

XXVI CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO

EL ALCANCE Y MITIGANTES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Luis A. Chalhoub

ICAZA, GONZALEZ-RUIZ & ALEMAN

Panamá, 18 de octubre de 2017

ALGUNA REFLEXIONES INICIALES

fotosconfrases.com



El responsable es aquel
que responde por sus actos, se hace
cargo de sus consecuencias y aprende
de ellas.

LA
CONFIANZA
es como el papel,
una vez ARRUGADO
no volverá a ser
perfecto

www.Cosas
para **mi muro**.com

TEMARIO

- Mapa conceptual de la responsabilidad
- Características particulares de la responsabilidad fiduciaria
- Eximentes y limitantes o atenuantes de responsabilidad

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad - en general - es la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias jurídicas derivadas del cumplimiento imperfecto o incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD



MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

El cumplimiento defectuoso o incumplimiento de una obligación, puede generar responsabilidad, si se le puede atribuir a la persona, sea:

Objetivamente

El solo hecho del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la obligación genera la responsabilidad

Subjetivamente:

No solo se requiere el hecho en si sino además:

Dolo

o

Culpa

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Penal

- La obligación que se incumple está dispuesta en ley
- Requiere dolo y pocas veces culpa
- La consecuencia jurídica es la sanción (e.g. multa, privativa de libertad, etc.)

Administrativa

- La obligación que se incumple está dispuesta en ley
- Es objetiva (no requiere dolo ni culpa)
- La consecuencia jurídica es la sanción (e.g. amonestación, multa, cancelación de licencias, etc.)

Civil

- La obligación que se incumple está dispuesta en la ley (i.e. responsabilidad extracontractual) o en contrato (i.e. responsabilidad contractual)
- Es subjetiva, por lo que requiere dolo o culpa
- Requiere causación de daño.
- La consecuencia jurídica es la indemnización del daño o pago de penalidad contractual

No son excluyentes, por lo tanto pueden ser concurrentes.

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

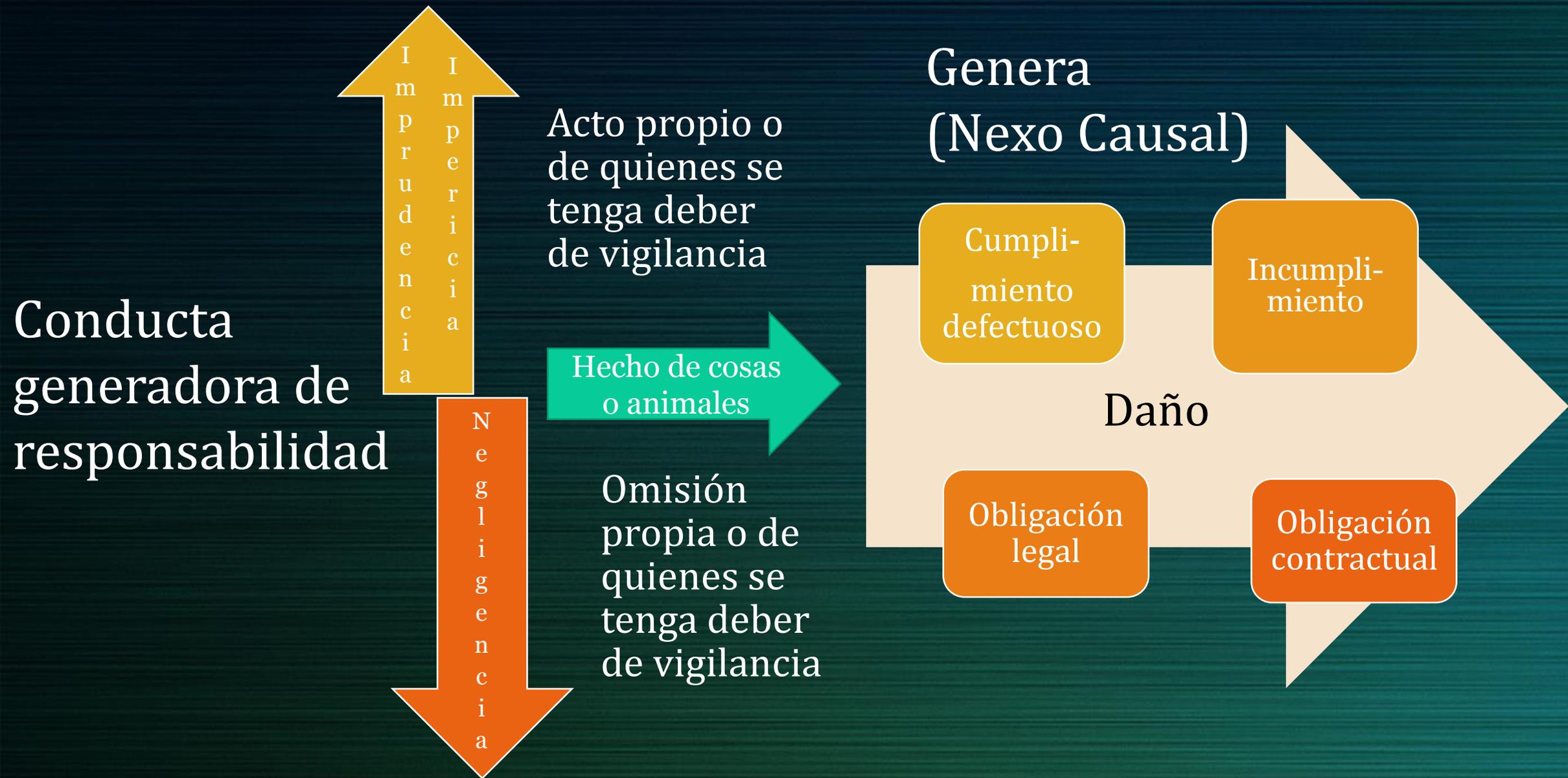
SOLO HABLAREMOS DE LA DENOMINADA
RESPONSABILIDAD CIVIL

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Extensión de la Responsabilidad en función del sujeto responsable



MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD



MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Factores de
atribución
subjetiva
(imputabilidad)
de
Responsabilidad

Dolo

- Intención o propósito deliberado de causar daño

Culpa

- Falta de cuidado o diligencia esperado conforme a la ley o al contrato

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Dolo



■ No admite graduaciones

Culpa



■ Si admite graduaciones

■ - Culpa grave o lata

■ - Culpa leve

■ - Culpa levísima

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Estándar ideal de conducta para medir actuación y determinar si hay culpa

Cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.
(Culpa grave o lata)

Diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.
(Culpa leve)
Buen padre de familia

Esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.
(Culpa levísima)

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Carga Probatoria de la Culpa

- En el caso de responsabilidad contractual, el acreedor incumplido solo debe probar la existencia de la obligación y el daño causado. El deudor incumplidor tendrá que probar que el incumplimiento no fue por dolo o culpa de su parte.
- En el caso de responsabilidad extra-contractual por actos u omisiones propios, compete al afectado demandante probar la existencia del dolo o la culpa.
- En el caso de actos u omisiones de otras personas bajo deber de vigilancia, hechos de bienes o de animales, propios o bajo su servicio, hay una presunción de culpabilidad respecto al ejercicio del deber de vigilancia – no de la culpa del subordinado-, lo cual invierte la carga de la prueba, y por ende corresponde al presunto responsable probar que no medio dolo ni culpa de su parte.

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

EL DAÑO

Para que haya responsabilidad civil es necesario que el cumplimiento imperfecto o incumplimiento de la obligación legal o contractual, sea por dolo o por culpa, cause directa y necesariamente un daño a otro.

El daño es la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en la persona, bienes, ventajas o beneficios patrimoniales o extra-patrimoniales, lícitos, de una persona.

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

EL DAÑO

Condiciones del daño:

- (i) Puede ser presente o futuro, en todo caso debe ser cierto, y en caso de daño futuro debe haber certeza de que necesariamente vaya a realizarse.
- (ii) Puede ser material (patrimonial) o moral (no patrimonial) (e.g. sufrimiento, honor).
- (iii) Incluye el daño emergente y lucro cesante.
- (iv) Solo comprende el daño directo (i.e. resultado directo del acto u omisión ilícito).

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

Consecuencia
jurídica de los
actos u omisiones
dolosos o culposos
que causan daño

Son excluyentes, por lo tanto
no se pueden acumular ni
pueden concurrir como
opciones en favor del
afectado

Cumplimiento
defectuoso o
incumplimiento
de una
obligación legal

- Obliga a **indemnizar** daños y perjuicios

Cumplimiento
defectuoso o
incumplimiento
de una obligación
contractual

- Obliga a **pagar la penalidad** contratada o **indemnizar** daños y perjuicios

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

En resumen, la responsabilidad civil requiere:

- (i) Que haya un acto u omisión ilícito, propio, de las personas con las que comparte solidariamente responsabilidad (e.g. cofiduciarios) o de las personas con relación a las cuales tenga un deber de vigilancia (e.g. trabajadores, apoderados, contratistas), o que se de un hecho de las cosas o animales de su propiedad o a su servicio,
- (ii) que tal acto u omisión cause el cumplimiento imperfecto o incumplimiento de una obligación legal o contractual,
- (iii) que las consecuencias jurídicas de la acción u omisión le sean atribuibles (imputables) a la persona, ya sea porque su actuación fue intencional (dolo) o porque no ejerció la diligencia requerida (culpa),

MAPA CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

En resumen, la responsabilidad civil requiere:

- (iv) que como consecuencia del incumplimiento de la obligación legal o contractual se cause un daño en la persona o propiedad de otro,
- (v) que el imputado no pueda probar que hay un eximente, graduación o limitación legal o contractual de responsabilidad ni que ha prescrito la acción legal para reclamar (i.e. 3 años si es banco, 5 años si es comerciante no banco, en todo caso desde el día que puede ejercitarse, para responsabilidad contractual; y 1 año desde el día que lo supo el agraviado, para responsabilidad extracontractual),
- (vi) la responsabilidad contractual admite graduación; la responsabilidad extra-contractual no admite graduación y es exigible en casos de culpa grave y leve.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

- Confiabilidad y experticia profesional son las condiciones que esencialmente caracterizan a un fiduciario.
- Hay obligaciones que les son impuestas por ley y otras por contrato. El incumplimiento de las mismas, en ambos casos, genera responsabilidad al fiduciario.
- La ley panameña ha dispuesto que sus obligaciones – en general- sean de medios y no de resultados. Esto conlleva la exclusión de responsabilidad objetiva por actos propios.
- La ley panameña – como regla general- exculpa de responsabilidad al fiduciario dueño de vehículos a motor.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

- La ley panameña – como regla general- prohíbe la delegación de funciones y por ende de la responsabilidad.
- La ley panameña – como regla general- dispone que en caso de haber co-fiduciarios, su responsabilidad será solidaria.
- La ley panameña permite limitar la responsabilidad, excepto para dolo y culpa grave; y permite graduar la culpa entre la grave, leve y levísima, pero en defecto, dispone como regla general la de la culpa leve (i.e. diligencia del buen padre de familia).
- La responsabilidad del fiduciario frente al fideicomitente y a los beneficiarios afecta su patrimonio personal; la responsabilidad del fiduciario frente a terceros – por razón del ejercicio de sus facultades conforme al fideicomiso- afecta el patrimonio fiduciario.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Obligaciones legales de todo fiduciario, cuyo cumplimiento imperfecto o incumplimiento generaría responsabilidad:

1. Obligación de segregar, custodiar y conservar los bienes fideicomitidos.
2. Obligación de administrar los bienes fideicomitidos.
3. Obligación de defender los bienes fideicomitidos.
4. Obligación de fidelidad (i.e. disponer de los bienes fideicomitidos en los términos del instrumento de fideicomiso).
5. Obligación de lealtad (i.e. no incurrir en conflictos de interés con el fideicomitente y los beneficiarios).
6. Obligación de profesionalidad.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Obligaciones legales de todo fiduciario , cuyo cumplimiento imperfecto o incumplimiento generaría responsabilidad :

7. Obligación de rendir cuentas.
8. Obligación de informar hechos relevantes al fideicomitente y beneficiarios.
9. Obligación de hacer avalúos en caso de fideicomisos de garantía
10. Obligación de probidad.
11. Obligación de solvencia financiera.
12. Obligación de transferir los bienes fideicomitidos al fiduciario sustituto.
13. Obligación de traspasar bienes fideicomitidos al Tesoro Nacional en caso de no haber beneficiarios al extinguirse el fideicomiso.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Obligaciones contractuales que generalmente se le imponen a todo fiduciario , cuyo cumplimiento imperfecto o incumplimiento generaría responsabilidad :

1. Llevar, por sí o por medio de terceros, la contabilidad del Fideicomiso.
2. Preparar informes de gestión .
3. Entregar a los Fideicomitentes y a los Beneficiarios las informaciones, razonables que se le soliciten.
4. Remitir a las autoridades competentes, en cualquier tiempo, la información que se le requiera conforme a la ley .
5. Conservar documentos .

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Obligaciones contractuales que generalmente se le imponen a todo fiduciario , cuyo cumplimiento imperfecto o incumplimiento generaría responsabilidad:

6. Constituir apoderados judiciales.
7. Celebrar todo tipo de contratos, convenios y otorgar escrituras públicas, para los fines y objetivos del presente Contrato de Fideicomiso.

CARACTERISTICAS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

Recordemos que en la práctica son múltiples los usos que se le pueden dar al Fideicomiso:

- Fideicomiso de administración
- Fideicomiso de inversión
- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso inmobiliario
- Fideicomiso prestaciones o de fondos de pensión
- Fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

Generalidades

- Si las personas fueran responsables civilmente aún en casos de una imposibilidad objetiva, entonces no habría necesidad del concepto de culpa.
- Por otro lado, los empresarios actúan con ánimo de lucro y necesitan prever sus riesgos y estimar sus ganancias, por eso bajo el principio de libertad contractual es posible pactar cláusulas limitativas de responsabilidad. No obstante, debe hacerse uso de esta facultad de manera no abusiva.
- Diferencias conceptuales:
 - ❖ Los eximentes suprimen el dolo y la culpa;
 - ❖ Las limitantes o atenuantes de responsabilidad suprimen o disminuyen la obligación de indemnizar.
- En ambos el efecto jurídico es básicamente el mismo- dejar sin efecto o disminuir la obligación de asumir consecuencias jurídicas del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la obligación, lo cual causa daño.
- Los eximentes los dispone la ley; las limitantes o atenuantes las pactan las partes.

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

- Son eximentes de responsabilidad civil: (i) el caso fortuito, (ii) la fuerza mayor, (iii) culpa exclusiva de la víctima, (iv) violencia, (v) la intimidación y (vi) la excesiva onerosidad.
- Fuerza mayor es la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos.
- Caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.
- Aunque la regla general es la no responsabilidad en estos casos, las partes en un contrato pueden convenir en atribuir algún nivel de responsabilidad en estos eventos.

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

- La culpa exclusiva de la víctima, permite al juez moderar la responsabilidad y quizás hasta exonerar de responsabilidad, según las circunstancias del caso.
- Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible, sea física o psicológica.
- Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
- La excesiva onerosidad se da únicamente en contratos bilaterales y de ejecución continuada, cuando surgen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa para ella. Faculta al deudor para solicitar la resolución del contrato.

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

CLAUSULA LIMITATIVAS O ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD

Comentarios sobre la Cláusula Penal

- La cláusula penal limita el *quantum* indemnizatorio que corresponde por responsabilidad, salvo que hubiera mediado dolo del incumplidor.
- La cláusula penal no requiere que haya daño, opera ante el simple incumplimiento de la obligación por parte del deudor de la misma.
- Es ventajosa para el obligado que incumple, porque determina anticipadamente y limita el *quantum* de una eventual indemnización. Le puede resultar desventajosa porque puede terminar siendo mayor que la indemnización que hubiera tenido que pagar.
- Es ventajosa para el acreedor en la obligación, porque le ahorra tener que probar el daño. Le puede resultar desventajosa porque puede terminar siendo menor que la indemnización que le hubiera correspondido.

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

CLAUSULAS LIMITATIVAS O ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD

- No están tipificadas en ley, por lo que las partes las pueden pactar libremente sin más limitación que las normas prohibitivas, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Solo pueden referirse a daños a bienes y no a personas. Hay que notar que las normas de protección al consumidor disponen que en los contratos de adhesión, las cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad son absolutamente nulas.
- Pueden referirse a:
 - ❖ Graduación de la culpa como factor de atribución de responsabilidad. Recordemos que la responsabilidad por dolo y la culpa grave no se puede exonerar. De modo que solo se puede cambiar la regla general de culpa leve (diligencia del buen padre de familia) hacia una menos exigente (culpa grave - estándar de diligencia del hombre negligente) o hacia una más exigente (culpa levísima - estándar de diligencia del hombre esmeradamente).

EXIMENTES Y LIMITANTES DE RESPONSABILIDAD

CLAUSULA LIMITATIVAS O ATENUNATES DE RESPONSABILIDAD

Pueden referirse a:

- ❖ Limitación del quantum indemnizable o del patrimonio garante de la indemnización a pagar. Serán válidas si pese a la limitación, el *quatum* indemnizable está respaldado patrimonialmente. Nunca puede ser una limitación absoluta o que se reduzca a una cantidad irrisoria que haga imposible la indemnización correspondiente.
- ❖ Reducción de los términos de prescripción de las acciones legales. La doctrina más autorizada considera que sería ilícito alargarlos pero lícito acortarlos, siempre que no llegue al extremo de hacer imposible el ejercicio de las acciones legales.
- ❖ Inversión de la carga de la prueba respecto de la culpa. Generalmente se hace mediante la inserción de presunciones (representaciones y garantías) en el contrato. No obstante nuestra legislación prohíbe expresamente esto.

RESUMEN

FIDEICOMITENTE

Resp. contrato
de
Fideicomiso



Extra- contractual

FIDUCIARIO

(Representantes, dependientes,
apoderados, contratistas, bienes
y animales)



Resp. contrato

Extra- contractual

Resp. contrato
de
Fideicomiso



Extra- contractual

BENEFICIARIO(S)

Temas de Preocupación para el Fiduciario:

1. ¿Qué patrimonio que responde por los daños?
 - * Patrimonio personal de fiduciario
 - * Patrimonio fiduciario
2. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad?
 - * Actos propios del fiduciario
 - * Actos ajenos (personas sujetas al deber de vigilancia)
 - * Hechos de cosas
 - * Hechos de animales

TERCERO(S)

Maneras de mitigar:

1. Indicar claramente que se actúa en calidad de Fiduciario.
2. Convenir expresamente que la responsabilidad está limitada al patrimonio fideicomitado.
3. Graduar la culpa en los contratos con terceros para que se corresponda con la culpa convenida (culpa grave) en el contrato de fideicomiso.
4. Convenir cláusula penal.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

¡Mucho cuidado con la imagen que queremos y debemos proyectar!



MUCHAS GRACIAS

Para cualquier consulta o aclaración contactar:

Tel.: (507) 205-6006

E-mail: luisch@icazalaw.com

Calle Aquilino de la Guardia No. 8

Edificio IGRA, 5to piso

Tel.: (507) 205 6000 Fax: (507) 269-4891