



***La responsabilidad del profesional y seguridad jurídica
en los negocios fiduciarios***

William Namén Vargas

27 Congreso Latinoamericano de Fideicomiso

Septiembre 6 de 2018

Cartagena, Colombia

Concepto y elementos de la responsabilidad

- Relatividad y adaptabilidad histórica.
- Deber legal de prevenir, reparar, restituir, resarcir o indemnizar un daño.
- Daño, nexo causal y criterio normativo de imputación, son elementos estructurales de la responsabilidad. Cuando es contractual, además el incumplimiento relevante (*grave e injustificado*) de un contrato existente y válido.
- El daño potencial (*función preventiva*), actual o futuro (*función de reparación*), es el quebranto de un derecho, bien, valor o interés tutelado por el ordenamiento jurídico.
- El nexo causal consiste en la imputación física o fáctica (*imputatio facti*) a la conducta, actividad, acción u omisión, esfera o círculo de una persona, esto es, la determinación del agente, autor o causante del daño.
- Establecido el daño y la relación de causalidad, se precisa el deber legal de resarcirlo (*imputación jurídica*, factor o criterio de atribución normativa).

Responsabilidad subjetiva y objetiva

- La responsabilidad subjetiva se sustenta en el dolo o la culpa probada o presunta. Sin dolo o culpa no surge. Requiere probar el daño, el nexo causal, y la culpa, salvo que la ley la presuma expresamente. Sin dolo o culpa no surge. La ausencia de culpa con prueba de la diligencia y cuidado, excluye la reparación del daño causado por su autor material. La causa extraña exclusiva (*caso fortuito o fuerza mayor, intervención de un tercero o de la víctima*), desvirtúa el nexo de causalidad, la imputación fáctica.
- La responsabilidad objetiva brota al margen del dolo o culpa. Entre otros factores, por causar un daño (*stricto sensu*), vulnerar el deber de evitarlo o no ocasionarlo, el riesgo (*creado, beneficio, profesional, empresarial*) o el peligro. Es una responsabilidad sin culpa. La culpa carece de relevancia. No debe probarse, ni la demostración de su ausencia exime de responsabilidad. Únicamente, exonera la ruptura del nexo causal (imputación física) por una causa extraña exclusiva (*caso fortuito o fuerza mayor, intervención de un tercero o de la víctima*).
- La responsabilidad subjetiva es la regla general. La objetiva es excepcional.

Responsabilidad contractual y extracontractual

- La responsabilidad contractual, dimana *ex contractus* por incumplimiento grave o relevante de una obligación preexistente. Se predica de las partes del contrato. El contenido obligatorio está determinado por los elementos esenciales (*essentialia negotia*), naturales (*naturalia negotia*) y accidentales (*accidentalia negotia*), y obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece por ley, uso, costumbre o equidad, *verbi gratia*, las reglas directrices de un arte, profesión u oficio (artículos 1501, 1603, 1622 C.C. Y 871, C. de Co). Las prestaciones pueden ser de *dar, dare rem, hacer, no hacer, medios, resultado, garantía y seguridad*. La reparación de daños es concreta, definida o programada, circunscrita a los daños previsibles que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, salvo que sea doloso, en cuyo caso, comprende los previsibles e imprevisibles (art. 1616, C.C.), y está regida por el principio de utilidad (*utilitas*, art. 1604 C.C). La responsabilidad es susceptible de agravación, atenuación o exoneración con sujeción a la ley.
- La extracontractual se origina por la inobservancia de deberes abstractos (*neminem laederi, alterum non laedere*), sin preexistir un contrato o nexo jurídico previo.

Responsabilidad profesional

- Inherente a quien ejerce una profesión, conocimiento de saberes y técnicas por su estudio, práctica o ejercicio.
- En línea de principio es subjetiva (dolo o culpa).
- Por excepción es ajena a la culpa. Por ejemplo, el régimen singular de algunos contratos establece la responsabilidad contractual sin referencia a la culpa, como en el transporte aéreo, marítimo o fluvial (artículos 1827, 1842, 1880, 1886 y 1887, Código de Comercio, donde ni la fuerza mayor exonera; Cas. Civ. Sentencia de 14 de abril de 2008, rad. 2300131030022001-00082-01), o en caso de daños causados con productos defectuosos (artículos 21 y 22 la Ley 1480 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 107, 4 de diciembre de 1986: “[...] un caso más de responsabilidad objetiva, ya acogida en nuestro Código Civil y ampliada por la Corte en celebradas sentencias sobre responsabilidad en el caso de actividades y objetos peligrosos”).

Responsabilidad profesional

- Está determinada por la regulación normativa de la profesión, naturaleza de las prestaciones profesionales, los principios, reglas y directrices técnicas de la actividad concreta, la *Lex Artis* o conjunto de saberes y técnicas:

“No es el ejercicio de esas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que está condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones [...] La gama de la responsabilidad profesional es *extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro*” (Corte Suprema de Justicia, cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177).

“[...] por regla general, la responsabilidad contractual del profesional, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad [...] y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, *fides*, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de julio de 2009, REF: 11001-3103-039-2000-00310-01)

Responsabilidad profesional

- El criterio de imputación jurídica, salvo norma contraria, es el dolo o la culpa.
- La responsabilidad contractual por culpa, sin perjuicio de lo dispuesto en particular por la ley o las partes, se dosifica según la utilidad (*utilitas*) de la relación: el deudor responde por culpa grave en los contratos que solo son útiles al acreedor; por leve, en los que son útiles para ambas partes; y por culpa levisima, en los que solo son utiles al deudor.
- El deudor responde de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo de la contrato, y cuando su conducta es dolosa, de todos los perjuicios que son consecuencia inmediata o directa de su incumplimiento (art. 1616,C.C.)
- Las partes podrán acordar cláusulas de agravación, atenuación o exoneración con sujeción al orden público (*ius cogens*), las buenas costumbres, el tipo comercial y su función práctica o económica social (arts. 1604 y 1732 C.C) .

Responsabilidad profesional

- La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla (art. 1604 C.C.), regla que para la jurisprudencia consagra una presunción de culpa (Cas.Civ. Sentencia de 7 de julio de 1951, G.J. t. LXIX, 688).
- Empero, introdujo las obligaciones de medio y resultado (Cas.Civ. Sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J. t. XLV, 572).
- En las obligaciones de medios, la prestación es de diligencia y cuidado para procurar un resultado no asumido ni garantizado, la prueba del incumplimiento al mismo tiempo demuestra la culpa (según la jurisprudencia civil) y el deudor se exonera demostrado la diligencia y cuidado; y en las de resultado, la prestación consiste en un resultado (*opus*), al acreedor basta afirmar su ausencia o no obtención (negación indefinida) para que se presuma la culpa y el deudor únicamente se exonera probando un elemento extraño (Cas.Civ, sentencia de 24 de mayo de 2018, [SC-7110-2017], rad. 05001-31-012-2006-00234-01).

Responsabilidad profesional

- La culpa contractual se aprecia según la buena fe, la utilidad del contrato, y la Lex Artís:

“A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aunánse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*). En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, *entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección [...]*”.(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. No.11001-3103-018-1999-00533-01 18) “

Responsabilidad profesional fiduciaria

- En los negocios fiduciarios mercantiles, la responsabilidad se presenta *interpartes* o frente a terceros. Son partes, el fideicomitente y el fiduciario (art. 1226, C. de Co). El beneficiario, es tercero con legitimación para ejercer ciertos derechos, facultades y acciones en preservación de su interés y de la finalidad fiduciaria (arts.1231, 1234, 1235,1239, 1240 C. de Co).
- El principio cardinal en materia de responsabilidad fiduciaria consiste en que el fiduciario no compromete su responsabilidad directa, personal e individual en la ejecución del contrato fiduciario, porque no actúa en nombre y representación de la persona jurídica sino en calidad de vocero del patrimonio autónomo constituido con la transferencia plena e integral del derecho real de dominio sobre “*uno o más bienes especificados*” no “*para incorporarlo a su propio patrimonio sino para conformar un patrimonio autónomo y aplicarlo a la finalidad fiduciaria*” (arts. 1226 y 1237, C. de Co.; Cas.Civ., sentencia de 30 de julio de 2008, Rad. 11001-3103-036-1999-01458-01), separado de sus bienes, afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo y garante de las obligaciones contraídas en su cumplimiento (arts. 1227, 1233 y 1238 C. de Co; 2.5.2.1.1, Decreto 2555 de 2010).

Responsabilidad profesional fiduciaria

- La conformación del patrimonio autónomo destinado y afecto a la finalidad fiduciaria, la separación patrimonial y actuación del fiduciario como su vocero, comporta que, por regla general, *“no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del negocio fiduciario por los actos, negocios y contratos de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, la cual recae directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo”* (Cas. Civ. Sentencias de 1º de julio de 2009, 11001-3103-039-2000-00310-01 y 3 de agosto de 2005, Exp.1909), excluye solidaridad y la responsabilidad subsidiaria.
- Por excepción, podrá comprometer su responsabilidad directa, personal e individual, y con su propio patrimonio, *“por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio “directamente por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo”* (Cas.civ. agosto 3/2005 [SC-200-2005], exp.1909)” (Cas. Civ. Sentencia de 1º de julio de 2009, 11001-3103-039-2000-00310-0

Responsabilidad profesional fiduciaria

- La responsabilidad contractual de la fiduciaria se extiende hasta la *culpa leve*, sus prestaciones generalmente son de medios, y de resultado en los casos previstos en la ley (artículos 1243 C. de Co; 29[3], EOSF; 151 [5, 5] E.OS.F, derogado art. 111 del decreto 2175 de 2007). Nada obsta acordar cláusulas de agravación, atenuación o exoneración mientras no afecte la limitación consagrada en el art. 1243 del C. de Co., cuya contrariedad implica la nulidad absoluta parcial al contrariar norma imperativa (art. 899, C.de Co).
- La “culpa” o “*error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas del causante*” (Mazeud), comprende la falta de diligencia o cuidado, negligencia, impericia, inexperiencia, ausencia de previsión, ligereza, torpeza, exposición, temeridad, imprudencia. Su significado anfibológico, las asimetrías e incoherencias sistémicas a que conduce, en la época contemporánea propicia una *noción objetiva* de culpa consistente en la vulneración de los estándares de conducta, abstractos e ideales exigibles en la vida de relación y el tráfico jurídico a todo sujeto según su posición, situación o condición, confrontados con su comportamiento concreto en el marco fáctico de circunstancias específico.

Responsabilidad profesional fiduciaria

- La fiducia es negocio jurídico de confianza que “*preside toda la formación, celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del negocio fiduciario*”; el fiduciario, es profesional sometido al control y vigilancia del Estado, y por su “*profesionalismo, altamente especializado*”, el fiduciante “*acude a sus servicios*”, confía sus bienes y una finalidad fiduciaria. Esa confianza en su profesión, conocimientos, seriedad, experiencia y eficiencia “*motiva a terceros*” (Cas.Civ. Sentencias de 14 de febrero de 2006, y 1º de julio de 2009).
- La responsabilidad de la fiduciaria está asociada a su carácter de profesional experto, saberes y técnicas de su profesión, la *Lex Artis*, confianza, buena fe, lealtad y corrección exigibles, en particular, a la finalidad fiduciaria y sus obligaciones indelegables (art. 1234 C. de Co).

Responsabilidad profesional fiduciaria

“Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados” (Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Sentencia de 1º de julio de 2009, Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01).

Responsabilidad profesional fiduciaria

- En este contexto, la apreciación del criterio relativo al manejo de los negocios propios o ajenos para la concreción de la culpa grave o leve debe hacerse en armonía con la naturaleza de la prestación y los deberes técnicos de conducta de la *Lex Artis* (Cas.Civ, sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. No.11001-3103-018-1999-00533-01 18), incorporada de suyo al contenido del contrato (*naturalia negotia*), la finalidad fiduciaria, principios de confianza, gestión fiduciaria, separación absoluta de bienes, "*deberes secundarios de conducta*", y cargas de la autonomía privada (buena fe, cooperación, lealtad, corrección, probidad, sagacidad, previsión):
 - “[...] en el régimen de la responsabilidad negocial, imperan los principios de la *fides* y de la *utilitas*; el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (*essentialia negotia*), naturales (*naturalia negotia*) o accidentales (*accidentalialia negotia*) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 *esjudem* y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad; la libertad contractual, no es poder *ad libitum*, comporta un ejercicio serio, legítimo, responsable, evidentes cargas y deberes singularizados e intensificados en las situaciones o relaciones específicas del sujeto, exigibles en todas las fases del negocio y el desarrollo de las profesiones está enmarcado en una función social relevante, en cuyo desarrollo se incorporan *ex eo naturaliter* las reglas explicitas reguladoras de la actividad profesional”. (Cas. Civ., sentencia de 1º de julio de 2009).

Responsabilidad profesional fiduciaria

- La responsabilidad contractual en general, y la profesional del fiduciario, en particular, se extiende al quebranto de los deberes de protección:

”En particular, dentro del ámbito de la relación jurídica obligatoria, la más reciente orientación, sitúa las lesiones positivas del contrato (*Vertragsverletzung*) y del crédito (*positive Forderungsverletzung*) por infracción de los denominados “*deberes de protección*” (*Schutzpflichten*) ligados, vinculados, conexos o asociados al deber primario y central de prestación (*Leistungspflicht*), extendiéndose la responsabilidad obligacional por incumplimiento, a la protección de los derechos, bienes e intereses de las partes e incluso de terceros por su exposición al riesgo de causarles un daño en razón del vínculo jurídico o como consecuencia de la actividad de otros, y los cuales, ciertamente, son ajenos a la prestación, pero se originan en la ejecución de la relación contractual, por causa u ocasión de ésta, sustentándose en el deber de corrección, probidad, lealtad y buena fe, dentro de las cláusulas normativas generales” (Cas. Civ. Sentencia de 1º de julio de 2009).

Responsabilidad profesional fiduciaria

- El fiduciario debe acatar sus deberes profesionales, entre otros, los de información, asesoría, protección de los bienes, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión, evitación de cláusulas infirmatorias del negocio, contradictorias a su función o inductivas a un menoscabo inmotivado (arts. 9 y 10, Ley 1328 de 2009; Ley 1480 de 2011; 97 y 99, EOSF; 2.2., 2.2.1.2 a 2.2.1.6 Circular Básica Jurídica).
- El deber de buena fe o lealtad, le exige respetar y salvaguardar el interés y utilidad fiduciaria.
- El de información profesional, impone una conducta activa orientada a suministrar información completa, clara, precisa y oportuna, indagar las necesidades, solicitar las precisiones pertinentes, informar y advertir los aspectos negativos de las prestaciones, sus restricciones técnicas, los riesgos potenciales, la manera de evitarlos o superarlos, y en su caso, disuadir del negocio cuando excede su competencia o aptitud o está destinado a un fracaso inexorable.

Responsabilidad profesional fiduciaria

- El deber de consejo o asesoría, impone brindar consejo u opinión fundamentada con las recomendaciones pertinentes para conocer los factores positivos o negativos que permitan impartir el consenso con suficientes elementos de juicio.
- El de diligencia, profesionalidad y especialidad, comporta una actuación acorde con los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, utilizarlos para adoptar medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio fiduciario, prever las circunstancias que la afecten, abstenerse de celebrarlo cuando carezca de una adecuada experiencia para realizarlos o de recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios.
- El deber de cooperación y buena fe del fideicomitente y fiduciario, así como la conducta de las partes durante la formación, celebración y ejecución práctica del contrato, ostentan particular relevancia en la concreción de la “culpa” y en el cumplimiento de las obligaciones.

Responsabilidad profesional fiduciaria

- La responsabilidad directa, personal e individual del fiduciario es excepcional, y comprende la conducta de sus administradores, representantes, dependientes y personal vinculado al negocio fiduciario.
- A partir de las sentencias de 30 de junio de 1962 (G.J. t. XCIX, 87 y t. XCIX, 651) se considera directa la responsabilidad de las personas jurídicas por la conducta dañina intencional o culposa de sus servidores en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas.
- La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de octubre de 2015 [SC-13630-2015], extiende la responsabilidad al “abuso” o “prevalencia” de la condición, y que responden por el daño cometido ***“en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalidos de tal condición; es decir, cuando causan una lesión a terceros dentro del ejercicio normal de las tareas que deben cumplir dentro de la organización, o cuando abusan o incumplen la labor que están llamados a desempeñar”***

Responsabilidad profesional fiduciaria

- En sentencia de 30 de septiembre de 2016 [SC-13925-2016], la Corte Suprema, considera que las personas jurídicas:
 - Responden por quebrantar los deberes objetivos de cuidados.
 - La culpa se aprecia dentro del “*marco de una unidad de acción*”, en forma conjunta e individual, específicamente, en “*los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores*”.

Seguridad Jurídica

- Es valor esencial y fundante del sistema jurídico
- Comporta una garantía de coherencia, estabilidad, certeza o certidumbre jurídica
- Supone plenitud, simetría y armonía del orden jurídico, normas claras, estables, y aplicación uniforme o análoga.
- Cosa juzgada y precedente.
- La confianza legítima se desconoce con la aplicación inmediata de cambios normativos sobrevenidos o de modificaciones ulteriores al precedente judicial, y en presencia de pronunciamientos jurisdiccionales o administrativos dicotómicos.

Conclusiones

- Por regla general, el fiduciario no compromete su responsabilidad directa y personal en la ejecución del contrato fiduciario.
- Excepcionalmente asume una responsabilidad personal con su propio patrimonio.
- La responsabilidad profesional del fiduciario no es objetiva sino subjetiva.
- La ley, la remite hasta la culpa “leve”.
- La concreción de la “culpa” profesional fiduciaria no puede desligarse de la naturaleza inherente a la prestación fiduciaria, de suyo calificada por la confianza, el carácter profesional del fiduciario, la finalidad fiduciaria y los deberes de conducta derivados de los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, en particular, la *Lex Artis*.

MUCHAS GRACIAS