acto constitutivo.

D. Delegación de Responsabilidades

La Ley Fiduciaria no contiene provisiones relevantes sobre la delegación de los poderes del Fiduciario. Por lo tanto, las reglas generales del Código de Comercio podrían ser aplicadas a un poder dado por el Fiduciario a favor de una tercera persona, ya que “la Ley Fiduciaria no se hace distinción entre poderes de administración o poderes dispositivos”, no se encuentra clara separación entre los poderes o las tareas que los fiduciarios pueden o no pueden delegar.

Sin embargo, la ley es clara al establecer el cuidado en la actuación general del Fiduciario hacia el fideicomiso, persiguiendo este principio podemos decir que según lo que se desprende del Art. 27 de la Ley 1-1984 sobre Fideicomisos, el Fiduciario responderá por cualquier menoscabo del patrimonio fideicomitado al faltar a su obligación de buen padre de familia sobre la administración del fideicomiso.

El Artículo 25 de la Ley 1-1984, establece que el Fiduciario tendrá todas las “acciones y derechos inherentes al dominio”, siempre sujeto a los fines del fideicomiso y las obligaciones de la ley y el instrumento de constitución, debe actuar personalmente, pero es bien sabido que el Fiduciario no es persona experta en todos los temas que competen a la administración, inversión y preservación del patrimonio fideicomitado, llegara un momento en el que este necesitara la intervención del terceros, no para asumir sus responsabilidades

esenciales, sino para encargarse de ciertos aspectos inherentes a la administración o ejecución de los objetivos del Fideicomiso, como por ejemplo: La contratación de un bróker, para que invierta en la bolsa de valores siguiendo las instrucciones de inversión contenidas en el instrumento de fideicomiso, aunque se trata de una delegación que hace el Fiduciario, se entiende como una “acción” inherente de su dominio del patrimonio Fideicomitidos que debe ser ejecutada para cumplir los fines para los cuales ha sido creado y los cuales son responsabilidad administrativa del Fiduciario.

Podríamos terminar diciendo que el Fiduciario no es personalmente responsable de contratos contra terceros, a menos que exista falta grave o negligencia o fraude en su actuar, en el caso que los activos del fideicomiso no sean suficientes para cumplir una obligación contraída, el mismo debe ser liquidado.

Otras responsabilidades del Fiduciario, que podemos decir son accesorias a sus funciones de administrador del patrimonio Fideicomitidos pero que tiene mucha importancia son:

1. Ley No. 42 del 2 de Octubre de 2000, que establece Medidas para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales, obliga entre otras instituciones financieras, a las empresas fiduciarias, a mantener, en sus operaciones, la diligencia y el cuidado conducentes a impedir que dichas operaciones se lleven a cabo con fondos o sobre fondos provenientes de actividades relacionados con el delito de blanqueos de capitales y a evitar su comisión.
2. Es responsabilidad del Fiduciario contar con un agente residente en Panamá.

Uruguay

IV. RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO EN LA REPÚBLICA DE URUGUAY

El fideicomiso en El Uruguay está regulado por la Ley No. 17.703 de 2003, la cual en su artículo 1ero define el fideicomiso como “el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.”

La legislación uruguaya delimita de manera clara la separación del patrimonio. El patrimonio fideicomitado no responde por las obligaciones personales del fiduciario. Estas constituyen dos manifestaciones prácticas claras del principio de separación del patrimonio fideicomitado respecto del patrimonio personal del fiduciario, que es consagrado por el art. 6. De la citada ley.

El artículo 6 de dicha ley establece que “el conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine. El mismo deberá ser inscrito en la Dirección Nacional del Ministerio de Educación y Cultura.

El artículo 11 de la Ley de Fideicomiso establece en su primer párrafo que “podrá ser fiduciario cualquier persona física o jurídica. La persona física deberá tener la capacidad legal exigida para ejercer el comercio”.

Como se aprecia, no se establecen limitaciones en cuanto al tipo de sociedad que deben revestir aquellas que se propongan desarrollar actividad como fiduciarios y en el caso de las personas físicas, se establece simplemente

que basta con que cuenten con la capacidad legal para ejercer el comercio, esto es, y dicho de otra manera, basta con ser mayor de edad.

Sin embargo, el párrafo segundo de este artículo establece que las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales solo pueden actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional, considerando dicha ley que existe profesionalidad cuando una persona física o jurídica participa en calidad de fiduciario en cinco o más negocios de fideicomisos en cualquier año calendario.

Los fideicomisos financieros se deben inscribir en el Ministerio de Educación y Cultura quien se encargará de comunicar al Banco Central del Uruguay aquellos fiduciarios que excedan la cantidad mencionada en el párrafo que antecede, a fin de que éstos tramiten su inscripción como fiduciarios profesionales en la sección de Fiduciarios del Registro de Mercado de valores que lleva el Banco Central del Uruguay.

A. Responsabilidades del fiduciario.

En primera instancia podemos destacar que la legislación Uruguaya en la citada ley establece que el fiduciario no responde con sus bienes por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

Si el patrimonio fideicomitado es insuficiente para atender las obligaciones derivadas del fideicomiso y no existe estipulación contractual sobre provisión de recursos por el fiduciante o el beneficiario, el fiduciario liquidará el fideicomiso, enajenando los bienes y entregando su producido a los acreedores conforme al orden de privilegios de una quiebra.

La responsabilidad del fiduciario por las obligaciones contraídas en ejercicio de la gestión que le fuera encomendada se limita al patrimonio fideicomitado, no respondiendo con sus bienes personales (art. 8).

“Artículo 8 (alcance de la responsabilidad): Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La influencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

Si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas de los artículos 31 y 32 de la presente ley. En los casos de conflictos entre las partes y si se tratare de fideicomiso financiero se recurrirá al proceso arbitral

previsto en los artículo 472 y siguientes del Código General de Proceso y si se tratase de fideicomiso no financiero, se podrá recurrir al proceso arbitral citado o la vía judicial, siguiéndose el trámite del proceso extraordinario previsto en los artículos 346 y 347 del Código General de Procesos”

Más adelante la legislación entra a establecer el estándar que debe seguir el Fiduciario. Las legislaciones argentina, paraguaya y uruguaya coinciden en fijar como estándar de evaluación de la conducta del fiduciario al buen hombre de negocios, concepto proveniente del derecho comercial; y en impedirle la exoneración de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave, y de la obligación de rendición de cuentas. Existe coincidencia en que es aplicable al fideicomiso el estatuto de la Ley de Relaciones de Consumo (especialmente en cuanto a la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión), cuando el mismo constituye una relación de consumo en virtud de ser el fiduciario un proveedor de servicios, y el fideicomitente y/o beneficiario un destinatario final de los mismos. Dentro del haz obligacional generado por el contrato de fideicomiso, el fiduciario puede asumir tanto obligaciones de medio como de resultado. En virtud de principio de la autonomía privada, es legalmente posible elevar una obligación de medio a la categoría de obligación de obligación de resultado.

Tal como dijimos anteriormente la ley dispone que el fiduciario no responde por los actos realizados en el cumplimiento del encargo del fiduciante con su propio patrimonio, haciéndolo únicamente con los bienes afectados al fideicomiso. Sin embargo, debe entenderse que esta limitación de responsabilidad opera en tanto y en cuanto el fiduciario actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le imponen la ley y el contrato.

De acuerdo al artículo 16 de la citada ley establece como dijimos en el párrafo que antecede que el estándar que se debe aplicar a efectos de considerar o juzgar la actuación del fiduciario es el del “hombre de negocios”, el

que es de una severidad sensiblemente mayor a la del “buen padre de familia”, cosa que nos parece absolutamente razonable y justo que así sea, ya que -salvo rarísimas excepciones-, los fiduciarios serán profesionales o empresas integradas por profesionales en el manejo y administración de patrimonios, que asimismo, a la hora de publicitarse, se auto-promocionarán como especialistas en tales actividades, debiendo entonces, y como contrapartida, ser medidos con esta especial vara a la hora de juzgarse su desempeño.

En cambio, no nos parece adecuado aplicar este estándar a un simple individuo que, hasta quizá por razones de amistad o parentesco, se preste a actuar como fiduciario en un fideicomiso por más sencillo que este sea. A pesar de ello, la ley no hace distinción alguna de si el fiduciario es una empresa o profesional altamente especializado o es un novato en estas actividades o un simple vecino o padre de familia. En estos casos es conveniente que estas personas, antes de aceptar su designación y firmar el contrato de fideicomiso, se asesoren debidamente acerca del alcance de sus funciones y las responsabilidades que las mismas les pueden generar.

Asimismo, el mencionado artículo 16 establece también que si el fiduciario “faltare a sus obligaciones será responsable frente al fideicomitente y al beneficiario por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión”. Esto es, responderá con su patrimonio personal en caso de que incumpla con las instrucciones que se le impartieron en el contrato de fideicomiso, así como también en caso de omisión de las obligaciones que le corresponden, como ser, a simple vía de ejemplo, el pago de los tributos que graven al fideicomiso, esto claro está, si el no pago de los mismos no se debe a que no le fueron entregadas las sumas necesarias a tales efectos.

Por último, el mencionado artículo 16 de la Ley establece que “en ningún caso podrá exonerarse de responsabilidad al fiduciario por los daños provocados por su dolo o culpa grave, así como aquellos causados por sus dependientes”.

Esto es, en caso de que exista dolo o culpa grave, el fiduciario bajo ningún concepto podrá eximirse de responsabilidad personal, aún en el caso que se haya pactado una cláusula de absoluta irresponsabilidad para el fiduciario, que entendemos no sería válida. En lo que respecta a los daños causados por los dependientes, sean estos empleados o terceros contratados, también nos parece lógica la solución adoptada pues el fiduciario siempre tendrá la facultad y más aún el deber de supervisar su labor e impartirles directrices claras y precisas a efectos del desarrollo de la misma.

El caso más interesante en la legislación latinoamericana lo constituye el Uruguay, que prohíbe la coincidencia de fiduciario y beneficiario salvo en los fideicomisos en garantía en los que el fiduciario sea una entidad financiera.

B. Naturaleza de la Responsabilidad del Fiduciario

- ✓ Generalmente la responsabilidad del fiduciario por el indebido cumplimiento de su función es de índole contractual.
- ✓ Hay responsabilidad frente al constituyente y/o ante el beneficiario, según las circunstancias.
- ✓ La responsabilidad es también contractual frente al beneficiario que acepto el beneficio. Se trata de la aplicación de la estipulación en favor de tercero.
- ✓ El factor de atribución de la culpa es subjetivo: el fiduciario será responsable cuando el daño sea el resultado de su actuar culpable. Con negligencia, ligereza o ignorancia de las cosas que debe conocer necesariamente. La culpa puede resultar tanto de una acción como de una omisión.
- ✓ Cada vez que el fiduciario incurra en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, faltará a su obligación y será culpable.

- ✓ Para que resulte obligado a indemnizar, es menester también la existencia de un daño imputable en virtud de un factor de atribución de culpa.
- ✓ Está prohibido garantizar los rendimientos de los bienes fideicomitidos en: Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú, Uruguay.

C. Obligaciones del fiduciario

Si bien el fiduciario no tiene, en principio, derecho a renunciar a su cargo, el contrato o el testamento puede concederle esa facultad. (Art. 22 lit. E).

En el contrato de fideicomiso se pactan y establecen las obligaciones que de común acuerdo de las partes se deciden pactar, que podrán ser de lo más variadas de acuerdo a lo que fue la voluntad de las partes en tal sentido y a las características especiales de cada fideicomiso. Adicionalmente, la ley establece una serie de obligaciones para los fiduciarios.

Entre ellas tenemos el artículo 15 de la ley que establece que “el Fiduciario está obligado a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

Igualmente el artículo 16 de la ley establece que el Fiduciario establece la obligatoriedad que tiene de cumplir con sus obligaciones establecidas en la ley y en el contrato de fideicomiso, aplicando la prudencia de un “buen hombre de negocios” tal como dijimos en párrafos anteriores, y más allá de esto, le atribuye el componente de la “confianza depositada en él”, de forma tal que el fiduciario queda obligado por la ley a respetar los acuerdos y obligaciones adquiridos para con el fideicomitente y el beneficiario de acuerdo con la confianza que éstos han depositado en él.

Dentro de estas obligaciones impuestas por la ley tenemos también el artículo 18 el cual establece que el fiduciario deberá rendir cuentas respecto de su actuación, rendición que deberá ser con una periodicidad no mayor a un año. Una vez aprobada esta rendición, el fiduciario quedará libre de toda responsabilidad frente a los beneficiarios presentes o futuros y ante todos los demás ante los que se hubieren rendido cuentas y por todos los actos ocurridos durante el período de la cuenta. Cabe aclarar que el contrato de fideicomiso, por expresa disposición legal, no podrá dispensar de esta obligación al fiduciario.

Asimismo, el artículo 19 de la ley refiere a otras tres obligaciones del fiduciario, a saber:

- a) mantener un inventario y una contabilidad separada de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio del fideicomiso, basada en normas adecuadas, y en caso de que el fiduciario lo sea de varios fideicomisos, deberá llevar una contabilidad separada para cada uno de ellos;
- b) transferir el patrimonio fiduciario al beneficiario que se haya designado en el contrato de fideicomiso una vez que concluya este, o en caso de cesar en su función al fiduciario sustituto; y
- c) guardar reserva respecto de los actos, operaciones, contratos y demás documentos e informaciones que se relacionen con el fideicomiso (se aplica aquí la obligación de secreto profesional).

Adicionalmente, el artículo 191 del Libro IV sobre Negocios Fiduciarios establece los principios de ética del fiduciarios indicando que éste en la conducción de sus negocios debe velar por la protección de los intereses de sus clientes, llevando a cabo sus actividades con probidad e imparcialidad, actuando con profesionalismo, cuidado y diligencia, debiendo adecuar sus actos a principios de lealtad y ética profesional.

El Fiduciario deberá mantener un inventario y contabilidad separada del patrimonio fiduciario. En caso de ser Fiduciario en varios Fideicomisos deberá llevar contabilidad separada de cada uno de ellos de acuerdo al artículo 19 de la Ley N° 17.703 de 27/10/2003.

Con relación a las obligaciones fiscales que se generan en el fideicomiso, existen situaciones en las que el fideicomiso es sujeto pasivo de impuestos. En estos casos surgen una serie de obligaciones fiscales que deben ser cumplidas por el fiduciario. Dentro de estas obligaciones se encuentran: inscripción del Registro Único de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva y eventualmente en el Banco de Previsión Social, presentación de declaraciones juradas y pago de impuestos.

La ley le atribuye al fiduciario la responsabilidad fiscal del representante de una sociedad. Ello supone, que el fiduciario será responsable de las obligaciones tributarias del fideicomiso y deberá responder con su patrimonio cuando no proceda con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (art. 44 de la ley 17.703).

D. Delegación de Funciones Responsabilidad

- ❖ La administración, que comprende todas las funciones inherentes a la conservación, custodia, cobro y realización del patrimonio fideicomitado, corresponde al fiduciario.
- ❖ la participación de otras personas, por delegación, en la administración de los bienes fideicomitados no podrá eximir la responsabilidad del fiduciario ante terceros por el incumplimiento de sus obligaciones legales.
- ❖ La delegación de la ejecución de funciones propias, por parte del fiduciario, se encuentra sujeta a límites, condiciones y deberes de control por parte de este.

D.1. ADMINISTRACIÓN - COBRO

- ❖ El fiduciario podrá delegar la ejecución de las funciones, inclusive en el fiduciante. En todos los casos el fiduciario es responsable por la gestión del subcontratante.
- ❖ El fiduciario deberá verificar que el subcontratante cuente con capacidad de gestión y organización administrativa propia y adecuada para prestar el respectivo servicio; dejando constancia de dicha verificación en el prospecto.
- ❖ Cuando el Fiduciario delegue la ejecución de estas funciones el subcontratante deberá rendir diariamente al fiduciario el/los informe/s de gestión y/o cobranzas y, en su caso, en el plazo máximo de tres días hábiles de recibidos los fondos de las cobranzas depositar los mismos en una cuenta del fideicomiso, operada exclusivamente por el fiduciario.

D.2. CUSTODIA

- ❖ El fiduciario debe asegurar la custodia de los documentos que le permitan el ejercicio de todos los derechos que derivan de su condición de titular del dominio fiduciario.
- ❖ La delegación de la ejecución de la función de custodia no podrá ser realizada en el FIDUCIANTE, salvo en los supuestos que se desempeñen como tales entidades financieras.
- ❖ En dicho caso, se deberá destacar en el prospecto los riesgos que pueden derivar de la custodia de la documentación por parte de este, describiendo en forma detallada las medidas adoptadas a los fines de asegurar el ejercicio por parte del fiduciario de los derechos inherentes al dominio fiduciario.

D.3. REQUISITOS Y CONDICIONES

- ❖ El fiduciario deberá realizar una fiscalización permanente del ejercicio de tales funciones por parte de los subcontratantes y poner mensualmente a

disposición un informe de gestión que incluirá la correspondiente rendición de cobranzas.

- ❖ Dicha verificación podrá delegarse, en personas distintas del fiduciante y el o los subcontratantes objeto de fiscalización, cuya idoneidad deberá ser constatada por el fiduciario e informada en el respectivo prospecto.
- ❖ En todos los casos se deberá establecer en el contrato de fideicomiso las causales de remoción del o los subcontratantes, asegurando, bajo responsabilidad del fiduciario, la debida protección de los derechos de los beneficiarios.
- ❖ En el contrato de fideicomiso financiero deberá fijarse el procedimiento previsto en caso de sustitución, detallándose las medidas a adoptarse en el desarrollo del mismo.
- ❖ El fiduciario deberá contratar un sustituto, respecto del cual verificará que cuente con capacidad de gestión y organización administrativa propia y adecuada para prestar el respectivo servicio.

Colombia

V. RESPONSABILIDADES DEL FIDUCIARIO EN LA REPUBLICA DE COLOMBIA

El fideicomiso en Colombia tiene su antecedente en el trust a partir del reordenamiento de la normativa financiera que se realizara en 1923 y que genero, entre otras normas, la Ley 45 del citado año.

Casa Sanz de Santa María explica que ya en la ley 45 de 1923 se hallaba “explicita mas no definida perfectamente, la fiducia o trust del derecho anglosajón, cuyo germen dio origine posterior al precitado negocio jurídico, típico y bien definido por el art. 1226 del Código de Comercio”¹

Esa ley permitía que los bancos tuvieran una sección fiduciaria, pero posteriormente la Ley 45 de 1990 elimino la misma y se les autorizo a invertir en las sociedades fiduciarias que son las únicas autorizadas a desarrollar la actividad.

La Ley 45 de 1923 es el fruto de la misión de consejeros norteamericanos encabezada por Edwin Walter Kemmer quien le dijo nombre a la misma. “Infortunadamente, en la traducción del proyecto se cometieron errores en apariencia de menor cuantía, pero a la larga tuvieron una influencia decisiva para que la actividad fiduciaria de los bancos quedara encerrada dentro de unos límites demasiado estrechos, que hicieron prácticamente negatoria la existencia de la fiducia pero “ahora se ha solucionado el problema y tenemos una figura jurídica perfectamente tipificada en el nuevo Código de Comercio”.²

La Corte Constitucional de Colombia sostuvo que los dos elementos característicos de la fiducia en ese país son los siguientes:

“El primero puedo definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de domino sobre los

¹ Casa Sanz de Santamaría, Eduardo, La Fiducia, 2a edición, Temis Bogotá, 1997, p. 5

² Casa Sanz de Santamaría, Eduardo, La Fiducia, 2a edición, Temis Bogotá, 1997, p. 23

bienes fideicomitidos. Al respecto, conviene agregar que, para algunos, el negocio fiduciario en el que no se efectúa necesariamente la transferencia del dominio sino la mera entrega de bienes ni constituye un patrimonio autónomo, corresponde a un encargo fiduciario, mientras que en aquellos casos en que se transfiera la propiedad y se constituya un patrimonio autónomo, se estaría ante una verdadera fiducia mercantil tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.

Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura del trust o de la confianza que el primero deposita en el segundo, es decir, en sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su *good will*, con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiara el mismo constituyente o un tercero”.

De todo lo anterior, se puede concluir que en Colombia, como en la mayoría de las jurisdicciones, el fideicomiso involucra tanto un aspecto real relativo a la transmisión de un bien, como un aspecto personal vinculado a las obligaciones asumidas por el fiduciario a favor del beneficiario.

A. Responsabilidad del Fiduciario. Colombia, artículo 1234 del Código de Comercio.

Solo los establecimientos de créditos y las entidades fiduciarias autorizados por la superintendencia bancaria podrán tener la calidad de Fiduciarios. A petición del fiduciante, del beneficiario, o de sus ascendentes, en caso de que aún no exista, el juez competente podrá interponer al fiduciario la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia así como la de prestar una caución especial.

- a) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia
- b) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios
- c) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca
- d) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente
- e) Pedir instrucciones al superintendente bancario cuando tenga fundadas a cerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.
- f) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo
- g) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario
- h) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. En Colombia, según la Circular Externa 6 de 1991 de la Superintendencia Bancaria se entenderá por rendición de cuentas el informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada.

En la rendición comprobada de cuentas como su nombre lo indica, el fiduciario debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley, procedimiento este que es el previsto por la ley al referirse a la rendición de cuentas al fiduciante y/o al beneficiario.

En cambio, los informes revisten un contenido diferente porque su finalidad es meramente la de comunicar o reportar algunas actividades o situaciones llevadas a cabo por el fiduciario con el propósito de poner en conocimiento de los interesados el desarrollo y estado de gestión. No supone, pues, que tal información de las obligaciones del fiduciario, quien debe obtener la conformidad del fideicomitente o beneficiario.

El fiduciario solo podrá renunciar a su gestión por los motivos expresamente indicados en el contrato. A falta de estipulación, se presumen causas justificativas de renuncia las siguientes:

1. Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo.
2. Que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del beneficiario.
3. Que el fiduciante, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso se nieguen a pagar dichas compensaciones.

La renuncia del fiduciario requiere autorización previa del superintendente bancario.

A solicitud de parte interesada, el fiduciario podrá ser removido de su cargo por el juez competente, cuando se presente alguna de estas causales:

1. Si tienen intereses incompatibles con los del beneficiario.
2. Por incapacidad o inhabilidad.

3. Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuidos en sus funciones como fiduciario, o en cualesquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundamentalmente del buen resultado de la gestión encomendada.
4. Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia o a dar caución o tomar las demás medidas de carácter conservatorio que le imponga el Juez.

Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia de Bancaria.

El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

B. Los fondos comunes de inversión en Colombia.

Colombia utilizó la figura del fideicomiso para dar sustento jurídico a los fondos comunes de inversión. En tal sentido, el Decreto 938 de 1989 establece que su artículo 1 que se entiende por “fideicomiso de inversión” a todo negocio fiduciario que celebren las sociedades fiduciarias con sus clientes, para beneficio de estos o de los terceros designado por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el contribuyente.

Por su parte, se entiende por “fondo común” al “conjunto de los recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de los negocios fiduciarios de inversión, sobre los cuales el fiduciario ejerza una administración colectiva”.

Las sociedades fiduciarias podrán conformar fondos comunes de inversión ordinarios integrados con dineros recibidos de varios constituyentes o adherentes para el efecto.

En el fondo común ordinario los recursos deben ser destinados forzosamente a la inversión en títulos de deuda que emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier forma por la nación, otras entidades de Derecho público, el Banco de la Republica, los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial, las cajas de ahorro y los organismos de grado superior de carácter financiero, vigilados por la Superintendencia Bancaria, o cualquier otro título que autorice expresamente el citado organismo, siempre y cuando las sociedades emisoras, aceptantes o garantes de los títulos no sean matrices ni subordinados de la institución financiera.

Ninguna institución fiduciaria podrá administrar más de un fondo común ordinario de inversión. Sin embargo, podrán integrar varios fondos comunes especiales con solo acreditar la capacidad administrativa necesaria.

Finalmente, con el fin de evitar abusos en la publicidad y de salvaguardar la independencia del fondo se dispone que las sociedades fiduciarias se abstendrán de garantizar, por cualquier medio una tasa fija para los recursos recibidos, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos.

VI. CONCLUSIONES

Luego de analizado el tema, podríamos llegar a la conclusión general más importante sobre las responsabilidades del Fiduciario que son mayormente estipuladas o contratadas en el acto constitutivo del negocio fiduciario, donde principalmente actua la voluntad de las partes.

La exigencia que se toma como estándar para las actuaciones del Fiduciario es la de llevar a cabo sus acciones con la diligencia de un buen “Padre de Familia” o como lo colocan otras jurisdicciones como un “buen hombre de negocios”, esto implica mayormente la prudencia, responsabilidad y honestidad del Fiduciario, ya que muchos autores basan esta relación es un acto de confianza otorgado al momento de encomendar la administración del patrimonio fideicomitico por parte del Fiduciario.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

└ Leyes de la Republica de Panamá

- Ley No. 1 del 5 de Enero de 1984, mediante la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras regulaciones.
- Ley No. 42 del 2 de Octubre de 2000, que establece medidas para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales.
- Acuerdo No. 12 -2005 de la Superintendencia de Bancos de la Republica de Panamá del 14 de Diciembre de 2005, sobre “Prevención del Uso Indebido de Servicios Bancarios y Fiduciarios”.
- Decreto Ejecutivo No. 16 del 3 de Octubre de 1984, por el cual se Reglamenta la Ley No. 1 del 5 de Enero de 1984 que regula el ejercicio del Fideicomiso en Panamá.

└ Leyes de la Republica de Uruguay

- Circular 2056 del BCU - Montevideo 26 de febrero de 2010
- Circular 2070 del BCU - Montevideo, 8 de octubre de 2010
- Circular 2073 del BCU - Montevideo, 12 de noviembre de 2010
- DECRETO 516/003 (con las modificaciones introducidas por el DECRETO 204/004)
- Publicación de Alterfides por Esc. Manuel Nion - Montevideo Uruguay - www.alterfides.com

- Ley 17,703 sobre Fideicomisos de 2003 - Montevideo Uruguay
- Rodríguez Azuero, Sergio. Negocios Fiduciarios su significación en América Latina, Bogotá 2005. Capítulo IV, páginas 341 a la 358.

┆ Leyes de la Republica de Colombia

- Ley 45 de 1923
- Artículo 1226, Código de Comercio, Colombia
- Decreto-Ley 410 de 1971
- Decreto 938 de 1989
- Circular Externa 6 de 1991 de la Superintendencia Bancaria
- Estatuto General de Contratación Administrativa, Santa Fe, Bogotá, D.C., 1 de marzo de 1995.
- Casa Sanz de Santamaría, Eduardo, La Fiducia, 2a edición, Temis Bogotá, 1997.

