

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA LA ANTIGUA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**Tesis de Licenciatura**

**LA RELACIÓN FIDUCIARIA EN LOS CONTRATOS MERCANTILES**

**Presentada Por:**

**Antono Castillo García**

**Director de Tesis: Prof. José Antonio Bozzo Noriega**

**PANAMA**

**2017**



Este obra está bajo una licencia de Creative Commons  
Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

doi del documento  
<https://doi.org/10.37387/speiro.tl.574>

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo bienestar.

A mis padres Maricarmen y Vincent por el apoyo incondicional, por los valores inculcados y por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación formal y no formal en el transcurso de mi vida.

A mis amigos entrañables que no hicieron más que darme palabras de aliento. Unos desde cerca, otros desde lejos, para no desfallecer ante este gran reto académico.

Y por último a mi director de tesis y personal administrativo de la universidad por su ayuda, consejo y dirección durante este tiempo.

## ÍNDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>I LA RELACIÓN FIDUCIARIA . . . . .</b>	<b>10</b>
I.I Antecedentes contextuales . . . . .	11
I.II Concepto . . . . .	12
I.III Elementos contextuales . . . . .	13
I.III.I Relación Jurídica . . . . .	13
I.III.II Partes . . . . .	17
I.III.III Objeto . . . . .	20
I.III.IV Causa . . . . .	21
I.III.V Confianza . . . . .	23
I.III.VI Dependencia . . . . .	26
I.III.VII Actuación en interés ajeno . . . . .	27
I.IV Contratos Fiduciarios . . . . .	28
<b>II RELACIÓN FIDUCIARIA EN CONTRATOS MERCANTILES . . . . .</b>	<b>30</b>
II.I Relación fiduciaria vs. Mercantilidad . . . . .	31
II.I.I El comerciante . . . . .	32

II.I.II	Actos de comercio u operaciones mercantiles	.36
II.I.III	La onerosidad.....	37
II.I.IV	Principio Intuitu Personae .....	38
II.II	Contratos mercantiles con relación fiduciaria.	39
II.II.I	Contrato de mandato mercantil .....	40
II.II.I.I	La comisión mercantil.....	44
II.II.I.II	El mandato de factores o contrato de preposición	45
II.II.II	El contrato de arrendamiento de servicios..	47
II.II.II.I	Contrato de corretaje.....	49
II.II.II.II	Arrendamiento de Servicios - Contrato de Trabajo	50
II.II.III	Contrato de Fideicomiso mercantil.....	52
II.II.IV	Contrato de sociedad mercantil.....	55
II.III	Criterios de interconexión y diferencia entre la relación fiduciaria y los contratos mercantiles .....	67
<b>III</b>	<b>DEBERES Y OBLIGACIONES ESPECIALES DERIVADAS DE LA RELACIÓN FIDUCIARIA .....</b>	<b>70</b>
III.I	El Deber Fiduciario.....	74

III.II	Los Deberes no fiduciarios.....	77
III.II.I	El deber de cuidado.....	78
III.II.II	Buena Fe especial - deber de un buen hombre de negocios	82
III.III	Obligaciones Especiales del <i>Fiduciario</i> .....	88
III.III.I	Uso debido.....	89
III.III.II	Informe y Rendición de cuentas.....	100
III.III.III	Gestión Directa.....	104
III.III.IV	No obrar en beneficio propio.....	110
III.III.V	Confidencialidad.....	119
III.IV	Generalidades en la actuación del fiduciario.	124

**IV LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA EN LOS CONTRATOS**

<b>MERCANTILES</b> .....	<b>126</b>
<b>IV.I La Responsabilidad Jurídica Civil</b> .....	<b>127</b>
IV.I.I La Responsabilidad Civil Contractual.....	131
IV.I.II La Responsabilidad Civil Extracontractual ..	133
IV.I.III Diferencias entre ambos tipos de Responsabilidad Civil .....	134
<b>IV.II La Responsabilidad Fiduciaria</b> .....	<b>135</b>

CONCLUSIONES . . . . .	147
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	153
ANEXOS . . . . .	162

## **EXTRACTO**

*Este trabajo de investigación tiene como finalidad identificar y definir la relación fiduciaria mencionando diversas fuentes de derecho continental, romano y anglosajón (norteamericano y británico) para luego proponer una definición propia describiendo los componentes de ésta desde el punto de vista positivista panameño. Posteriormente, explicar la convergencia entre la relación fiduciaria y los contratos mercantiles identificando los puntos de conexión en base a los criterios propuestos. Luego, de manera descriptiva, los deberes y obligaciones especiales que tiene el fiduciario en el ejercicio de su gestión. Y por último explicar la responsabilidad que puede acarrear la mala gestión del fiduciario en la labor encomendada.*

## **SUMMARY**

*This research aims to identify and define the fiduciary relationship by mentioning various sources of continental, Roman and Anglo-Saxon law (North American and British) and then propose a definition of its own describing the components of it from the Panamanian legal framework point of view. Then explain the convergence between the fiduciary relationship and the mercantile contracts identifying the connection points based on the proposed criteria. Afterwards, in a descriptive way, the duties and special obligations of the fiduciary. And finally, to explain the civil contractual and extra contractual (tort) responsibility of the fiduciary.*

## INTRODUCCIÓN



Hoy en día, en un mundo cada vez más globalizado, cada minuto representa al menos una transacción comercial. Estas transacciones se realizan, por lo general, a través de contratos físicos o medios electrónicos que sirven para plasmar la oferta y aceptación necesaria para que esa transacción sea legítima, entre otros elementos.

En la antigüedad, antes de que existiera incluso el derecho como tal, se crearon relaciones de confianza entre seres humanos que ayudaron a cimentar lo que se conocería como las primeras formas de comercio. Entre estas el trueque, la relación patrono-empleado y la encomienda comercial. Luego en Roma, las personas se obligaban con otras a dar, hacer o no hacer una determinada cosa mediante la palabra dada. La palabra para los romanos crea un vínculo jurídico exigible ante los tribunales, se le conoce a ese vínculo como *fides*, que no era más que la lealtad en la palabra de cumplir con la obligación. Esto aplicaba a los ahora más elaborados contratos en el cual haya mediado el mero consentimiento.

Es la confianza un elemento importantísimo para el desarrollo de las sociedades modernas. Y es que ha jugado

un papel principal desde el principio de los tiempos, contribuyendo a que las personas puedan intercambiar artes u oficios entre ellos. Un grupo de personas se especializa en un oficio que otro grupo necesitará tarde o temprano. Es entonces que unos llegan a depender en otros para evitar malgastar tiempo y recursos y así optimizar el intercambio y supervivencia.

En el ámbito mercantil, no tiene sentido que cada inversionista se convierta en un experto en finanzas, bienes raíces o de todo tipo de inversiones. De la misma forma que no tiene sentido tampoco que cada persona se convierta en abogado o experto en manejo empresarial para poder emprender un negocio. Es imperativo confiar en mano de obra profesional disponible para el avance de la sociedad.

Ahora bien, esta relación de servicio por una parte y dependencia en la que lo lleva a cabo puede traer muchos riesgos. En los casos en que una persona que quiere invertir considera que es un buen negocio pero no lo sabría llevar a cabo o tiene múltiples inversiones por lo que no cuenta con el tiempo, lo más lógico es que contrate a otra

persona para que lleve a cabo este emprendimiento, ¿No?. Es entonces que se crea una relación de confianza entre el inversionista y el gestor por el hecho de que inversionista otorgue poderes suficientes al gestor, y posiblemente bienes, para que lleve adelante el negocio. El riesgo intrínseco de esto es que puede que el gestor no utilice esas facultades o bienes del inversionista con el propósito por el que iniciaron su relación. O bien puede ser que se está llevando a cabo, pero no de la manera o el tiempo que debería. Es en este caso y muchos más de naturaleza análoga que se debe guardar especial recelo en hacer cumplir la palabra dada por el gestor de cumplir con un fin determinado.

La relación entre el inversionista y el gestor incluye confianza entre ellos. Una se compromete a cumplir con una función en favor del otro y el otro se compromete a retribuir esa gestión. Ambos están confiando en que la otra parte cumplirá el compromiso asumido. Pero no sólo eso, existe también una relación de dependencia entre las partes. El inversionista depende de la actuación del gestor en interés de él para recuperar. Esta relación de confianza que genera dependencia entre las partes se le atribuye el

epíteto de fiduciaria (por la palabra, *fides* en latín que significa confianza).

Una de las finalidades sociales del Derecho es delimitar las relaciones entre personas, de tal modo que se sientan seguras que la ley respaldará cualquier actividades que emprendan mientras éstas sean legales. Una sociedad que protege los intereses de sus integrantes, incentiva el comercio y las actividades profesionales, ambas necesarias para el desarrollo sostenible.

En el mundo, existen varios sistemas legales que rigen las actividades humanas y la administración de justicia. Los dos más grandes sistemas, el anglosajón (utilizado mayormente en el Reino Unido, Estados Unidos y antiguas colonias de estos dos) y el continental (mayormente en Europa y Latinoamérica), comparten varios preceptos del antiguo derecho romano pero muchos de estos son desarrollados de diferentes maneras. Debido a la globalización, los legisladores presionados por fuerzas privadas inspiradas en un comercio más fácil, legalmente aplicable y sin fronteras, han tratado de incorporar muchas instituciones o figuras jurídicas de un sistema a

otro. La influencia anglosajona en nuestro derecho comercial panameño y la mala interpretación de ésta traída a nuestro propio sistema de derecho se ve reflejada en que, a diferencia de la noción nuestra de lo que es una relación fiduciaria, va más allá de la asignada exclusivamente a la figura del famoso contrato de fideicomiso. Y es que la relación fiduciaria no necesariamente está circunscrita dentro de un contrato sino que se debe considerar como una obligación.

Esta noción de relación fiduciaria se aplica a toda las relaciones jurídicas en las cuales una persona deposita confianza en otra, de manera que se crea una relación de dependencia. Esta dependencia en la persona que recibió los poderes suficientes para representar a otra y posiblemente manejar sus bienes puede inferir daños a su principal por estar éste a la "merced" del otro. Es por lo delicado que es esta situación y por el fin social de esta relación, es que la manera de proceder del gestor debe estar regulada por ley y luego por lo especificado en el contrato que se lleve a cabo.

Es el propósito de este trabajo de investigación realizar un estudio de esta relación, los deberes y las obligaciones especiales del gestor y la responsabilidad que conlleva desde el punto de vista mercantil ya que sería muy extenso tratar todas las situaciones en las cuales exista una relación fiduciaria. Ejemplos clásicos de esta relación en otros ámbitos van desde las personas en el ejercicio de su profesión (doctores, abogados, ingenieros, enfermeros, arquitectos) y sus clientes, entre un curador y un curado, entre un servidor público y el Estado, entre un mandatario civil y su mandante, por mencionar algunos.

El primer capítulo se enfocará en realizar un análisis de la definición propuesta de relación fiduciaria, siendo ésta la relación jurídica entre una persona que deposita su especial confianza y dependencia en otra para que ésta actúe en interés de aquél. Además, la convergencia entre la relación fiduciaria y los contratos.

En el segundo capítulo se reconocerá y analizará la relación fiduciaria que existe en diversos contratos mercantiles, incluyendo los contratos de sociedad. Entraremos a discutir la razón por la que se considera que

existe una relación fiduciaria en estos contratos en base a la definición explicada en el primer capítulo.

En el tercer capítulo se define el deber fiduciario y los otros deberes que si bien es cierto no son exclusivos de las relaciones fiduciarias, deben de igual forma estar presentes durante la gestión. De manera enunciativa se mencionarán las obligaciones especiales que contrae el fiduciario para el correcto desempeño de sus funciones de gestión que conforman el estándar de conducta que debe tener el fiduciario en su gestión y de manera explicativa la responsabilidad que acarrea de manera general.

Y por último, en el cuarto capítulo se explicará la teoría de la culpa y el daño cuando estos son ocasionados por el fiduciario. Esto irá de la mano con los deberes y obligaciones del fiduciario que mencionamos en el capítulo tercero pero de manera general se explorará esta responsabilidad.

Esta investigación espera llenar un poco el vacío conceptual alrededor de lo que es la relación fiduciaria y cómo afecta a las partes, con firme determinación que de

ésta se desprende un estándar de comportamiento basado en la moral, honestidad y justicia.



**CAPÍTULO I**

**LA RELACIÓN FIDUCIARIA**

## I.I Antecedentes contextuales

En el derecho panameño no existe todavía una definición sobre qué es una relación fiduciaria. El desarrollo de esta relación como tal, tiene su origen en sistema legal romano y desarrollado mayormente en el anglosajón, explicando que es un vínculo que tiene como elemento común la "confianza" que una persona deposita en otra, y se origina cuando de esa confianza emana una posición de influencia y dominio<sup>1</sup>.

Existe en el sistema angloamericano una distinción fundamental reconocida entre las normas de *equidad*<sup>2</sup> (Equity, en inglés) y de *derecho estricto*<sup>3</sup> (Common Law, inglés). Y es necesario hacer esta indicación ya que la

---

<sup>1</sup> (Guerra Martín, 2003, pág. 239)

<sup>2</sup> "Es la justicia administrada conforme a la justicia contrastada con las reglas de estricto derecho. Se basa en un sistema de leyes y principios originado en Inglaterra como alternativa a las rígidas leyes de estricto derecho y que están cimentadas en lo justo para cada situación." (Campbell Black, 1971, pág. 484)

<sup>3</sup> "En un sentido amplio, el common law puede designar toda aquella parte de la ley positiva, la teoría jurídica y la antigua costumbre de cualquier estado o nación que sea de aplicación general y universal, lo que anula reglas o costumbres espeiales o locales." Op. cit. Campbell Black, 1971, pág. 251

figura jurídica estrella por la cual conocemos esta relación pero con respecto a bienes, el famoso *trust*, en su esencia debe considerarse como una obligación, es decir, como un vínculo de *equidad*, por virtud del cual una persona está obligada a la ejecución de un acto o a una abstención en beneficio de otra<sup>4</sup>.

### **I.II Concepto**

El famoso Diccionario Legal de Black<sup>5</sup>, el de mayor uso y referencia en el sistema legal angloamericano, explica que la *relación fiduciaria* (*fiduciary relationship*, en inglés) es un término muy amplio que abarca tanto las relaciones técnicas fiduciarias como las relaciones informales que existen dondequiera que una persona confíe en otra. Una relación fundada en la confianza depositada por una persona en la integridad y fidelidad de otra. Una *relación fiduciaria* surgirá siempre que la confianza que se deposita en una parte dé como resultado la dominación y

---

<sup>4</sup> (El Elemento Contractual en la Relación Fiduciaria, 2017, pág. 32)

<sup>5</sup> *Op. cit.* Campbell Black, 1971, pág. 753

la influencia en la otra; la relación puede ser legal, social, doméstica o meramente personal.

De lo arriba expuesto podemos definir, amplia y generalmente, que la relación fiduciaria es una relación jurídica que nace de la obligación que tiene una persona para actuar en beneficio de otra, derivándose de la especial confianza del mismo beneficiario o de un tercero puesta sobre el obligado y produciendo dependencia entre las partes.

A pesar de que la relación fiduciaria no necesariamente es contractual, los principios que entrañan la relación fiduciaria pueden encontrarse implícitos en diversas figuras legales reconocidas por el derecho panameño. Estas figuras jurídicas tienen en común ciertas características especiales exclusivas de esta relación como son las partes, el objeto, la causa, entre otras.

### **I.III Elementos contextuales**

#### **I.III.I Relación Jurídica**

Una relación jurídica presume un "vínculo jurídico entre dos o más sujetos, en virtud del cual uno de ellos

tiene la facultad de exigir algo que el otro debe cumplir”<sup>6</sup>

El vínculo es “uno de los elementos de la obligación, y se manifiesta por la sujeción del deudor<sup>7</sup> a ciertos poderes del acreedor”<sup>8</sup>

Estas obligaciones pueden consistir en que una persona dé, haga o no haga alguna cosa en favor de otra persona. Pueden originarse de la ley, de los contratos y de los cuasi-contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia<sup>9</sup>.

En cuanto a las relaciones fiduciarias, igual que cualquier otra obligación, pueden originarse por mandato de ley, por contratos y por cuasi-contratos. Esto es porque la relación fiduciaria requiere al menos que una persona se obligue a actuar en favor de otra persona. Un

---

<sup>6</sup> (Enciclopedia Jurídica, 2014).

<sup>7</sup> Es la persona obligada ante otra a ejecutar una prestación. Op. cit. *Ídem*

<sup>8</sup> Es el que tiene acción o derecho para pedir alguna cosa o exigir el cumplimiento de alguna obligación. Op. cit. *Ídem*

<sup>9</sup> (Código Civil de la República de Panamá, Arts. 973-974)

ejemplo de las originadas por ley es el nombramiento de un albacea, uno contractual es el mandato y uno cuasi-contractual es el de la gestión de negocios ajenos. A medida de que nos adentremos en el tema, se irán reforzando ciertos conceptos y cualidades que tienen estas figuras jurídicas en común y los deberes y obligaciones explícitos o implícitos que deben cumplir. Las obligaciones que nacen de los contratos y es que estos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.<sup>10</sup>

Ahora bien, para que un contrato sea perfeccionado, o sea, que inicie su existencia, validez y vigencia, es necesario el mero consentimiento<sup>11</sup>. Además, tiene que

---

<sup>10</sup> Op. Cit., Art.976

<sup>11</sup> Existen excepciones al caso, contenidos en el Artículo 1131 del Código Civil:

1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación, o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. La venta de frutos pendientes o futuros de un inmueble podrá constar en documento privado;
2. Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban perjudicar a terceros;
3. Las capitulaciones matrimoniales, siempre que se intente hacerlas valer contra terceras personas;
4. La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal;

concurrir con el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita de la obligación. Desde ese momento se considera como existente y vinculante, creando así una relación jurídica para las partes que lo han suscrito.

Como he comentado anteriormente, no todas las relaciones fiduciarias tienen su origen en un contrato<sup>12</sup>. La patria potestad, por ejemplo, y la necesidad de que los titulares de la patria potestad actúen anteponiendo el "interés del menor" a cualquier otro interés no tiene un origen contractual. O la relación entre el albacea y los herederos. Pero para efectos de esta investigación, nos concentraremos en la relación fiduciaria contractual.

- 
5. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio, salvo lo que disponga el Código Judicial; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero;
  6. La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

<sup>12</sup> (Smith, 2016, pág. 1)

### **I.III.II Partes**

Para que se perfeccione una relación jurídica, por lo menos se necesita una persona obligada llamada deudor y la receptora de la obligación que se llama acreedor. En la relación fiduciaria, el deudor es el obligado en beneficio de otra persona y el acreedor es el beneficiario de esta obligación. Al deudor lo llamaremos *fiduciario* y al acreedor lo llamaremos *beneficiario*. Esta es la versión más simple de la relación fiduciaria que ocurre cuando la obligación ha nacido de la ley o del cuasicontrato de la gestión de negocios ajenos (Código Civil Art. 974 en concordancia con el Art. 1629-1630 C. Civil) como hemos mencionado antes en la generación de la relación jurídica.

Aunado a lo arriba expuesto, puede existir en la relación fiduciaria una tercera persona llamada *encomendador*. Esta persona aparece cuando la relación es contractual y es simplemente la que "encarga" al fiduciario la obligación en favor de él mismo (puede ser *beneficiario* y *encomendador* una sola persona) o de un tercero (*beneficiario* o *beneficiarios*).



Otra definición de las partes en este sentido la proporciona Tamar Frankel<sup>13</sup> en su artículo "Toward Universal Fiduciary Principles"<sup>14</sup> para la Universidad de Queens. Él habla de las personas que depositan su confianza como "entrustor" (de la palabra trust en inglés que significa confianza) cuya traducción personal y por ende no oficial sería "encomendador" y "fiduciary" (significa fiduciario en inglés) a la persona a quien se le otorga la confianza.

La estructura bipartita contractual de esta figura jurídica es la más simple en la cual el *encomendador* y el *beneficiario* es una misma persona. El *encomendador* cede el manejo de la cosa u otorga poder al *fideicomisario* y éste la maneja o realiza para beneficio del *encomendador*.

Pero incluso antes de convertirse en las partes de una relación jurídica, tiene que mediar entre ellos el consentimiento que mencionamos antes. Y este

---

<sup>13</sup> Profesor de Derecho, Facultad de Derecho de Boston University.

<sup>14</sup> (Frankel, Toward Universal Fiduciary Principles, 2004, pág. 396)

consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación de la cosa y causa que han de constituir el contrato<sup>15</sup>.

La oferta es una declaración unilateral de voluntad, dirigida por una persona a otra, por la cual la primera manifiesta su intención de considerarse ligada, si la otra parte acepta. Cuando se ha perfeccionado el consentimiento a través de la aceptación del destinatario, es que se origina el nacimiento de un acuerdo de voluntades. Es en esta oferta que una parte propone los lineamientos de la gestión a desarrollar así como todos los pormenores previsibles para la buena ejecución del contrato a realizar.

En Derecho Romano la actividad *fiduciaria* se originaba de un ruego **emitido y aceptado** entre vivos, que obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra<sup>16</sup>.

La oferta debidamente aceptada por el destinatario, implica para el oferente el surgimiento de

---

<sup>15</sup> *Op. cit.* Código Civil, Art. 1113

<sup>16</sup> (Schulz, 2000, pág. 245)

la obligación de cumplir lo pactado, so pena de indemnizar los perjuicios que puedan resultar de su eventual incumplimiento.

### **I.III.III Objeto**

Según el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española<sup>17</sup>, el objeto del contrato es: "Bien, derecho o prestación sobre el que recae la obligación pactada. Se identifica generalmente con la prestación, esto es, la conducta con que se obliga el deudor y que el acreedor puede exigirle".

En la normativa panameña, el objeto es toda cosa que no está fuera del comercio de los hombres. De igual manera, servicios que no sean contratos a las leyes o a las buenas costumbres<sup>18</sup>.

En el sentido más básico de esta relación, el objeto del contrato siempre será lo exigible al *fiduciario*, es decir, a lo que se le encomienda o lo que se exige por ley o por cuasicontrato. Ya sea que incluya la transferencia de bienes o por el otorgamiento de

---

<sup>17</sup> (Diccionario del Español Jurídico, 2017)

<sup>18</sup> *Op. cit.* Código Civil, Art. 1122

facultades especiales o generales para la realización de la encomienda. Es mediante la oferta y aceptación que mencionamos antes, que una o ambas partes llegan a sentar las bases de la actuación del *fiduciario* por el tiempo que le tome realizar la gestión encomendada, siempre que no sea contraria a la moral y la ley.

#### **I.III.IV Causa**

La causa es uno de los requisitos para la validez de un contrato en Panamá. El Diccionario Jurídico tiene dos acepciones de lo que es la causa del contrato, una objetiva y una subjetiva. La objetiva es: "La razón económica-jurídica del negocio, es decir, el fin práctico que se pretende obtener de él." Y la subjetiva: "Es el móvil, motivo, razón de ser determinante de cada parte de la formalización del negocio"<sup>19</sup>.

En el Código Civil. Art. 1125 expresa que en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el

---

<sup>19</sup> Op. cit. *Diccionario del Español Jurídico*, 2017

servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera libertad del bienhechor. Esto quiere decir que la causa en los contratos mercantiles fiduciarios será la prestación o servicio del fiduciario por parte del *encomendador* y ya que es remuneratorio también por mediar un pago por el servicio, será la causa del *fiduciario* esta remuneración. Esto es porque los contratos mercantiles no se presumirán gratuitos en ningún caso<sup>20</sup>

El *encomendador* tiene como motivación no incurrir en una inversión en dinero, tiempo o esfuerzo. También se puede decir que no cuenta en algunos casos, con la experiencia o preparación para el manejo correcto de ciertos bienes, confiando esta tarea a una persona calificada para esto. Y el *fiduciario*, teniendo como fines comerciales o profesionales la realización de estos servicios, sustenta su negocio o profesión.

---

<sup>20</sup> Op. cit. Código Civil, Art. 220

### I.III.V Confianza

Según la Real Academia de la Lengua Española ("RAE"), una de las definiciones de confianza es "*la esperanza firme que se tiene de algo*". La raíz etimológica de esta palabra es *fides*, del latín, que significa «fe», «confianza», «lealtad»<sup>21</sup>.

Escobar Sanín menciona que "*confiar es esperar con firmeza y seguridad que algo ha de ocurrir; es encargarse o poner al cuidado de una persona una cosa; es depositar en ésta bienes, cosas o secretos.*" Y respecto a la confianza: "*es la esperanza que se tiene en las condiciones de una persona*".<sup>22</sup>

La *fides* es la confianza en algo y en alguien en relación de dependencia, que está sujeta a cualidades como:

- Probidad
- Lealtad

---

<sup>21</sup> (Roldán, Blázquez, & del Castillo, 1999).

<sup>22</sup> (Escobar Sanín, 1987, pág. 62)

- Integridad moral
- Amistad

En cuanto al contenido histórico-social de esta palabra, incluso anterior al derecho anglosajón:

*"La fides tenía en Roma un profundo sentido religioso y, aunque está fuera del ordenamiento jurídico, todos los ciudadanos se veían compelidos en conciencia a cumplir lo prometido por la confianza. Su quebrantamiento se castigaba con la infamia, de graves consecuencia sociales y personales para el que la traicionó"*<sup>23</sup>.

En el derecho de esa época, la *fides* configuraba las relaciones jurídicas del pueblo romano. Era propiamente la lealtad a la palabra dada<sup>24</sup>. Consistía en comprometerse a dar, hacer o no hacer algo. Lo que en el derecho contemporáneo se considera una obligación. Exigía que se reconociera cualquier forma en la cual haya sido expresada la palabra obligándose con otra persona. Esto aplicaba a los contratos en el cual haya mediado el mero consentimiento como: la compraventa,

---

<sup>23</sup> (Camara Lapuente, 1996, págs. 62-63)

<sup>24</sup> (Volaró Colón, 2015, pág. 126)

arrendamiento, sociedad, mandato, mutuo, depósito y el comodato<sup>25</sup>.

Esta *fides* es aplicada en diversas ramas del Derecho. En el área específica del comercio, las relaciones de los romanos con los extranjeros (*peregrini*) da nacimiento a una de los principios derivados de la *fides*, la *bona fides* «buena fe», que tiene que como objetivo la corrección del comportamiento de la vida mercantil<sup>26</sup>.

De la fundamentación de la *fides* en el sistema legal de Roma nacen diversas aplicaciones, creándose instituciones jurídicas del Derecho Privado como la tutela, la gestión de negocios ajenos, las relaciones de mandato. Incluso pueden derivarse de estas la fiducia, fideicomiso, sociedad, entre otras<sup>27</sup>.

En la actualidad, el principio de la *bona fides* es aplicada generalmente en el derecho de los contratos en la esfera civil, tiene una especial relevancia y

---

<sup>25</sup> *Op. cit.* Schulz, 2000, págs. 244-245

<sup>26</sup> *Op. cit.* Volaró Colón, 2015, pág. 133

<sup>27</sup> (de los Mozos Touya, 1965, págs. 23-24)



aplicación en el derecho mercantil, ya que propone la actuación correcta de los empresarios y de sus clientes, aboliendo formalismos innecesarios para el desarrollo óptimo del comercio, basados siempre en la confianza<sup>28</sup>.

#### **I.III.VI Dependencia**

Se presume que existe una relación de dependencia en la relación fiduciaria teniendo en cuenta la situación específica en la que se encuentra el *encomendador* y el *fiduciario*. Varios fallos de corte anglo-norteamericana han insistido que la dependencia o vulnerabilidad es una característica indispensable de la relación fiduciario y que esta vulnerabilidad puede provenir de naturaleza física o mental<sup>29</sup>. Otros jueces establecen con la relación "poder-dependencia" una de género-especie mencionando que no todas las relaciones en que se encuentra este "poder-dependencia" son fiduciarias pero sí todas las relaciones fiduciarias contienen este tipo de relación<sup>30</sup>. En todo caso, la vulnerabilidad no significa que una de las partes sea

---

<sup>28</sup> (Ruiz de Velasco y del Valle, 2007, pág. 10)

<sup>29</sup> (Easterbrook & Fischel, 1993, pág. 426)

<sup>30</sup> (Conaglen, 2005, pág. 452)

débil o más débil que la otra sino implica la cesión de poderes o facultades a otra persona, por lo que se encuentra "a merced" de éste.

En las relaciones fiduciarias existe también una relación "poder-dependencia" bilateral. En el caso del *encomendador*, éste tiene poder sobre el *fiduciario* debido a que el último se sometió por voluntad propia a la de su encomendador para realizar algo. El sometimiento de la voluntad del *fiduciario* siempre responde a ciertas reglas de conducta o actuación. Estas reglas pueden estar expresadas en el contrato o la ley o bien pueden estar implícitas en los deberes o estándares de la plaza en cuanto a su actuación.

En el caso del *fiduciario*, se encuentra en una posición de poder ya que debido a su experiencia y calidad de profesional capacitado, el *encomendador* depende de la gestión de éste para realizar las actividades deseadas.

#### **I.III.VII Actuación en interés ajeno**

En todas las relaciones fiduciarias existe la obligación de que el *fiduciario* actúe en interés del

*encomendador*, como veremos en el tercer capítulo. Este tipo de actuación siempre existirá cuando se contemple la representación de voluntades que incorpora a la propia voluntad la determinación ajena. Esta representación es un acto de potestad, por la cual una persona "apodera a alguien" para que realice algo. Según la complejidad de lo acordado, el "apoderado" se limitará a reproducir la voluntad del representado o concretarla con mayor o menor discrecionalidad<sup>31</sup>. Podría decirse también que, partiendo del hecho que la voluntad intrínseca de actuación de una persona será en su propio interés, se tiene que en la representación de voluntades también vela por los intereses de la persona representada.

#### **I.IV Contratos Fiduciarios**

Los *contratos fiduciarios* son aquellos contratos que se configuran en los elementos contextuales de la definición de relación fiduciaria que mencionamos al

---

<sup>31</sup> (Gómez Blanes, 2016, pág. 4)

principio del capítulo. Siendo ésta toda relación jurídica en la cual una persona depende de otra, depositando su confianza, para que ésta cuide de sus intereses y / o administre todo o parte de sus bienes a favor suyo o de otra persona.

Es entonces que decimos que un *contrato fiduciario* es el contrato entre el *encomendador* y el *fiduciario*. El *encomendador* le confía al *fiduciario* una función de dar, hacer o no hacer algo en interés de él y aquél se obliga a realizar lo encomendado.

En un *contrato fiduciario* la realización de lo encomendado está sujeta a lineamientos de conducta, llamados deberes fiduciarios. Estos deberes fiduciarios denotan el concepto más elevado de buena fe, en el sentido de que todas las actuaciones deben realizarse en interés de la otra persona, con lealtad y cuidado. Estos deberes y obligaciones especiales del *fiduciario* los veremos en el tercer capítulo luego de especificar en el próximo cuáles son los contratos fiduciarios mercantiles.

**CAPÍTULO II**

**RELACIÓN FIDUCIARIA EN CONTRATOS MERCANTILES**

## **II.I Relación fiduciaria vs. Mercantilidad**

Confiar en otra persona es innato al ser humano. El desarrollo de la sociedad depende de la confianza en las relaciones humanas. Una de las manifestaciones de confianza desde el principio de los tiempos es el comercio. Éste evoluciona tanto como el pensamiento y necesidades humanas. Primero se ejerce para luego ser regulado por los mismos comerciantes y por último, el derecho. La relación fiduciaria, que tiene sus orígenes escritos en el antiguo derecho romano y perfeccionado por el derecho anglosajón, ha ido evolucionando o bien tomado como principio para numerosas transacciones comerciales.

Las relaciones fiduciarias no necesariamente son mercantiles ni se originan de contratos como vimos en el primer capítulo pero para nuestros efectos sólo se tomarán en cuenta las relaciones basadas en la confianza y dependencia que tienen como origen un contrato mercantil que obliga a una persona obrar en interés de otra. Además de los elementos de la definición de relación fiduciaria ya explicados hay que agregarles

otros más que son naturales al desarrollo legal del comercio y por tomar en cuenta que al menos una de las partes es comerciante. Estos nuevos elementos son:

- a. El comerciante
- b. Los actos de comercio u operaciones mercantiles
- c. La onerosidad
- d. Principio *intuitu personae*

Estos elementos formarán parte integral de la definición de la relación fiduciaria en los contratos mercantiles. Otro punto para enfatizar es que una vez que la relación jurídica entre las partes sea considerada como mercantil, la ley mercantil regirá ésta con la ley civil en subsidio.

#### **II.I.I El comerciante**

En nuestra ley mercantil tenemos que comerciante es "*toda persona que teniendo capacidad legal, realiza en nombre propio y profesionalmente actos de comercio*"<sup>32</sup>. Esto denota tres elementos fundamentales

---

<sup>32</sup> Código de Comercio de la República de Panamá, Art. 28

que tienen que coincidir toda persona para ser considerado comerciante en Panamá:

1. Capacidad legal
2. Profesionalismo o habitualidad
3. Realizar en nombre propio los actos de comercio

El comerciante en palabras simples es la persona que ejerce el comercio de manera habitual. Para que la ley mercantil sea aplicable a la relación fiduciaria a tratar, al menos una de las partes tiene que ser comerciante. Otras acepciones del término comerciante son:

*"Es la persona física o jurídica que se sirve de una empresa para realizar en nombre propio y en forma habitual una determinada actividad económica. Es pues, el sujeto agente de la actividad económica y tiene las características de la iniciativa y el riesgo"*<sup>33</sup>.

El Diccionario jurídico Espasa lo define como:

*"la persona que ejerce una industria mercantil, sea personalmente, cuando a la capacidad jurídica se le une la capacidad de obrar, sea por medio de otra persona cuando falte la capacidad de obrar"*<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> (Landerero, 2002, págs. 113-114)

<sup>34</sup> (Diccionario Jurídico Espasa, 1991)



Tener la plena capacidad legal para contraer obligaciones y derechos es el requisito exigido para ejercer el comercio y adquirir la condición de comerciante en Panamá.

Si nos dedicamos a hablar de la capacidad legal en general, nuestro Código Civil plantea que no pueden consentir, ni adquirir obligaciones, los menores de edad no emancipados, es decir, se debe tener por lo menos, 18 años de edad; además, no haber sido declarado loco o demente o haber sido declarado culpable judicialmente, tampoco haber sido privado de sus derechos civiles o que los mismos les hayan sido restringidos.

Cuando nos referimos a la capacidad legal para ser comerciante, el Código de Comercio en su artículo 12, nos dice que tienen capacidad legal para ejercer el comercio, toda persona hábil para contratar y obligarse, y a quien no le esté prohibida esta profesión.

Es la dedicación a estas actividades comerciales de manera frecuente que hace que una persona sea considerada como comerciante y "profesional". Nos referimos en este caso a "profesional" por la habitualidad en la actividad y no por su carácter de profesional según un arte y oficio estudiado como lo son las profesiones civiles (e.g. abogacía, medicina, radiología, enfermería, arquitectura, etc.). Existe en nuestra normativa una presunción legal de ejercicio de comercio como profesión desde que la persona anuncie por cualquier medio de publicidad, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. De igual forma, una persona puede realizar actos de comercio y no ser considerada un comerciante.

En cuanto al ejercicio del comercio a nombre propio, quien ejerce el comercio en nombre ajeno no es comerciante, pero ello no constituye un elemento específico de la profesión mercantil, sino una consecuencia general de la representación, quien procede en nombre ajeno es en realidad, un representante, y es principio general inherente al concepto de representación de que todo cuanto crea el

representante surta efectos jurídicos para la persona representada.

En este sentido, no son comerciantes los factores que realizan actos de comercio en nombre del principal o los administradores de las sociedades que tienen como objeto el comercio, siempre que realicen las actividades en nombre de la sociedad. Igual pasa con los gerentes, dependientes, comisionistas, capitanes de barcos. Esto quiere decir que no necesariamente los que actúan como *fiduciarios* en la relación fiduciaria son comerciantes.

#### **II.I.II Actos de comercio u operaciones mercantiles**

Según la Ley, se reputan mercantiles los actos dependiendo de la naturaleza del acto o de las personas. Siendo así, son considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, esto es, indistinto de la habitualidad que habla el título anterior. Entre esos menciona 27

contratos y títulos diferentes y cualquiera de naturaleza análoga a éstos<sup>35</sup>.

En cuanto a la naturaleza de las partes contratantes, se considera siempre un acto de comercio los contratos y obligaciones de los comerciantes. De igual forma, si el acto es mercantil para una de las partes, todos los contrayentes quedan sujetos a la ley mercantil en cuanto a las consecuencias y efectos del acto mismo. No hace diferencia alguna que el *encomendador* y el *fiduciario* sean comerciantes o que uno sólo lo fuera, el contrato que celebrarán tendrá carácter mercantil.

### **II.I.III La onerosidad**

En los contratos mercantiles siempre existe afán de lucro, por lo que las prestaciones suelen ser onerosas. No obstante, sólo en determinadas instituciones mercantiles se presume la onerosidad. "Los actos o contratos mercantiles en ningún caso se presumen gratuitos (...)" según la Ley. Esto va

---

<sup>35</sup> *Op. cit.* Código de Comercio Art. 2, numeral 28

estrechamente relacionado con la causa del contrato como mencionamos en el título anterior.

En los contratos mercantiles siempre existe afán de lucro, por lo que las prestaciones suelen ser onerosas. Es la persona que se obliga la que espera una remuneración, siendo esta el *fiduciario*. Por ende, tienen como punto común de referencia los *contratos fiduciarios mercantiles* que se le asigne una remuneración al *fiduciario*.

#### **II.I.IV Principio Intuitu Personae**

La locución latina *intuitu personae* significa "en función de la persona" o "respecto a la persona" o "en atención a la persona". Esta definición es utilizada para calificar una relación entre dos o más personas que no puede ser transportada o transferida a terceras personas pues parte de la premisa de que depende específicamente de la persona involucrada. Todo esto hace referencia a que las características personales de una parte es el factor determinante para la celebración de un contrato.

Casado con el concepto de lo mercantil, los contratos que contienen una relación fiduciaria, tienen impregnado el principio *intuitu personae* cuando hacen referencia a la calidad de comerciante (y a su presunción de profesionalidad) de una de las partes o bien la calidad de servicio en el ejercicio regular de la profesión de la contraparte. Todo esto necesario y tomado en consideración para la contratación así como sirve a la hora de interpretar el mismo.

Este principio junto con la presunción de profesionalidad del *fiduciario*, indistintamente de que sea éste comerciante o no, servirá al juez y a las partes para determinar los deberes y obligaciones accesorias al contrato que de igual forma tendrá que cumplir. Profundizaremos esto en el próximo capítulo cuando veamos los deberes y obligaciones del *fiduciario*.

## **II.II Contratos mercantiles con relación fiduciaria**

En el mundo de los negocios, siempre existe el lucro como motor de las actuaciones de las personas

involucradas. Es natural del comercio que exista siempre una relación de desventaja de unos con otros y más aún cuando no se llega a ejercer de manera directa.

Existen tantos contratos mercantiles como negocios en Panamá. Muchos de estos no llegan a ser tipificados por ley, siendo estos atípicos. Pero dentro de los que la ley reconoce y tipifica, existen muchos que se basan en la relación fiduciaria. Estos contratos suponen una relación de confianza y dependencia a cambio de una remuneración para la parte obligada. Entre estos:

- a. El contrato de mandato mercantil
- b. El contrato de arrendamiento de servicios
- c. El contrato de fideicomiso mercantil
- d. El contrato de sociedad mercantil

#### **II.II.I Contrato de mandato mercantil**

La palabra mandato procede del latín *mandatus*, *manus datio* o *manu dare* (que significa dar la mano o entregar en mano, según el Diccionario Latino<sup>36</sup>), o

---

<sup>36</sup> (Lewis & Short, 1879)

sea, el hecho de darse la mano mandante y mandatario para simbolizar la amistad, fidelidad y **confianza** existente entre ambos que motivaba la creación del vínculo jurídico contractual que los uniría. Así se origina el mandato en el Derecho Romano.

Según Diccionario Jurídico de Cabanellas, se entiende por mandato el *"contrato consensual por el cual una de las partes, llamada mandante, confía su representación, el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio, a otra persona, el mandatario, que acepta el encargo"* (Cabanellas De Torre).

En materia civil, tenemos que *"Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra"*<sup>37</sup>. En cuanto a materia mercantil, el Código de Comercio sólo agrega al asunto:

**"Artículo 2:** *Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes: (...)*

---

<sup>37</sup> *Op. cit.* Código Civil, Art. 1400



(...) **8.** *El mandato en general y la comisión cuando tienen por objeto una operación mercantil;*

**9.** *Los mandatos especiales: entre el principal y el factor; entre el principal y el dependiente autorizado para regir una operación mercantil o alguna parte del giro o tráfico de aquél, entre el naviero y el capitán o entre el naviero o el cargador y el sobrecargo;"*

Es un contrato por medio del cual una persona denominada mandatario, se obliga a celebrar o ejecutar varios actos de comercio por cuenta de otra llamada mandante. Este mandatario no tiene que ser comerciante, pero se regula por la ley mercantil. Este contrato puede tener representación o no. Este derecho de representación le otorga al mandatario potestad suficiente para comprometer el patrimonio del mandante.

El encargo del mandante es un acto de confianza en el mandatario: el mandante confía al mandatario la gestión de uno o más negocios. La Ley asume que esa relación de confianza es recíproca. Por eso, el encargo es un acto *intuitu personae*, tanto desde el punto de vista del mandante como del mandatario.

Es la profesionalidad del mandatario un criterio de gran importancia respecto a sus obligaciones. Esta persona natural o jurídica que se dedica de manera profesional a realizar actividades por cuenta de terceros, debe adoptar las medidas conservativas sobre las cosas que ha recibido por cuenta del mandante, aún en la etapa precontractual, como se menciona anteriormente.

El mandatario tiene derecho a la remuneración estipulada en el contrato o a falta de esta, la usual en este género de actividades.

En casos prácticos, puede que una persona (comerciante o no) se vea imposibilitado llevar a cabo una transacción comercial por no encontrarse en el país, llevándolo a recurrir a celebrar un mandato con una empresa que se dedique a esto o incluso una persona no comerciante.

Es evidente que en el contrato de mandato existe una relación de confianza y dependencia por parte del mandante hacia el mandatario. También, el objeto del mandato mercantil es la prestación del servicio y el

derecho de representación. La causa de este sería la remuneración.

Según el reconocimiento del derecho mercantil panameño, existen dos subtipos de mandatos mercantiles:

- a. La comisión mercantil; y
- b. El mandato de factores o contrato de preposición

#### **II.II.I.I La comisión mercantil**

Técnicamente, comisión es el mandato mercantil sin representación. Es decir, que el comisionista, si bien obra por cuenta del comitente, contrata en nombre propio, mientras que el mandatario contrata por cuenta del mandante y puede actuar en nombre de éste o no.

Todas las reglas aplicables para el mandato, son también para la comisión, con excepción de las contempladas en su capítulo específico en el Código de Comercio.

Para que un mandato sea considerado comisión, es necesario que se cumplan otros dos requisitos:

- a. Que se refiera a una o más operaciones mercantiles
- b. Que estas operaciones estén individualmente determinadas

Esto quiere decir que un mandato general para administrar un negocio, no cumple los requisitos para ser una comisión mercantil sino que tiene que ser específico y determinado.

La relación que se establece entre las partes, comitente y comisionista, no es una relación duradera o de tracto sucesivo, sino una relación instantánea que se concluye y extingue con la perfección y consumación del concreto acto y operación de comercio en que la comisión consista.

#### **II.II.I.II El mandato de factores o contrato de preposición**

El factor de comercio es el encargado de establecimiento de comercio o de una o más actividades de la empresa y ejerce la representación de ésta frente a los demás. Por lo general sus facultades son de dirección de esa

empresa en nombre del empresario, de administración y a su vez de contratación de personas. En la mayoría de los casos es el gerente o representante legal de ésta.

La mayor parte de la doctrina (y concuerdo con esto), menciona que el factor realmente no es un comerciante sino que en el fondo es un mandatario que recibe una remuneración por sus servicios.

Estas personas cuentan con todas las facultades necesarias para desempeñar su encargo, salvo las restringidas expresamente en el contrato. Y a diferencia de la comisión, tiene que estar registrada en el Registro Público, Sección Mercantil para tener carácter *erga omnes*.

Quiero hacer énfasis en la figura de mandatarios y representantes legales de las sociedades mercantiles. Considerando que la ley societaria panameña no vincula o regula directamente a las personas encargadas de la administración más allá de los directores de la sociedad, es la figura del mandato la que aplica a los dignatarios, gerentes

y representantes legales ya que menciona el Código de Comercio en su Art. 619 que:

*"Sólo tiene el carácter legal de factor para las disposiciones de esta Sección, el gerente de un establecimiento comercial o fabril por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades según haya tenido por conveniente el propietario."*

### **II.II.II El contrato de arrendamiento de servicios**

Es un contrato por virtud del cual una persona profesional llamado contratista, se obliga a prestar un servicio profesional, técnico, científico o artístico a favor de otra llamada contratante, a cambio de una retribución llamada honorario.

En el derecho argentino, se tiene que:

*"Hay un contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o proveer un servicio mediante una retribución."<sup>38</sup>*

---

<sup>38</sup> (Código Civil y Comercial de la República Argentina, Art. 1251)

Por lo general, la parte contratada en el arrendamiento de servicios o contrato de servicios profesionales son arquitectos, abogados, médicos, constructores, ingenieros; en fin, cuantas profesiones u oficios existan. La mayoría está regulada cada una por su ley de profesión y el ejercicio de su profesión no implica una actividad comercial<sup>39</sup>.

En especial atención nos enfocaremos en las que se refiere la ley mercantil, que son:

*"Art. 2: Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes: (...)*

*(...)18. El arrendamiento de servicios: entre el corredor ordinario o el agente de cambio y bolsa, y el que solicita la intervención de estos mediadores de comercio; (...) entre el principal y el dependiente; (...)"*

Entonces tenemos que dentro de esta figura de arrendamiento de servicios hay dos tipos que son considerados mercantiles-no marítimos:

---

<sup>39</sup> Ver Anexo 1

- a. El de un corredor ordinario o agente de cambio y bolsa
- b. El de un dependiente de comercio

### II.II.II.I Contrato de corretaje

Un corredor es aquel que se ocupa constantemente en mediar los negocios comerciales de otros. Cuando éste celebra un contrato por sus servicios, debe contratar en nombre ajeno atendiendo el interés de aquel que lo contrató, a cambio de una comisión proporcional a lo vendido o comprado. Esto denota ya una relación fiduciaria.

Volviendo al derecho argentino:

*"Hay corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes."*<sup>40</sup>

Muchas corrientes doctrinales mencionan este tipo de contrato como una clase más de mandato parecido a la comisión, mientras que en el Código

---

<sup>40</sup> *Op. cit.* Código Civil y Comercial de la República Argentina, Art. 1345



de Comercio lo menciona en un título aparte (Título V De los Agentes Mediadores del Comercio y sus Obligaciones).

Es la intermediación por esencia pues supone acercar a dos partes y asesorarlas para que concreten un negocio, por ejemplo el corredor de bolsa que asesora al vendedor y comprador de acciones. Lo que le interesa es que se cierre el negocio.

#### **II.II.II.II Arrendamiento de Servicios - Contrato de Trabajo**

A diferencia del factor, los dependientes de comercio no cuentan con facultades para el manejo y contratación a nombre del negocio a menos que consten expresamente facultades para esto en su contrato de trabajo en poder otorgado.

La razón de ser de esto reside en la necesidad del negocio por parte del comerciante. En el Código de Comercio autoriza el hecho de que los comerciantes pueden encargar a otras personas, además de sus gerentes, el desempeño constante en

su nombre y por su cuenta de alguno o algunos de los ramos del tráfico a que se dedique. Esto puede ser perfeccionado a través de una enmienda o adenda a su contrato de trabajo o por documento separado (i.e. Poder).

La ley laboral trata a este tipo de trabajadores como un "trabajador de confianza". La definición de éste que nos proporciona es la siguiente:

**"Artículo 84:** *La condición de trabajador de confianza depende exclusivamente de la naturaleza de la prestación del servicio que se ejecuta.*

*Se entiende por trabajador de confianza, el que ejecuta servicio de dirección, fiscalización o representación del empleador, cuando sean de carácter general dentro del giro normal de las actividades del empleador o cuando así se disponga en la convención colectiva."*<sup>41</sup>

Complementa la jurisprudencia al respecto:

*"La Sala ha sostenido que el trabajador de confianza lleva la responsabilidad de representar al empleador, tiene mando para velar por la producción y la organización del resto del personal, y son los auxiliares más inmediatos del dueño o los dueños de la empresa, aun cuando son trabajadores dependientes frente al patrono, en*

---

<sup>41</sup> Código de Trabajo de la República de Panamá

*relación con el resto del personal se distinguen porque cumplen ciertas funciones de empleador.”<sup>42</sup>*

Sin adentrarnos mucho en el tema laboral lo cual no es el objetivo de esta investigación, sí se puede decir que sin importar que el dependiente sea un trabajador más del empleador, se diferencia de los demás. Estas facultades que si bien son limitadas en comparación con el factor o gerente, denota una calidad *intuitu personae* debido a su experiencia y profesionalidad.

### **II.II.III Contrato de Fideicomiso mercantil**

Es probable que cuando hablemos de *relación fiduciaria* lo primero que se viene a la mente es el fideicomiso. Es natural esa reacción ya que de esta figura es de donde nace esta relación o mejor dicho, es en la cual se ha perfeccionado la forma más pura

---

<sup>42</sup> RECURSO DE CASACION LABORAL, INTERPUESTO POR EL DR. ROLANDO MURGAS TORRAZA EN REPRESENTACIÓN DE DIEGO AGUILAR, CONTRA LA SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998, DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL, DENTRO DEL PROCESO LABORAL: DIEGO AGUILAR -VS- SUPER DORADO, S. A., Y OTROS. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE MARZO DE DOS MIL (2000)

de la confianza en otra persona para el manejo de los bienes personales.

Un fideicomiso es un contrato por el cual se transmiten bienes, dinero o derechos de propiedad intelectual o personal a otro individuo para que este administre o invierta dichos bienes en beneficio propio o en de un tercero.

Esta figura viene del derecho anglosajón, dividiéndose este sistema en dos corrientes que son la inglesa y la anglo-norteamericana. Esta última en su *Restatement of the Law of Trust* define el fideicomiso como "*una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee denominado fiduciario está obligado en equidad a manejarlos en beneficio de un tercero*"<sup>43</sup>. El cesionario recibía el dominio pleno de la cosa a título de propietario pero no para ser utilizado en su propio beneficio sino en beneficio de otra persona, en encargo de buena fe.

---

<sup>43</sup> (American Law Institute, 1959, pág. 6)

Hoy en día los fideicomisos son reconocidos internacionalmente según el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al Fideicomiso y a su Reconocimiento. Este cuerpo regula también los conflictos que puedan surgir en relación al fideicomiso.

En Panamá existe la Ley No. 1 de 5 de enero de 1984: *"Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones"* que como bien lo dice, regula el negocio de esta figura jurídica. Esta misma ley nos brinda la siguiente definición de qué es un fideicomiso:

**"Art. 1:** *El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente."*

La definición provista por la ley no realmente denota la versatilidad de esta figura tan utilizada pero poco estudiada a fondo en el ámbito mercantil. Los usos van desde la planificación patrimonial a los sucesores, la preservación de bienes y a una mayor

seguridad en el manejo de los bienes por manos de profesionales dedicados a esta labor.

Una de las características de los fideicomisos que lo asemeja con los demás contratos mercantiles vistos anteriormente es que se presume oneroso, como menciona el Art. 7 de la ley que lo rige.

Siguiendo la idea anterior, este contrato es también *intuitu personae* ya que el fideicomitente contrata con una persona específica en base a sus capacidades y profesionalidad. Para muestra de esto, en el decreto ejecutivo que reglamenta el negocio de fideicomiso le solicita al fiduciario contar con una licencia para ejercer como tal<sup>44</sup>.

#### **II.II.IV Contrato de sociedad mercantil**

La sociedad mercantil (o sociedad comercial) es aquella que tiene por objeto la realización de uno o más actos de comercio. Es totalmente diferente a la sociedad con fines civiles. Como toda sociedad, son

---

<sup>44</sup> Decreto Ejecutivo No. 16 de 3 de octubre de 1984, que regula el ejercicio del Negocio de Fideicomiso

entes a los que la ley reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando también con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común, con vocación tal que los beneficios que de las actividades realizadas resulten, solamente serán percibidos por los socios.

Las sociedades Mercantiles, representan la forma de identificar a la asociación de personas que buscan obtener un beneficio lícito de inversiones.

Se puede decir que es un ente que existe bajo una denominación o razón social, creado por un acto voluntario colectivo de un grupo de personas llamadas socios, que unen sus esfuerzos y capitales para la realización de un interés común de carácter económico con propósito de obtener ganancias o un fin lucrativo.

Los socios se comprometen a poner un patrimonio en común integrado por dinero, bienes o industria, con la intención de participar en las ganancias. Por tanto, son características fundamentales y constitutivas de la sociedad la existencia de un

patrimonio común y la participación de los socios en las ganancias. Se distingue de la asociación en que ésta no persigue fines lucrativos sino de orden moral o económico-social que no se reducen a la mera obtención y distribución de ganancias.

La Corte Suprema ya se ha manifestado en relación a la diferencia que existe entre las sociedades mercantiles y civiles y los criterios para determinar esta diferencia indistintamente de cómo fueron constituidas<sup>45</sup>.

Estas sociedades están constituidas por los socios, por el patrimonio, por las reglas relativas a la forma de celebración del contrato. Pueden ser constituidas de diversas formas pero no todas cumplen con tener una relación fiduciaria con terceros. Este es el caso de las sociedades colectivas en las cuales los mismos socios son los únicos que encargados de la administración de la sociedad y el uso de la firma social.

---

<sup>45</sup> Ver Anexo 1



Por lo general, los socios de estas sociedades mercantiles sólo actúan como inversionistas. Esto quiere decir que no se involucran en el día a día de los negocios de la sociedad sino que sólo perciben las ganancias de ésta. Las sociedades mercantiles que tienen esta figura de delegación de mandato y representación son las siguientes<sup>46</sup>:

- a. Sociedades en Comandita
- b. Sociedades Anónimas
- c. Sociedades de Responsabilidad Limitada

Las **Sociedades en Comandita** se derivan del *contrato de comenda* del Derecho Romano (*commendare* significa confiar, depositar, encomendar). En nuestra regulación mercantil, se compone de uno o varios socios que obligándose solidaria e ilimitadamente por el uso de la razón social (socios comanditados) y uno

---

<sup>46</sup> Existen otras sociedades mercantiles como son las colectivas, en las cuales se pueden delegar funciones a terceros. Sin embargo, hay que saber que todos los socios delegan en el o los socios Administradores en mandato y representación de la sociedad, salvo que en el pacto social se señale que todos los socios colectivos pueden administrar, en cuyo caso, todos y cada uno de los socios esto delegando dicha facultad en los demás. De igual forma, no tomaremos en cuenta este tipo de sociedad.

o varios socios que limitan su responsabilidad a los aportes realizados al capital social (socios comanditarios). Otra diferencia entre estos dos tipos de socios es que los comanditados se encargan de la administración de la sociedad mientras que los comanditarios no tienen injerencia en esto, teniendo derecho sólo a la distribución de dividendos.

Aunque esta figura este casi en desuso, sería conveniente para situaciones en las que personas que aporten dinero, especie, industria o créditos y que sepan el negocio, necesiten capital u otro tipo de aporte por parte de terceras personas para éxito de las actividades comerciales a realizar. Y esto a su vez denota confianza de los socios comanditarios a los comanditados ya que si tuviesen poder de toma de decisiones en la sociedad, atentarían contra la buena fe de confiar el capital para la gestión de estos<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Aunque legalmente pueden ejecutar operaciones en nombre de la sociedad por medio de mandato general o especial (*Op. cit.* Código de Comercio de la República de Panamá, Art. 333)

Estos tipos de sociedades pueden ser simples o por acciones. En ambas coexisten dos clases de socios: los colectivos y los comanditarios pero cuentan con ciertas diferencias importantes de mencionar.

En este tipo de sociedades, existen mayores vínculos de confianza que se determina por las cualidades personales de cada uno de los socios, en lo que se refiere a moralidad, capacidad de trabajo y habilidad personal.

A diferencia de las sociedades en comandita simple, en la de acciones la participación de los socios es representada por acciones de acuerdo al porcentaje de su aporte.

La administración y el gobierno de la sociedad corresponden también exclusivamente a los socios de responsabilidad ilimitada pero a diferencia que la

---

Además de los administradores / socios comanditados, se pueden nombrar gerentes por medio de voto de la mayoría de todos los socios pero su actuación sólo recae en responsabilidad de socios de responsabilidad ilimitada (*Op. cit. Ídem*, Art. 338)

Junta General designará un Comité de Vigilancia de tres accionistas.

Las **Sociedades Anónimas** son sociedades mercantiles de capitales. Esto significa que la participación de los socios se ve a través de su aporte al capital social y esta a su vez se refleja por la tenencia de acciones correspondiente, de acuerdo a esta participación.

Las acciones pueden diferenciarse entre sí por su distinto valor nominal o por los diferentes privilegios vinculados a éstas, como por ejemplo la percepción a un dividendo mínimo. Los accionistas no responden con su patrimonio personal de las deudas de la sociedad, sino únicamente hasta el monto del capital aportado.

La Asamblea de Accionistas es la máxima autoridad de la sociedad mientras que la Junta Directiva estará a cargo de la dirección y administración de todos los negocios de la sociedad.

Los negocios de la sociedad son administrados y dirigidos por la Junta Directiva, que está compuesta

por un mínimo de tres (3) miembros y no tiene un máximo por ley sino que estará sujeto a los estatutos.

Esta Junta Directiva tendrá el control absoluto y dirección plena de los negocios de la sociedad, por lo que podrán ejercer todas las facultades de la sociedad, salvo las facultades reservadas para los accionistas en la ley, el pacto social o los estatutos de la sociedad.

Para la toma de decisiones de la sociedad se necesita que la mayoría de los directores estén presentes y voten a favor. A esto se le llama *quorum* (en latín "de los cuales"). Cuando exista *quorum* de directores en una reunión decidir sobre un asunto y se llegue a un acuerdo, a esto se le llama un Acuerdo de la Junta Directiva. De igual forma la ley acepta los estatutos regulen si para que exista *quorum* se necesiten estar presentes un mayor o menor número que la mayoría de los directores.

Siempre dependiendo de la realidad de la estructura de la sociedad, no se acostumbra que los accionistas sean directores. De igual forma la ley no prohíbe que

esto ocurra sino que lo deja a discreción de los estatutos. En los casos de las sociedades familiares que agrupan capital de esta forma constituyendo una sociedad anónima, los accionistas son también directores.

Son las sociedades en las cuales los accionistas no son directores ni dignatarios ni apoderados ni representantes legales cuando realmente estamos ante una relación fiduciaria. De lo contrario estamos hablando de sociedad con administración centralizada y concentrada. De igual forma, para la Ley, sólo menciona que los directores actuarán como fiduciarios cuando entra en el proceso de liquidación de la sociedad.

En las sociedades anónimas se estila tener una Junta Directiva, que pueden o no ser dignatarios, apoderados y representantes legales. De manera errónea, muchos de los profesionales del derecho piensan que la figura de los dignatarios es igual a la de los directores y por ende tienen que ser

directores / dignatarios a la vez. Lo mismo pasa con los representantes legales.

Mientras que cada uno de los involucrados en la administración de los negocios tiene una función diferente, todos los que tengan derecho al uso de la firma social, es decir, que puedan actuar en nombre de la sociedad tienen una relación fiduciaria con la sociedad. Y por ende, estas personas tienen que actuar en interés de la sociedad.

Las **Sociedades de Responsabilidad Limitada** (S. de R. L., S.R.L.) son sociedades mercantiles en las que la responsabilidad de cada socio está limitada por el monto de su aportación al capital de la sociedad. Esto quiere decir que no responderá por las deudas de la sociedad con su patrimonio personal.

Este tipo de sociedades cuentan con una legislación especial desde hace poco (Ley 4 de 2009). Anteriormente estaban reguladas por el Código de Comercio en su totalidad.

A diferencia de las Sociedades Anónimas, se requiere al menos dos socios que aporten capital para

su constitución y estas aportaciones constan en cuotas de participación, no en acciones<sup>48</sup>.

En cuanto a los órganos sociales, se tiene también que la máxima autoridad es la Asamblea de Socios, que:

- Decide sobre las reformas del pacto social;
- Aprueba o rechaza el balance, informe de la administración, la cuenta de pérdidas y ganancias y la distribución de utilidades que se hubiera propuesto;
- Decide las acciones procedentes contra los administradores, después de separarlos de su cargo, y también contra determinados socios por los daños y perjuicios que la sociedad hubiera sufrido por causa de sus actos;
- Designa y remueve a los administradores y sus reemplazos y fija su remuneración;
- Decide sobre la fusión o transformación de la sociedad o transferencia de jurisdicción;

---

<sup>48</sup> Ley No. 4 de 9 enero de 2009, Que regula las sociedades de Responsabilidad Limitada. Gaceta oficial 26202-A. Publicada el 15 de enero de 2009



- Adopta cualquier otro acuerdo que el pacto social le hubiera reservado.

La Administración de la sociedad le corresponderá a la persona o persona natural o jurídica que haya sido designadas para el cargo en el pacto social o por un acuerdo posterior, estas necesitarán poder especial de la asamblea de socios para realizar operaciones ajenas al giro ordinario de los negocios de la sociedad.

Dentro de las funciones especiales de la Administración tenemos:

- La elaboración anticipada de un informe anual, sobre la marcha de los negocios de la sociedad;
- Llevar y conservar un registro de socios y un registro de actas en que se dejará constancia de los acuerdos adoptados por la sociedad.

En nuestra normativa panameña, los directores de las sociedades no tienen especiales obligaciones ni la doctrina tampoco ha desarrollado los deberes

fiduciarios que tienen que tener los directores frente a los accionistas.

Existe en Panamá una práctica muy pobre de gobierno corporativo, causando muchas confusiones y poco desarrollo al momento de identificar las funciones y obligaciones de cada una de las personas que participan en la administración de la sociedad.

### **II.III Criterios de interconexión y diferencia entre la relación fiduciaria y los contratos mercantiles**

No todos los contratos mercantiles contienen una relación fiduciaria así como no todas las relaciones fiduciarias provienen de un contrato en general<sup>49</sup>. Ambos conceptos son diferentes pero uno puede superponerse al otro. Una relación contractual ha sido creada por un contrato por lo cual se le agrega este adjetivo mientras que para que una relación sea considerada fiduciaria depende mucho del sistema legal que lo reconozca. Son

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, la gestión de los negocios ajenos, la curatela, los guardianes, los gobernantes de un Estado, entre otros.

muchísimos los autores que han definido lo que puede significar que una relación jurídica sea fiduciaria, lo que efecto significa o lo que debería significar. En todo caso, la relación fiduciaria puede describirse en base a sus características y no por su origen<sup>50</sup>.

En resumen, las características en las que me baso para considerar que existe una relación fiduciaria son:

1. Confianza;
2. Dependencia; y
3. Obligación de obrar en interés ajeno

Los contratos mercantiles se presumen ejecutados de **buena fe**, según el Art. 214 del Código de Comercio. Esto implica que al momento de realizar un contrato, se cuenta con que la persona realizará lo pactado.

A parte de la confianza, se crea una situación de **dependencia** bilateral cuando se otorgan las facultades suficientes a una persona para el manejo de los negocios de otra según lo pactado en el contrato. La dependencia bilateral exista ya que el encomendador depende del

---

<sup>50</sup> *Op. cit.* Smith, 2016, pág. 2

fiduciario cumpla lo pactado y a la vez el fiduciario depende de la voluntad del encomendador para realizar lo encomendado.

Y por último, es la obligación legal o contractual de actuar en beneficio de otra persona que junto con las demás características mencionadas hacen que exista una relación fiduciaria en un contrato.

**CAPÍTULO III**

**DEBERES Y OBLIGACIONES ESPECIALES DERIVADAS DE LA  
RELACIÓN FIDUCIARIA**

En nuestro sistema continental de derecho las obligaciones de los contratos aparecen ya sea en el mismo contrato o en la ley. Esto hace un ligeramente más fácil identificar las obligaciones en lo que se contrata. Igual pasa con los derechos. Lo que sea que no esté expresamente permitido es ineficaz.

Son nuestros códigos los que nos muestran las maneras de contratar según las necesidades y establecen lo que deberían contener las cláusulas para una relación más justa, considerando la posición contractual de cada uno. La ley aplicable a la materia sirve para validar las cláusulas contratadas, considerando la justicia y la moral. Esto es muy diferente al sistema anglosajón, que tiene como estandarte el principio de la libertad contractual y la reparación en caso de incumplimiento<sup>51</sup>.

Existe una gran diferencia entre las obligaciones y el deber. Aunque la razón de ser es la misma (el que sea seguida u obedecida), en nuestro sistema legal hace hincapié en las obligaciones, dejando el deber como una directriz no coercitiva impregnada por preceptos

---

<sup>51</sup>*Op.cit.* American Law Institute, 1959, pág. 284

religiosos o morales. En todo caso, ambas se presumen que son aplicables en base a la calidad de la persona contratada (*intuitu personae*).

La moral como mencionamos, es un deber de conducta. Y es que un tema de gran importancia mantener un alto estándar moral en las relaciones fiduciarias, como menciona Tamar:

*"La lealtad, fidelidad, buena fe y honor forman parte del vocabulario básico de la relación fiduciaria. Dos aspectos del comportamiento moral son necesarios para entender la dimensión moral en este asunto. Primero, el comportamiento moral es altruista. La persona moral sirve a otros miembros de la sociedad y contribuye a la sociedad en general. Él trata sus propios intereses en beneficio de otros y prefiere la comunidad que a sí mismo. Segundo, el comportamiento moral es voluntario. Por lo tanto, entre más se firmemente se confirme la voluntad para actuar en beneficio de otros, más se considera una persona moral. El reforzamiento de la voluntad reduce el riesgo e incertidumbre en las relaciones humanas (...)"<sup>52</sup>.*

Luego de este párrafo menciona también que en la realidad del derecho contractual en el que cada quién persigue sus intereses, requiere que una vez que un individuo se compromete a actuar como fiduciario, debe

---

<sup>52</sup> *Op. cit.* Frankel, *Toward Universal Fiduciary Principles*, 2004 pág. 417

actuar para promover los intereses de otro de preferencia a los propios.

A pesar de ser la moral una regla subjetiva, los legisladores decidieron tomar como base a ésta para entonces sentar las bases de las obligaciones que contendría la ley. Esta costumbre legislativa se remonta a los principios de la ley persiguiendo fines eclesiásticos<sup>53</sup>.

Este énfasis en lo moral proviene de la necesidad del *encomendador* de que se lleve a cabo lo encomendado de la mejor manera. Por ejemplo, el deber principal del director de una empresa es ayudar a mantenerla rentable para los accionistas, el deber de un corredor es representar los deseos de su cliente, etc. Es por eso que los fiduciarios deben utilizar el poder otorgado a ellos para un solo motivo, prestar el servicio contratado al *encomendador*. Y es que el *encomendador* en esta relación se encuentra en una posición de vulnerabilidad a las actuaciones del fiduciario<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> (Helmholz, 1979, pág. 79:8)

<sup>54</sup> (Frankel, *Fiduciary Law*, 2011, págs. 235, 253-256)



En la mayoría de los casos las partes involucradas no están conscientes que existe una relación fiduciaria entre ellas y mucho menos lo que conlleva. Muy poca normativa existe sobre el estándar de conducta de los *fiduciarios*. Esto lleva a una desconfianza grande en el mercado y por ende los costos del comercio incrementan.

En este capítulo veremos que existen diferentes deberes y obligaciones en cada uno de los contratos mercantiles que vimos en el capítulo anterior ya que entre mayor riesgo entraña el tipo de relación fiduciaria, más estrictas serán las reglas que la limitan para proteger al *encomendador*.

### **III.I El Deber Fiduciario**

El deber fiduciario es un término utilizado casi exclusivamente en la doctrina del sistema de derecho anglosajón que, como hemos comentado, ha sido el sistema donde ha tenido un mayor desarrollo el derecho fiduciario.

La definición de este deber varía ligeramente de autor en autor dependiendo de su punto de vista y del desarrollo de su investigación. Uno de estos es nuevamente Frankel:

*"Los deberes fiduciarios surgen de servicios que implican la enajenación de la propiedad o el otorgamiento de un poder a un tercero y el riesgo para el encomendador de que el fiduciario no cumpla con el servicio."*<sup>55</sup>

Y otra definición propuesta por Larry Ribstein que contrasta y limita la anterior:

*"Son los deberes que surgen de un tipo particular de encomienda que se deriva de la delegación de un propietario de un bien a un gestor con las más amplias facultades sobre la propiedad con excepción de los derechos económicos que corresponden al bien."*<sup>56</sup>

De la primera podemos ver que tiene un sentido más amplio de aplicación mientras que la segunda se circunscribe a las facultades que el *encomendador* otorga al *fiduciario*. De igual forma, ambas definiciones confirman una singularidad en cuanto al origen de este deber y ésta es la relación fiduciaria. Es entonces que podemos decir que el deber fiduciario es aquel especial

---

<sup>55</sup> *Op. cit.*, Frankel, *Fiduciary Law*, 2011, pág 42-62

<sup>56</sup> (Ribstein, *Are Partners Fiduciaries?*, 2005, pág. 209)

y único a la relación fiduciaria y a su vez es el valor intrínseco que impregna las actuaciones del fiduciario. Es el **abstenerse de actuar en beneficio propio**. Esto también es conocido por varios autores como el deber de lealtad<sup>57</sup>

El deber de lealtad no se menciona directamente en ninguna de las normas de las leyes que regulan los negocios fiduciarios pero se desprende del principio de confianza en que se basan estas relaciones y según Mario A. Carregal, de los cánones éticos con que se debe actuar un buen hombre de negocios<sup>58</sup>.

Esta definición propuesta arriba entraña una serie de cosas, entre ellas:

- No aprovecharse de su posición ventajosa frente al *encomendador*;
- Uso indebido de los bienes encomendados;
- Conflicto de intereses.

---

<sup>57</sup> *Op. cit.* 29. Easterbrook & Fischel, 1993, ídem

<sup>58</sup> (Carregal, 2008, pág. 173)

El deber de lealtad no se menciona directamente en ninguna de las normas de las leyes que regulan los negocios fiduciarios pero se desprende del principio de confianza en que se basan estas relaciones y según Mario A. Carregal, de los cánones éticos con que se debe actuar un buen hombre de negocios<sup>59</sup>. Esto nos lleva a explorar cuál sería el estándar de un buen hombre de negocios, que si bien es cierto va estrechamente ligado con el deber fiduciario, no le es exclusivo de éste.

### **III.II Los Deberes no fiduciarios**

Además del deber fiduciario, que ha sido definido simplemente como el deber que existe por parte del *fiduciario* de no actuar en beneficio propio, existen otros deberes en esta relación jurídica que según Ribstein<sup>60</sup>, siempre han sido clasificados (erróneamente) como fiduciarios. Estos deberes también llamados como deberes legales, son los siguientes:

---

<sup>59</sup> *Op. cit.* Carregal, 2008, *íbid*

<sup>60</sup> (Ribstein, *Fencing Fiduciary Duties*, 2011, pág. 910)

### III.II.I El deber de cuidado

Mucho se habla del deber de cuidado en temas penales y de responsabilidad extracontractual pero poco ha sido desarrollado por la doctrina panameña.

Vemos que la Corte Suprema de Justicia ha mencionado algunas veces el deber de cuidado como determinante de la culpa:

*"El artículo 32 del Código Penal establece que "Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en caso de representárselo como posible, actúa confiado en poder evitarlo". Esta disposición legal contempla dos circunstancias: cuando el agente no prevé las consecuencias dañinas de su actuar (culpa inconsciente o sin previsión), y cuando, habiéndolas previsto, confía imprudentemente poder evitarlas (culpa consciente o con previsión)."*<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Auto de enjuiciamiento apelado. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO PENAL. Proceso Seguido A Emilio Eliades Oliva Linares, José Luis Barsallo Marquínez Y Noriel Alexis Gálvez Pineda, Sindicados Por El Delito De Homicidio Cometido En Perjuicio De Jorge Luis Delgado Villarreal. Magistrado Ponente: Fabián A. Echevers. Panamá, Veintidós (22) De Julio De Mil Novecientos Noventa Y Siete (1997).

Ribstein define este deber como el compromiso de tiempo y atención<sup>62</sup>. Agrega también que *"aquel que asume la obligación de realizar cierta actividad por el encomendador debe también obligarse a llevarla a cabo cuidadosamente."* Se presume entonces que los servicios prestados por el *fiduciario* implican un deber de cuidado.

Es en los negocios que el deber de cuidado entraña también los deberes de un buen padre de familia, siendo este el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios<sup>63</sup>. Este deber de un buen padre de familia siempre ha sido característico de las obligaciones contractuales y cuasicontractuales que involucra la gestión de negocios ajenos<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> (Ribstein, *Are Partners Fiduciaries?*, 2005, pág. 220)

<sup>63</sup> Winston Spadafora Franco, Editora Panama America, S. A., Gustavo A. Aparicio Y Marcel Chery Recurren En Casacion En El Proceso Ordinario Que Winston Spadafora Franco Le Sigue A Editora Panama America, S.A., Gustavo A. Aparicio Y Marcel Ramos. Ponente: Hernán A. De León Batista. Panamá, Treinta (30) De Diciembre De Dos Mil Quince (2015).

<sup>64</sup> En el Art. 1631 del Código Civil menciona que el gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia.

En cuanto al mandato, en el Artículo 1410 del Código Civil menciona que *"En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia."*

Otro ejemplo es el que encontramos en la relación principal y dependiente:

**"Artículo 126:**

*Son obligaciones de los trabajadores:*

- 1. Realizar personalmente el trabajo convenido con la intensidad, cuidado y eficiencia, que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, preparación y destreza, en el tiempo y lugar estipulado.*
- 2. Acatar las órdenes e instrucciones del empleador, o de su representante, de acuerdo con las estipulaciones del contrato."<sup>65</sup>*

Ahora bien, el deber de cuidado no sólo reside en la etapa contractual sino desde antes. El *fiduciario* debe revisar el contrato y cualquier acuerdo adicional como típica manifestación del deber de diligencia<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Op. cit. Código de Trabajo

<sup>66</sup> (Rodríguez & Azuero Abogados, 2004, pág. 4)

Este tiene que saber que le encomiendan, tiene que saber que bienes le entregan y sobre todo tiene que saber si está en condiciones y capacidad de cumplir su encargo.

Luego de que el *fiduciario* haga este análisis, en la fase contractual tiene que, de ser el caso, verificar que todos los bienes encomendados están registrados a nombre suyo o que efectivamente todo esté en orden (e.g. los poderes registrados, documentos libre de vicios, de que tenga todo lo necesario para realizar el encargo, etc.). Posterior a esto, entonces pasa a realizar todo aquello que sea necesario, para cumplir cabalmente con la finalidad que le han encomendado; pero tiene que hacerlo prudentemente, tiene que hacerlo con cautela. Debe existir un balance entre la diligencia y el cuidado en las actuaciones del *fiduciario*. El *fiduciario* no puede dejar de actuar lo encomendado pero tampoco hacerlo con descuido. Todo esto es en miras de la preservación del bien encomendado o de su rentabilidad comercial que surtirá luego como beneficio al *encomendador* o al *beneficiario*.



Existe en otras legislaciones un deber pre-contractual de advertir los alcances del negocio fiduciario que se celebrará. Esto incluye los riesgos y toda información relevante para el futuro *encomendador*<sup>67</sup>.

Un ejemplo es cuando una sociedad fiduciaria realice inversiones demasiado arriesgadas en términos de recuperación del capital e intereses remuneratorios. Primero se tiene que realizar los estudios e investigaciones necesarias para considerar llevar a cabo esta inversión. Luego actuar en base a los estudios teniendo en cuenta los intereses en juego. Esto también aplicaría en cualquier negocio fiduciario en el cual las inversiones estén autorizadas o bien no lo prohíba.

### **III.II.II Buena Fe especial - deber de un buen hombre de negocios**

La Buena Fe en los contratos conlleva el apego a las expectativas de lo que se contrata. Es decir, que

---

<sup>67</sup> *Op. cit. Ídem*, pág. 8

se respete con claridad lo expresamente acordado por las partes que previamente negociaron los términos en conformidad de sus voluntades.

Al contrario, actuar con mala fe implica el ir en contra de la voluntad de la contraparte. En nuestro ordenamiento jurídico se habla de una actuación de mala fe cuando este comportamiento a sabiendas, va contrario a la moral, a las buenas costumbres o a la ley. Esto es algo subjetivo porque va ligado a la creencia de la buena o mala actuación sin importar la vista objetiva del cumplimiento o no de lo contratado.

Esto es diferente cuando se refiere a los contratos mercantiles fiduciarios ya que se presume que el que actúa como *fiduciario*, por su calidad de profesional, debe saber lo que contrata, lo que se espera de él, y la legislación que regula su gestión.

La jurista colombiana Neme Villarreal menciona que existen dos tipos de buena fe, la objetiva y la subjetiva. La subjetiva es la intención e íntima convicción de contratar y que la otra persona cumpla con lo pactado. Cada lado pacta con la idea de no

actuar de manera antijurídica. Y la objetiva es la norma o modelo de conducta que exige actuar de manera leal, honesta y correcta dependiendo de cada caso y de la naturaleza del asunto.<sup>68</sup>

La buena fe en el sentido objetivo sirve como complemento a la normativa legal y a las cláusulas del contrato llenando así lagunas legales y contractuales. Apela al estándar de conducta especial de fiduciario atendiendo la intención de las partes y el negocio a realizar.

En el caso de los contratos fiduciarios mercantiles, el comportamiento del *fiduciario* corresponde a los de un buen hombre de negocios, de manera general y al deber fiduciario y demás deberes especiales de manera específica.

Otro jurista colombiano, Baena Cárdenas, hace hincapié en que:

*“la buena fe despliega una doble función: en primer lugar, faculta al operador jurídico para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias;*

---

<sup>68</sup> (Neme Villarreal, 2009, págs. 45-76)

*es decir, permite determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente. En segundo lugar, la buena fe cumple una función interpretativa en la medida en que permite ampliar la esfera de la relación obligatoria, tornándola en una relación obligatoria de carácter complejo, lo cual permite explicar su supervivencia aún después de la extinción o terminación del contrato, cuando permanezca un interés del acreedor o del deudor que sea digno de protección jurídica.”<sup>69</sup>*

En los casos en los que el *fiduciario* no cuente con indicaciones expresas sobre cómo proceder con lo encomendado, debe hacerlo como si de su propio negocio se tratase, atendiéndolo como un buen padre de familia. Esto implica actuar siempre con diligencia y prudencia.

Estos dos conceptos implican que se deben maximizar las ventajas en interés del encomendador pero con cautela para prevenir perjuicios por las actuaciones de la encomienda. Se requiere al *fiduciario* mantener el balance entre estas dos reglas de comportamiento para una ejecución correcta. De igual manera, tiene el *fiduciario* que acatar la ley, costumbres de la plaza y tratados internacionales en la materia que complementan las obligaciones de éste.

---

<sup>69</sup> (Baena Cárdenas, 2013, pág. 188)

Existe un estándar de conducta incluso más riguroso que el de un buen padre de familia, que se aplica a los comerciantes y a aquellas personas que realizan gestiones de negocios ajenos. Este estándar tiene razón de ser en el principio de buena fe objetiva que mencionamos antes y en el principio de la culpa o negligencia del deudor de la obligación en el derecho panameño<sup>70</sup>. Existe una distinción entre los estándares de conducta de un buen padre de familia con el de un buen hombre de negocios basándonos en la presunción del *savoir-faire* de la persona encargada de la gestión de los negocios ajenos. Un buen padre de familia actúa de buena fe incluso sin saber de negocios mientras que un buen hombre de negocios tiene una presunción en favor suyo de reunir las condiciones necesarias para llevar a cabo lo encomendado.

---

<sup>70</sup> *Op. cit.* Código Civil, **Art. 989**: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar".

El Código Civil y Comercial argentino<sup>71</sup>, uno de los pocos países que establecen los parámetros generales a la hora de asignar las responsabilidades al *fiduciario*, dispone:

- Para un agente, que es la persona que se obliga a promover por cuenta de otra:

*"Art. 1483: Son obligaciones del agente: (...) b. ocuparse con la diligencia de un **buen hombre de negocios** de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron".*

- Para el fiduciario en un contrato de fideicomiso:

*"Art. 1647: El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del **buen hombre de negocios** que actúa sobre la base de la confianza depositada en él"*

Toda actuación del *fiduciario* debe estar presidida por el principio de buena fe y que no podría ser de otra manera ya que se debe tener siempre en cuenta la posición de peligro en que se coloca el *encomendador* al otorgar confianza al *fiduciario*. Éste

---

<sup>71</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014

debe corresponder con una conducta leal, sincera y diligente, que lo fuerce a realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad estipulada a favor del beneficiario<sup>72</sup>.

### **III.III Obligaciones Especiales del *Fiduciario***

Son los deberes antes mencionados los que se toman como referencia para calificar la manera de actuar o el estándar de actuación del *fiduciario*. A diferencia de los deberes, las obligaciones sí son exigibles judicialmente. De igual forma, las obligaciones y los deberes nos sirven como punto de referencia para determinar la calidad de *fiduciario* de una de las partes. Las obligaciones a continuación sí son exigibles ya que constan en la ley mercantil o en su legislación accesoria o específica de cada figura jurídica.

---

<sup>72</sup> *Op. cit.* Baena Cárdenas, *Ídem*

### III.III.I            **Uso debido**

La obligación del uso debido se basa en las actuaciones del fiduciario como buen padre de familia y en la buena fe contractual. Corresponde al uso debido la manera correcta en la que las amplias facultades conferidas o los bienes dados son utilizados según la voluntad del *encomendador*. Esto quiere decir que corresponderá la culpa leve al fiduciario que no acate esta voluntad o le dé el uso debido a lo encomendado. Esto se refiere al manejo cuidadoso de los bienes o al uso correcto poder otorgado, siguiendo las instrucciones conforme a lo pactado, la Ley o la costumbre de la plaza.

En el caso del **mandato** y la **comisión**<sup>73</sup>, el Artículo 1405 del Código Civil menciona que "*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*". Aunque hace una excepción a esta regla en

---

<sup>73</sup> El Artículo 643 del Código de Comercio menciona que: "*Obrando el comisionista en nombre del comitente, sólo éste quedará obligado a favor de los terceros que trataren con aquél. El comisionista, sin embargo, conservará, respecto del comitente y terceros, los derechos y obligaciones del mandatario comercial.*"



el artículo siguiente diciendo que *"No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste"*. Esto puede referirse al mejor aprovechamiento de los recursos dados al mandatario para el ejercicio de éste. Y también importante a considerar son las instrucciones para la ejecución del mandato, que pueden ser dadas por el mandante como bien asumidas por el mandatario según la naturaleza del negocio y atendiendo el mandato como un **buen padre de familia**. Incurre en responsabilidad por culpa leve el mandatario en general<sup>74</sup> en favor del mandante cuando no siga las instrucciones conforme a lo pactado, la Ley o la costumbre de la plaza a menos que la actuación resulte más ventajosa para el mandante. Esto incluye a los comisionistas y a los factores de comercio en el ejercicio de sus funciones.

Los **corredores** están obligados a atender el interés del principal con debida solicitud (Código de

---

<sup>74</sup> Art. 1405 C. Civil: "El mandatario no puede traspasar los límites del mandato" cc. Art. 1406 y Art. 613 C. Comercio

Comercio, Art. 100) así como desempeñar todas las operaciones que se le confíen por su oficio. Tiene por obligación conservar en su poder las órdenes o instrucciones por escrito que haya recibido hasta que el contrato celebrado haya sido perfeccionado (Ídem, Art. 118). Los corredores responden a cada una de las partes los prejuicios que por su culpa (leve) se le ocasionen en las negociaciones que intervenga. Esta responsabilidad puede reclamarse por no proponer los negocios con exactitud y claridad absteniéndose de hacer supuestos que puedan inducir a error a los contratantes de las negociaciones que interviene<sup>75</sup>. Además, el Código de Comercio señala en su Art. 112 varias de las medidas de conservación y de debido cuidado que tiene que tener el corredor que el incumplimiento de estas, incurrirá en culpa leve. En todo caso, la responsabilidad prescribe en dos años.

---

<sup>75</sup> Los supuestos son: el proponer una mercadería bajo distinta calidad que la que se le atribuye por el uso general del comercio; dar una noticia falsa sobre el precio que tenga corrientemente en la plaza la cosa sobre que versa la negociación u otros semejantes. (Art. 112 C. Comercio)

Los **directores** de las Sociedades Anónimas, los gerentes de las Sociedades en Comandita por Acciones y los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada tienen encargada la administración y dirección de los negocios de una sociedad. A falta de normativa en relación con las obligaciones expresas de los directores en cuanto al uso debido de lo encomendado (i.e. los bienes, la administración y la dirección de la sociedad) puede decirse que los directores tienen por razón del negocio, hacer todo lo necesario para obtener ganancias para los socios que no contravengan el pacto social, la Ley y la costumbre de la plaza. Esto también puede deducirse de los deberes intrínsecos de la relación fiduciaria. La única limitación que existe en cuanto a la disposición de los bienes de la sociedad se encuentra en el Art. 68 de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>76</sup> que reza:

---

<sup>76</sup> Ley No. 32 de 26 de febrero de 1927 "Sobre las Sociedades Anónimas"

*"Toda sociedad anónima podrá en virtud de acuerdo de la Junta Directiva, vender, arrendar, permutar o de cualquier otra manera enajenar todos o parte de sus bienes, incluyendo su clientela y privilegios, franquicias y derechos, de acuerdo con los términos y condiciones que la Junta Directiva crea conveniente, siempre que para ello sea autorizada por resolución de los tenedores de la mayoría de las acciones con derecho de votación en el asunto, adoptada en Junta convocada para ese objeto en la Forma prescrita en los artículos 40 y 44 de ésta Ley, o por el consentimiento por escrito de dichos accionistas."*

Los directores de las sociedades anónimas están comprometidos con la sociedad por el Pacto Social y su Reglamento, si alguno. En estos instrumentos es que se van a regular las obligaciones específicas pero en general según la ley no incurren en mayor responsabilidad que en casos específicos. Son en estos casos que pueden ser responsables mancomunada o solidariamente para con los acreedores de la compañía<sup>77</sup>:

1. Si se declara o se paga cualquier dividendo o distribución del activo que reduzca el valor de los bienes de la compañía a menos de la cantidad

---

<sup>77</sup> *Supra cit.* 64, Art. 64

de su pasivo incluyendo en éste su capital social; o

2. Si se reduce el monto de su capital social; o

3. Si se da alguna declaración o se rinde informe falso en algún punto sustancial.

El tipo de culpa aquí puede causar controversia ya que menciona también el mismo artículo que son responsables los directores que han dado su consentimiento para tales actos, con conocimiento de que con ello se afecta el capital social, o de que la declaración o el informe son falsos. A mi parecer, los directores incurren en dolo en este caso ya que su consentimiento en la actuación contiene una intención positiva de inferir injuria a la sociedad y sus bienes.

En el caso expuesto arriba, se exime de responsabilidad a los directores que no dieron su consentimiento para tales actos.

En los casos de liquidación de la sociedad, la ley reconoce el papel de fiduciarios de la misma, cuidando de los intereses de los accionistas. Se

confía que los directores salden las deudas restantes de la compañía y liquide repartiendo el capital que resulte de estos pagos proporcionalmente a los accionistas según sus acciones. En esta situación, los directores serán conjuntamente e individualmente responsables por las deudas de la sociedad, pero solamente hasta el importe de los bienes y fondos cuya tenencia y manejo hubieren adquirido.

Los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a terceros por los daños y perjuicios que causen por culpa, dolo o negligencia o por violación de disposiciones legales, incumplimiento de cláusulas de pacto social o de acuerdos adoptados por la sociedad, y en general, por el mal desempeño de las funciones que les fueron encomendadas. Si la responsabilidad alcanzara a dos o más administradores, estos responderán solidariamente.

En cuanto a los **factores** de comercio, los dignatarios, gerentes y representantes legales de las sociedades mercantiles, responden al mismo principio pero también acatando las limitaciones del mandato. Serán responsables a sus principales de cualquier daño que causen a sus intereses por malversación, negligencia o falta de exacta ejecución de sus órdenes e instrucciones.

Además de lo arriba mencionado, los **dependientes** contratados en virtud de la ley laboral, responde también a ésta: "Los trabajadores deben acatar las órdenes e instrucciones del empleador, o de su representante, de acuerdo con las estipulaciones del empleador" (Código de Trabajo, Art. 126 numeral 2).

En el **fideicomiso**, las facultades del fiduciario así como la disposición de los bienes estará sujeto a los fines del fideicomiso y a las condiciones y las obligaciones que el impongan la Ley. La reglamentación

de la ley de fideicomiso<sup>78</sup> y su modificación<sup>79</sup> establece la siguiente prohibición:

**"Artículo 28:** Si el fideicomitente no dispone lo contrario, se prohíbe a las empresas fiduciarias:

**a)** *Invertir los bienes fideicomitidos en:*

- *Acciones de la empresa fiduciaria y en otros bienes de su propiedad.*
- *Acciones o bienes de empresas en las cuales 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<sup>80</sup> o de acciones ofrecidas al público bajo autorización de la autoridad rectora equivalente en el extranjero, previa autorización de la Comisión Bancaria Nacional<sup>81</sup>.*

**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 dado en fideicomiso."*

---

<sup>78</sup> DECRETO EJECUTIVO NO. 16 de 3 de octubre de 1984, "Por el cual se reglamenta la Ley No. 1 de de 5 de enero de 1984"

<sup>79</sup> DECRETO EJECUTIVO NO. 53 de 30 de diciembre de 1985

<sup>80</sup> Hoy en día Superintendencia del Mercado de Valores

<sup>81</sup> Hoy en día, Superintendencia de Bancos de Panamá



Ahora bien, está en el cual no hay limitación al derecho de disposición para la inversión, el *fiduciario* debería abstenerse de realizar inversiones especulativas, de largo plazo o de mucho riesgo ya que puede que no pueda liquidar de manera oportuna los bienes a favor de los beneficiarios ya que va en contra de los fines por la cual se dieron los bienes en fideicomiso. Inclusive la ley permite que el fiduciario de caución de buena manejo en favor del fideicomitente o el beneficiario a exigencia del fideicomiso siempre y cuanto esté expresado en el instrumento de fideicomiso.

Y también tenemos que como causal de remoción judicial del fiduciario: "*Si administrare los bienes del fideicomiso sin la diligencia de un buen **padre de familia.***" (Ley de Fideicomisos, Art. 30, numeral 2). Esto implica que para que produzcan frutos y rendimientos, se deberán invertir en operaciones seguras y rentables, generalmente de conformidad con las instrucciones del fideicomitente, del beneficiario, y en caso contrario, de acuerdo con sanas normas de administración, diversificando las

inversiones para evitar los riesgos derivados de una excesiva concentración en una sola actividad económica, haciendo más énfasis en la seguridad que en la rentabilidad, lo que significa que todo acto en relación con ellos debe ser a título oneroso.

El fiduciario responde del cuidado de un buen padre de familia por lo que la inobservancia de sus obligaciones contractuales y legales lo llevarán a incurrir en responsabilidad por culpa leve. En la ley de fideicomiso Art. 27 menciona que será responsable de las pérdidas o deterioros de los bienes del fideicomiso que provengan de no haber utilizado en la ejecución del mismo el cuidado de un buen padre de familia. Esta responsabilidad derivada de la culpa leve puede limitarse mediante el instrumento de fideicomiso. No obstante, esta limitación de responsabilidad no aplica a las actuaciones con dolo o culpa grave. En el caso de haber varios fiduciarios, éstos son solidariamente responsables por la ejecución del fideicomiso, salvo pacto en contrario.

En el caso en que los bienes de fideicomiso fuesen objeto de secuestro o embargo y en último caso, rematados por actos derivados de la ejecución del fideicomiso, cabe la restitución de los bienes al fideicomiso en contra del fiduciario debido al mal manejo de los bienes.

### **III.III.II Informe y Rendición de cuentas**

Esta obligación de informe y rendición de cuentas corresponde a un reforzamiento y análisis de la gestión del *fiduciario*. Incluso se puede decir que es muestra de buena fe del *fiduciario* en el cumplimiento de lo encomendado. En estos casos, sólo se puede exigir la indemnización por daños y perjuicios si a razón del incumplimiento de esta obligación, exista un daño para el *encomendador*.

Parte de lo que podría también ser considerado como un deber, es la rendición de cuentas. Esto es propio pero no exclusivo de este tipo de relaciones que

existen gestores de interés de terceros<sup>82</sup>. De acuerdo con el tipo de contrato, la rendición de cuenta conlleva el informe periódico, oportuno y suficiente sobre la suerte y el resultado de las gestiones que le han sido encomendadas al *fiduciario* junto con las dificultades que puedan haber surgido durante este periodo de gestión.

El fiduciario en los fideicomisos, está obligado por lo menos una vez al año a rendir cuenta de su gestión según lo establezca el instrumento de fideicomiso o los beneficiarios. También aplica cuando se llega a extinguir el fideicomiso. Será responsable de culpa leve frente al fideicomitente o a los beneficiarios existentes por el incumplimiento de su obligación de rendir cuenta de su gestión.

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada a diferencia de las demás sociedades mercantiles, tienen como obligación expresa los administradores de elaborar con debida anticipación un informe anual de

---

<sup>82</sup> En general también aplica a todos los profesionales y en leyes de protección al consumidor.

la marcha de los negocios de la sociedad que tiene que ser sometido a consideración de la asamblea de socios. A diferencia de otras sociedades comerciales, los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada sí cuentan con la obligación legal expresa de rendir un reporte anual de su gestión por lo que pueden incurrir en responsabilidad derivada de la culpa leve frente a los accionistas por no presentar dicho informe ante la Asamblea de Socios.

En Chile, tienen expresa esta obligación de informar a los accionistas:

**"Artículo 46:** *El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.*"<sup>83</sup>

Ahora bien, como se tiene por sentado que los directores de las sociedades ostentan el manejo de ésta y teniendo como objeto el comercio, todos los comerciantes están obligados a preparar los estados financieros:

---

<sup>83</sup> (LEY NO. 18.046 DE SOCIEDADES ANÓNIMAS)

*"Todo comerciante está obligado a preparar y mantener en su establecimiento, estados financieros que reflejen correcta y verazmente los resultados de sus operaciones anuales, o fracción de año para quienes no completen los doce meses de estar operando. Dichos informes serán preparados de acuerdo a las normas y principios de Contabilidad generalmente aceptados y de aplicación en la República de Panamá."*<sup>84</sup>

Es una costumbre de la plaza más que una exigencia de ley que estos estados financieros se encuentren aprobados por la Junta Directiva de las sociedades.

El mandatario igual que los factores, dependientes y comisionistas están obligados a dar cuenta de sus operaciones y participar al mandante cualquier hecho o circunstancia que pudieren inducirle a revocar o modificar el mandato así como avisar, rendir cuenta prolija y escrupulosa de su gestión tan pronto como esté ejecutado. Además de avisar al mandante de cualquier perjuicio que sobreviniera a las mercaderías que tenga en su poder. Como todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus

---

<sup>84</sup> *Supra cit.* 31, Art. 95

operaciones al mandante, incurre en responsabilidad derivada de la culpa leve frente a éste cuando incumple esto. Esto igual aplica para los comisionistas, factores y corredores.

Los factores observarán especialmente, con respecto al establecimiento que administren, las mismas reglas de contabilidad que se han prescrito generalmente para los comerciantes. Esto hace referencia a las mismas obligaciones contables que se mencionaron para las sociedades.

Y por último, el corredor está obligado dar cuenta de los negocios mediados y comunicar a su principal tan pronto se concluya un negocio a nombre de éste.

### **III.III.III      Gestión Directa**

Esto es propio de los contratos *intuitu personae*, en los cuales son elegidos los *fiduciarios* por sus cualidades especiales. Este tipo de contrato siempre prohibirá sino restringirá la cesión del contrato a

un tercero, el nombramiento de suplentes o en fin, cualquier otra situación que involucre la gestión encomendada por un tercero sin que la actuación de éste recaiga sobre el titular de la encomienda.

La razón de ser de la gestión directa es para evitar que exista una limitación implícita de la responsabilidad del fiduciario. Son en estos tipos de contratos que restringirán la cesión de los poderes y bienes encomendados a un tercero, el nombramiento de suplentes o en fin, cualquier otra situación que involucre el hecho de que el fiduciario no sea directamente responsable en favor del *encomendador*.

Los corredores desempeñarán por sí todas las operaciones de su oficio que se le confíen y en el caso de estar imposibilitados una vez encomendados, podrán **bajo su responsabilidad**, valerse de un dependiente de aptitud y honradez reconocidas.

En las Sociedades Anónimas, los directores pueden ser representados y votar en las reuniones de la Junta Directiva por mandatarios (aunque éstos no sean directores). Ahora bien, la Ley de las Sociedades



Anónimas no menciona una transferencia de responsabilidad a representantes por el voto a éstas por lo que el director mandante sigue siendo personalmente responsable (y solidaria con los demás directores asistentes y votantes). Esto acata también lo dispuesto en la normativa del mandato por el mandatario actuar en nombre del mandante.

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, los administradores ejercen individualmente el uso de la firma social, actuando como representantes legales ante terceros. La ley que regula esta sociedad no menciona expresamente que tienen la facultad para nombrar terceras personas que los representen pero de igual forma el pacto social puede contener cualquier otra cláusula lícitas que los otorgantes estimen conveniente acordar, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley, a la moral o al orden público; dando cabida a una representación en las como en las Sociedades Anónimas en los acuerdos de la administración. Otro punto de vista que esperamos los jueces determinen, es que en el artículo 39 de esta

ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada panameñas menciona que:

*"Los administradores deberán permanecer en el cargo todo el tiempo para el cual hayan sido designados, salvo que renuncien o sean removidos, y podrán ser reelegidos."*

Esto puede dar a entender la intención del legislador de no autorizar la delegación de funciones sino ejercerlas directamente cada uno de los administradores.

En el artículo 39 de esta ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada panameñas menciona que:

*"Los administradores deberán permanecer en el cargo todo el tiempo para el cual hayan sido designados, salvo que renuncien o sean removidos, y podrán ser reelegidos."*

En el caso de esto ser incumplido, recae una responsabilidad por culpa leve sobre los administradores en favor de la sociedad.

Es en el **fideicomiso** que se le da exclusiva potestad al fideicomitente de nombrar sustitutos para reemplazar al fiduciario en su actuar, según el instrumento de fideicomiso. Esto quiere decir que a

pesar de que exista un reemplazo, la gestión siempre será directa y a responsabilidad el fiduciario. Da soporte a esta teoría una de las causales de remoción judicial del fiduciario: "*Desde que sobrevenga su incapacidad o quede imposibilitado para ejecutar el fideicomiso*"<sup>85</sup>. Se le da exclusiva potestad al fideicomitente de nombrar sustitutos para reemplazar al fiduciario en su actuar, según el instrumento de fideicomiso. Esto quiere decir que a pesar de que exista un reemplazo, la gestión siempre será directa y a responsabilidad el fiduciario.

El mandatario muy bien puede nombrar sustituto salvo pacto en contrario, pero responde de las gestiones del sustituto:

- a. Cuando no se le dio facultad para nombrarlo
- b. Cuando sí se le dio facultad pero el sustituto es incapaz o insolvente.

---

<sup>85</sup> Ley No. De 5 de enero de 1984, "Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones". Gaceta oficial no. 19971 de 10 de enero de 1984., Art. 30, numeral 4.

En el caso de los comisionistas, estos deberán desempeñar **por sí mismo** la comisión, y no podrá delegarla sin previa autorización explícita de su comitente. En el caso de que sea autorizado para delegar, el comisionista deberá hacerlo en la persona que le hubiere designado el comitente; pero si la persona designada no gozare, al tiempo de la sustitución, del concepto de probidad y solvencia que tenía en la época de la designación, y el negocio no fuere urgente, deberá dar aviso a su comitente, para que provea lo que más conviniere a sus intereses, todo en miras de preservar el objeto del contrato.

Por otro lado, la obligación de los dependientes de comercio realizar **personalmente** el trabajo convenido conforme a las leyes laborales, mientras que el mandato en general, el mandatario tiene la facultad de nombrar un sustituto salvo pacto en contrario y responderá por las acciones de aquél cuando:

**a.** No se le dio facultad para nombrarlo;

**b.** Se le dio esa facultad, pero sin designar la otra persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Como se puede ver, el carácter de sustituto se entrevé como un uso subsidiario de las actuaciones de lo encomendado en vista de una sobreviniente incapacidad física o legal más que una delegación de funciones.

#### **III.III.IV      No obrar en beneficio propio**

Esta es una de las obligaciones contractuales que se derivan de la esencia del deber fiduciario. Esto es, deberle lealtad al *encomendador*. En este caso, a parte de la responsabilidad que puede incurrir el *fiduciario* por alguna cláusula del contrato o por la ley que lo regula, puede crearse una relación cuasicontractual. Esto ocurriría si se produce un enriquecimiento sin causa por parte del *fiduciario* a costa del *encomendador*, por lo que cabría indemnizar a éste por su disminución patrimonial. La acción para solicitar la indemnización prescribe en cinco (5) años

y no cabe si la indemnización por el mismo daño ya ha sido solicitada por medio de otra acción.

En conflictos de interés (cuando hay discrepancia en los motivos que persiguen quienes intervienen en una relación jurídica) el *fiduciario* tendrá la obligación de abstenerse de realizar operaciones que las impliquen. Igual podría decirse de la actuación en conflicto de interés cuando al tomar una decisión, esta puede beneficiar a una persona distinta de su cliente o lo que es más grave al propio *fiduciario*, el conflicto tiene que resolverse a favor de los intereses del *encomendador*.

Los directores de las sociedades no pueden perseguir fines personales o anteponer estos a los de la sociedad. Esto también aplica para las actuaciones de los directores a favor o preferencia de uno o un grupo de accionistas con relación a los demás. Algunos autores llaman esto una responsabilidad social<sup>86</sup>. En la calidad que tienen los directores como *fiduciarios*, que no debería ser aplicado solamente en el caso de

---

<sup>86</sup> (Armstrong, 1977, pág. 193)

participar como liquidadores de las sociedades anónimas, no debe existir conflicto de intereses entre sus asuntos personales y el fin perseguido por la sociedad.

En Panamá no existe ley alguna que regule o mencione las obligaciones que tienen los directores para con la sociedad pero se estima la responsabilidad de los mismos mediante la ejecución o mal desempeño del mandato o de la violación de las leyes, pacto social, estatutos o acuerdos de la asamblea general (Código de Comercio, Art. 444). En la ley societaria chilena<sup>87</sup> sí contemplan la culpabilidad de los directores sobre esto:

**"Artículo 45:** *Se presume la culpabilidad de los directores respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros (...)*

*Se presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad."*

Los corredores como regla general, están obligados a atender el interés del principal con

---

<sup>87</sup> *Supra cit.* 69, Art. 45

debida solicitud, debiendo comunicarle cuanto pueda tener importancia respecto de las operaciones de su cargo. Además, por poder estar involucrado el conflicto de interés y falta de lealtad, tienen prohibido lo siguiente:

- 1) Comerciar por cuenta propia y ser comisionistas;
- 2) Ser factores, dependientes o socios de un comerciante;
- 3) Autorizar los contratos que ajusten para sí o para sus poderdantes;
- 4) Adquirir para sí o para personas de su familia inmediata, valores o títulos de cuya negociación estuviesen encargados;
- 5) Tampoco podrán adquirir cualesquiera otras cosas que se dieran a vender a otro corredor, aun cuando protesten que las compran para su consumo particular;
- 6) Tener fuera de la comisión, interés en el mayor valor que se obtuviere en las operaciones en que intervinieren.



Los corredores tienen un estricto estándar de conducta que se ve reflejado en el Código de Comercio. Ellos no pueden adquirir nada para sí ni para parientes que ha sido objeto de negociación por ellos ni autorizar contratos que se ajusten para sí o sus poderdantes. Incluso tener, fuera de la comisión, interés en las transacciones que intervengan. En el caso de incurrir en dolo o fraude, será destituido del oficio y podrá la parte dañada solicitar indemnización por daños y perjuicios.

Por su parte, el mandatario estará obligado a satisfacer los intereses de las cantidades pertenecientes al mandante, a contar desde el día en que, conforme a la orden, debía haberlas entregado o expedido. Menciona también el código de comercio que el mandatario responderá al mandante si distrajere del destino ordenado las cantidades recibidas, empleándolas en **beneficio propio**. Éste debe cumplir el mandato como si el asunto fuera personal suyo pero al final es en beneficio del mandante. Por lo que el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día que lo hizo. Igualmente

estará obligado a satisfacer los intereses de las cantidades pertenecientes al mandante, a contar desde el día en que, conforme a la orden, debía haberlas entregado o expedido. Si el mandatario distrajere del destino ordenado las cantidades recibidas, empleándolas en beneficio propio, responderá, a contar desde el día en que las reciba, de los daños y perjuicios que resultaren de la falta de cumplimiento de la orden.

En cuanto a los factores, estos deben tratar siempre el negocio en nombre de sus comitentes en miras de lo encomendado. La regulación del mandato especial de los factores menciona que no podrán negociar por cuenta propia, ni tomar interés bajo nombre propio ni ajeno, en negociaciones del mismo género de las que le estén encomendadas, a no ser que sea con expresa autorización de su principal. Esto denota un claro conflicto de interés, que va en contra del deber de lealtad y por ende del deber fiduciario.

Para los comisionistas, tienen prohibido (salvo autorización formal del comitente) hacer contratos por

cuenta de dos comitentes o por cuenta propia o ajena, siempre que para celebrarlos tengan que representar **intereses incompatibles**. Asimismo no podrá el comisionista:

- a. Comprar o vender, por cuenta de un comitente, mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente;
- b. Comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan.

El comisionista tampoco puede percibir lucro alguno de la negociación que se le hubiere encomendado salvo la comisión pactada. En el caso que esto no se cumpla, el comisionista debe abonar a su comitente cualquier provecho directo o indirecto que obtuviere en el desempeño de su mandato.

En general, el ejercicio de la comisión tiene bastante restringido el principio de deber fiduciario de actuar por interés de otra persona, siendo uno de

los contratos con mayores prohibiciones al respecto como veremos:

**"Artículo 655:** *Las consecuencias perjudiciales derivadas de los contratos hechos por el comisionista contra las instrucciones recibidas o con abuso de sus facultades, sin perjuicio de que el contrato sea válido, serán de cuenta del comisionista, en los términos siguientes:*

- 1) El comisionista que concertare una operación por cuenta de otro, a precios o condiciones más onerosas que los que le fueron indicados, o en defecto de indicación, a los corrientes de la plaza, abonará al comitente la diferencia de precio, salvo la prueba de la imposibilidad de efectuar la operación en otras condiciones, y de que así evitó perjuicios al comitente;*
- 2) Si el comisionista encargado de efectuar una operación, la hiciere por precio más alto que aquel que le fue fijado por el comitente, quedará al arbitrio de éste aceptar el contrato, o dejarlo de cuenta del comisionista, salvo si éste se conformase solamente con recibir el precio indicado;*
- 3) Si el abuso del comisionista consistiere en no ser de la calidad encomendada la cosa adquirida, el comitente no estará obligado a recibirla." (Código de Comercio)*

La ley de fideicomisos en su artículo 30 otorga potestad para remover judicialmente al fiduciario por

conflicto de intereses diciendo: "Cuando sus intereses fueren **incompatibles** con los intereses del beneficiario o del fideicomitente". Para satisfacer la confianza depositada en el fiduciario, este deber ser imparcial y su conducta neutral frente a su propio interés, ya que debe hacer primar el interés del fideicomiso sobre los intereses de la propia fiduciaria y de su matriz o de su grupo, incluso del propio fideicomitente, para prevenir potenciales conflictos de interés, mediante la prudencia y lealtad. Ya que en la definición legal del fideicomiso menciona que los bienes se administrarán o dispondrán en favor del fideicomisario o beneficiario y forma causal de remoción del fiduciario tener conflictos de intereses, el fideicomitente podrá solicitar la remoción judicial del fiduciario y solicitar la indemnización por daños y perjuicios causados si fuese el caso.

Todas estas obligaciones o repercusiones de una acción denotan protección legal bastante reforzada en favor del *encomendador* que se encuentra "a merced" de

la gestión *fiduciario* una vez perfeccionado el contrato.

### **III.III.V Confidencialidad**

Según el Diccionario del Español Jurídico, la palabra *confidencial* tiene los siguientes significados:

- a.** Que se dice o se hace en confianza, con seguridad recíproca de dos o más personas
- b.** Dicho de cualquier dato personal que no puede ser divulgado a terceros.

Para Jorge Oviedo-Albán<sup>88</sup> la confidencialidad consiste:

*"Guardar reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión de los tratos previos se haya conocido del otro. En la oferta, o aun en las tratativas precontractuales, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de*

---

<sup>88</sup> El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Jefe del Área de Derecho Privado y de la Empresa en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y Director del Grupo de Investigación en Derecho Privado, Categoría "A" en Colciencias, de la Universidad de la Sabana.

*mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada. El no proceder así contraría la buena fe y lealtad mercantil, al igual que utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión.”<sup>89</sup>*

Siendo definida la confidencialidad tomando como base su raíz etimológica que es *confidentia* (del latín, en confianza), debe estar impregnado en todas las relaciones fiduciarias que se basan también en la tan mencionada confianza.

La obligación de mantener confidencialidad está mayormente desarrollada en el fideicomiso. En este tipo de actividad se protege toda la información del fideicomiso mediante el “secreto fiduciario”. La ley obliga al fiduciario y sus representantes o empleados, las entidades del Estado autorizadas por la Ley para realizar inspecciones o recabar documentos relativos a operaciones fiduciarias y sus respectivos funcionarios, así como las personas que intervengan en dichas operaciones por razón de su profesión u

---

<sup>89</sup> (Oviedo-Albán, 2008, pág. 16)

oficio, deberán guardar secreto sobre las mismas. Acarrea responsabilidad el fiduciario si debido al incumplimiento, existe un daño al fiduciario o al beneficiario.

Para los dependientes, ellos tienen prohibido revelar a terceros, salvo autorización expresa, los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñan, así como los de los asuntos administrativos reservados. Serán responsables por los perjuicios causados para el principal por divulgar revelar a terceros información confidencial.

Los corredores tienen la obligación de guardar completa reserva de todo lo que concierne a las negociaciones de que se encarguen; y no revelar los nombres de sus comitentes a menos que la naturaleza del negocio, o la ley exijan tal revelación, o que los interesados consientan en ello. Incurren en



responsabilidad por culpa leve frente a la parte afectada.

Como hemos mencionado antes, en Panamá no existen obligaciones expresas para los directores. Tenemos como referencia a España<sup>90</sup> que sí ha ajustado su legislación para que consten las obligaciones de los administradores de sus sociedades. En el caso de nuestros vecinos andinos, hay mucho que podríamos tomar como ejemplo ya que no limitan el deber de secreto a los administradores sino a todos los

---

<sup>90</sup> **"Artículo 127 quáter. Deber de secreto:** *Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.*

*Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.*

*Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla."* (LEY 26/2003 DE 17 DE JULIO QUE REFORMA LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DEL REINO DE ESPAÑA)

involucrados en el comercio. En la decisión 486 del año 2000 proferida por la Comunidad Andina<sup>91</sup> regula la materia y define en su artículo 260 el secreto empresarial así:

**"Artículo 260.-** *Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

- a. Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*
- b. Tenga un valor comercial por ser secreta;  
y*
- c. Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.*

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."*

---

<sup>91</sup> Decisión 486 "Régimen común sobre la Propiedad Industrial", de la Comunidad Andina, Publicada el 19 de septiembre de 2000 en la Gaceta Oficial No. 600 del Acuerdo de Cartagena.

El artículo 265 de dicha Decisión establece una importante prohibición a quien tiene acceso al secreto empresarial, como ocurre con los administradores, la cual debe tenerse en cuenta:

*"Artículo 265. Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado."*

#### **III.IV Generalidades en la actuación del fiduciario**

Ahora bien, no todas las obligaciones que son contraídas por el fiduciario son obligaciones fiduciarias así como no todas las obligaciones fiduciarias se originan de un contrato mercantil. Existen diferencias entre cada una pero puede una estar superpuesta en otra. Esto se debe a que las obligaciones fiduciarias surgen cuando las facultades dadas se obtienen de cierta manera. Tales facultades pueden provenir de un contrato, por lo que los conceptos se superponen; Pero pueden provenir de otra fuente, por lo que los conceptos son distintos.

La posición dominante en la autoridad es que antes de que una obligación pueda convertirse en una obligación fiduciaria, esta debe incluir una promesa de actuar o comportarse de una manera particular. A veces, esta forma de compromiso prometido de la obligación se describe como un requisito de que las actuaciones serán en el mejor interés del encomendador o el beneficiario. Otras veces se expresa como un requisito de que lo encomendado sea realizado de manera "leal" a la otra parte. En otras ocasiones, se expresa como un requisito de que lo encomendado se realice para los "propósitos adecuados" para los que fue conferido. Todo esto puede resultar problemático teniendo en cuenta que nuestra ley tanto mercantil como civil nos brinda una serie de obligaciones mínimas que tiene que cumplir el fiduciario en el ejercicio de sus funciones y no lo deja tan al arbitrio de la libertad contractual como en el sistema anglosajón sino que es proteccionista. Pero lo importante de esto es que indistintamente de que la forma de actuar o comportarse sea expresa en el contrato, la forma de ejecución de los deberes fiduciarios no queda sin ser preestablecido por un estándar de conducta.

**CAPÍTULO IV**

**LA RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA EN LOS CONTRATOS**

**MERCANTILES**

#### **IV.I La Responsabilidad Jurídica Civil**

Es la responsabilidad, según el Diccionario del Español Jurídico, una obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien se derive aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia<sup>92</sup>.

En principio, la responsabilidad tiene dos funciones, una que es reparar la lesión causada injustamente a otra persona y también funciona como un mecanismo de prevención para futuros casos. Es la persona quien causa un daño a otra persona la que tiene que indemnizarlo ya que nadie tiene porque ser afectado por las actuaciones u omisiones de otro.

La manera de determinar si el deudor incurre o no en responsabilidad en sus actuaciones en Panamá es a través de la tipificación de la culpa. Este sistema alega que es la falta de diligencia o cuidado requerido lo que incurre al incumplimiento o cumplimiento imperfecto de una

---

<sup>92</sup> *Op. cit.* Diccionario del Español Jurídico, 2017

obligación. Una persona que incurre en culpa es aquella que sin intención de causar daño, se ocasiona el mismo por la inobservancia de la diligencia misma, por parte del deudor de la obligación (Art. 989 C. Comercio).

Hablar de la culpa implica negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución. Se responde por los daños provocados sin intención, por actuar con descuido, apuro, apresuramiento, etc. También significa la desviación respecto de un estándar de conducta. En resumen, siempre lleva implícito un defecto de conducta.

Existen diversos niveles de culpa o negligencia que una persona puede incurrir:

1. **Culpa grave, negligencia grave o culpa lata**<sup>93</sup>: es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios;
2. **Culpa leve, descuido leve, descuido ligero**: es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

---

<sup>93</sup> Esta culpa equivale al dolo en materia civil

3. **Culpa o descuido levísimo<sup>94</sup>**: es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

En cambio, el dolo presupone la actuación maliciosa.

Esta culpa puede presentarse como:

- **Negligencia**: es la omisión de aquellas diligencias que exigieren la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar;
- **Imprudencia**: por haberse hecho lo que no correspondía; e
- **Impericia**: si se desconoce o conoce mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio.

Baena Cárdenas<sup>95</sup>, haciendo alusión a Badosa Coll, explica que:

*“la culpa es la infracción no dolosa del modelo de comportamiento, presentándose como la suma de dos negaciones: el quebrantamiento de la diligencia (genérica y objetiva) y la oposición al dolo (específica y subjetiva)”<sup>96</sup>.*

---

<sup>94</sup> Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado

<sup>95</sup> *Op. cit.* Baena Cárdenas, pág. 210

<sup>96</sup> (Badosa Coll, 1987, pág. 672)



Incluso agregan ambos autores la teoría de que la culpa puede originarse por negligencia o impericia dependiendo del carácter profesional o no del deudor de la obligación.

El monto en general del resarcimiento por daños y perjuicios se basa en el tipo de culpa y la buena fe del deudor como corresponde en los Arts. 988 y 992 del Código Civil. Igualmente se toma en consideración el valor de la pérdida y del famoso lucro cesante que son las ganancias que el afectado haya dejado de percibir del acreedor.

Este daño puede ser ocasionado por distintos hechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. Pueden ser causados por la ley, por incumplimiento de una obligación contractual así como por los llamados cuasicontratos o por comisión u omisión de algunos actos que sean provocados por culpa o negligencia. Pero en amplio espectro, el daño causado puede acarrear responsabilidad derivado del incumplimiento de obligaciones que provienen de contratos o todas las demás que no.

La importancia de esta separar la responsabilidad civil en dos grandes grupos recae en determinar si la

persona causante del daño tenía un vínculo o relación con el afectado y así determinar la indemnización.

#### **IV.I.I La Responsabilidad Civil Contractual**

La responsabilidad contractual en nuestro sistema legal es aquella que nace de la falta de diligencia o cuidado requerido en el cumplimiento de lo pactado<sup>97</sup>. Surge cuando no se ha cumplido la obligación emanada del contrato, se ha cumplido imperfectamente o se ha retardado su cumplimiento. Los tres elementos esenciales de esta responsabilidad son: el acreedor, el deudor y la obligación incompleta, retrasada o no ejecutada por parte de alguno de ellos<sup>98</sup>.

Esto quiere decir que para que pueda existir una responsabilidad civil contractual, tiene que concurrir lo siguiente:

1. Que un contrato haya sido perfeccionado entre las partes;

---

<sup>97</sup> *Op. cit.* Código Civil, Art. 34-C

<sup>98</sup> (Durán Trujillo, 2006, pág. 11)

2. Que se dé el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de una obligación especificada en el contrato;
3. Que se produzca un daño o alguna consecuencia lesiva;
4. Que el acto u omisión que cause el daño sea ilegal en tenor del contrato o de la ley que regula el tema.

Es entonces que entra en cuestión preguntarnos, ¿La responsabilidad civil contractual sólo se deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato? La respuesta siempre será, no. Se tiene como determinante de la clasificación de la responsabilidad el hecho de que exista una relación contractual o no. Lo que no entra en debate es el origen de la obligación incumplida. Por ende, en cualquier caso en el que el deudor de la obligación incurra en responsabilidad, esta será contractual. Esta responsabilidad puede ser interpuesta por una cláusula del contrato, por ley o por la creación de un cuasicontrato derivado del contrato.

#### **IV.I.II La Responsabilidad Civil Extracontractual**

La responsabilidad extracontractual como entrevé su sentido etimológico (extra = fuera, fuera de un contrato) se refiere a la obligación de indemnizar que tiene el causante de daños y perjuicios materiales o morales a una persona o a sus bienes sin que medie relación previa entre ellos.

Una persona puede incurrir en este tipo de responsabilidad por acciones u omisiones que causen daño y que intervenga en ellas culpa o negligencia, por cuasicontratos y por la ley.

Las obligaciones que se derivan de la ley son las que están expresadas en el Código Civil o en leyes especiales y se rigen por los preceptos expuestos en dicha ley especial o en su defecto en el Código.

Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, que haya causado daño moral o material y que no esté tipificado en el Código Penal.

#### **IV.I.III Diferencias entre ambos tipos de Responsabilidad Civil**

Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos fuera de un contrato. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.

La diferencia entre ésta y la extracontractual, para los efectos prácticos de la litis, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento del

deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser limitada mediante una cláusula limitadora de la responsabilidad (cláusula penal, por ejemplo), excepto ley en contrario. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no existe contrato sino que basa en lo que dice expresamente la ley.

#### **IV.II La Responsabilidad Fiduciaria**

En general, toda actuación en la cual una persona incurra en culpa o dolo y se genere un daño a una de las partes o a un tercero, será responsable. Esto es aunque la ley especial o el contrato no lo contemple. Siempre el

afectado puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios conforme al Art. 1644 del Código Civil.

Anteriormente he comentado que los conceptos de relación fiduciaria y contrato no son iguales y que para que una exista una no depende de la otra mientras que sí pueden superponerse. En otras palabras, las partes dentro de una relación fiduciaria no necesariamente deben tener un contrato ni todos los contratos contienen una relación fiduciaria. Por eso podemos decir que puede existir en un contrato una relación fiduciaria, como hemos estado viendo en capítulos anteriores.

Ahora bien, teniendo en cuenta los conceptos de relación fiduciaria y de responsabilidad, podemos decir que la obligación del *fiduciario* de resarcir al *encomendador* por los daños y perjuicios causados por inobservancia del deber fiduciario entre otros deberes intrínsecos a esta relación, es *responsabilidad fiduciaria*. Y es por incurrir en responsabilidad un fiduciario dentro de una relación fiduciaria que le agregamos el epíteto "fiduciario" a la responsabilidad.

Si bien es cierto, todos los contratos se presumen realizados de buena fe y previstos de una confianza mutua entre las partes contratantes. En aquellos contratos que llevan impregnada una relación fiduciaria, nos indica la teoría que conlleva una **confianza especial** entre las partes. Este confianza especial se puede determinar y caracterizar por el mayor grado de facultades otorgadas al *fiduciario* por el *encomendador*. Esto a su vez puede producir un menoscabo mayor al patrimonio e interés del encomendador en caso de disponer indebidamente de estas facultades otorgadas. Es entonces que podemos decir que esta "confianza especial" se produce por el otorgamiento de facultades necesarias para obligar en nombre del *encomendador* y del riesgo inherente por el incumplimiento de las obligaciones del *fiduciario*. Derivado de esta confianza especial y buena fe contractual aparece entonces el deber fiduciario. Este deber fiduciario presume el actuar del *fiduciario* siempre en beneficio del *encomendador*. Cualquier otro acto en contra de los intereses del encomendador conlleva una violación a este deber característico de la *relación fiduciaria*. Tomando en cuenta lo que hay en riesgo, siendo esto el patrimonio del



encomendador, siempre que se produzca un menoscabo al patrimonio encomendado debido a la inobservancia del deber fiduciario, incurre el *fiduciario* en responsabilidad directa.

Teniendo entonces un contrato fiduciario, el fiduciario puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de sus obligaciones especiales ya sea que provengan del contrato, de la ley que lo regula o de los deberes intrínsecos como son el fiduciario y la buena fe objetiva; en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia en relación al contrato.

La culpa del *fiduciario* consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigieren la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Art. 989 Código Civil). Esto nos lleva a considerar dos puntos de partida, las obligaciones y la responsabilidad. Por una parte, en el artículo arriba mencionado nos da a entender que más allá de las obligaciones legales especiales y contractuales, existen diligencias exigibles debido a la naturaleza de la

obligación, entre otros criterios y por otra, a falta de cumplimiento de estos el deudor de la obligación incurre en culpa. Este artículo en específico también sirve al juzgador para determinar el grado de responsabilidad derivado del daño y la culpa. Esto corresponde a los otros puntos a considerar: la calidad de las partes y al negocio. Ya hemos mencionado antes lo que conlleva una relación fiduciaria en los contratos mercantiles y contrapuesto a lo que menciona Mario A. Carregal<sup>99</sup>, tenemos cierto criterio para entender las obligaciones y la responsabilidad fiduciaria, que es la profesionalidad del *fiduciario*.

En la mayoría de los casos, el fiduciario necesita cumplir con varios requisitos para poder fungir como tal. Por ejemplo, el *fiduciario* que realiza habitualmente fideicomisos tiene que contar con una licencia de la Superintendencia de Bancos de Panamá. Otro ejemplo son los corredores, si es para bienes raíces, necesita licencia de la Asociación Panameña de Corredores y Promotores de Bienes Raíces (ACOBIR); si es de seguros, necesita licencia de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá; y si

---

<sup>99</sup> *Op. cit.* Carregal, 2008, pág. 180

es de bolsa, necesitará licencia de la Superintendencia de Valores de Panamá. De igual forma, todos los comerciantes y profesionales necesitan cumplir con requisitos tanto de idoneidad profesional como exigencias de ley (e.g. solvencia económica, capacidad legal, no ser quebrado, no ser condenado a delitos contra la propiedad, falsedad, etc.) para poder obligarse en determinada calidad de profesional o comerciante. Esto es debido a que la propia ley o la intención de los legisladores es querer asegurar que la persona obligada (i.e. el *fiduciario*) pueda cumplir con su obligación y que el *encomendador* pueda confiar en el que elija como *fiduciario*. En contraposición, la relación fiduciaria puramente civil y sin ser un profesional el *fiduciario*, no se le exigirá la profesionalidad a este ya que se basa en la confianza especial en una persona sin tomar en consideración sus condiciones particulares para la ejecución de lo encomendado. Por ende, sólo se le será exigida la buena fe, probidad y diligencia al *fiduciario* civil.

La buena fe objetiva sirve para complementar las obligaciones legales y contractuales del *fiduciario*. Así que cualquiera sea el propósito de la obligación fiduciaria

y a mi criterio, necesariamente mercantil, el *fiduciario* deberá realizar todas las cosas que sean conforme a la buena fe objetiva como explicamos en el capítulo anterior. En el *fiduciario* profesional recae el estándar de un buen hombre de negocios y esto implica que necesita actuar con todos los cuidados, atenciones y cautelas para llevar a cabo su gestión. Y es por eso que considero que el *fiduciario* debe incluso poder ser responsable de todas las culpas existentes en nuestro Código Civil. La culpa grave o dolo podrá ser aplicable por la actuación intencionada de perjudicar (probada obviamente). La culpa leve, aplicable por la inobservancia no intencionada del deber de buena fe objetiva estándar y de un buen padre de familia (normalmente aplicable a los contratos de esta índole). Y por último la culpa levisima deberá ser aplicable en los casos de inobservancia del deber de buen hombre de negocio o de buena fe objetiva específica a este tipo de negocio jurídico. Esta inobservancia será dividida en dos tipos: por negligencia o impericia. Es menester del juez poder aplicar cualquiera de estas culpas e incluso conjuntas en virtud de la guarda e integridad del orden público económico.

Añade a esto el autor Cortés Moncayo que:

*"(...) como regla general se podría establecer que de no exigirse una prestación que revistiera carácter técnico especial, el reproche tendría lugar si el deudor habría sido negligente, y se hablaba de una diligencia mayor a la del común padre de familia cuando se trataba del cumplimiento de una prestación que implicaba la observancia de una conducta tal, que superaba a la del hombre diligente. Esta noción de culpa-negligencia (diferente a aquella de culpa-impericia), culpa que no prevé un carácter técnico especial, pues la conducta negligente será aquella que no se ciña al modelo de referencia, aunque por supuesto, la casuística en las fuentes es variada, como diversos son los modelos de referencia."<sup>100</sup>*

Debido a que siempre existirán obligaciones y deberes accesorios al contrato provenientes de ciertos principios como el de buena fe contractual, la violación de estas obligaciones conlleva una responsabilidad de la misma naturaleza. Es decir, que de igual forma la responsabilidad conservará el carácter contractual.

El factor de atribución de la culpa siempre será subjetivo y será determinada la culpa y la indemnización según las circunstancias y la calidad de las partes. Agregando entonces el carácter mercantil al contrato fiduciario, en el cual se presume la profesionalidad del

---

<sup>100</sup> (Cortés Moncayo, 2009, págs. 84-85)

*fiduciario*, la onerosidad del contrato, entre otras características de la mercantilidad, deberían entonces ser más estrictos los criterios de determinación de la culpa en su actuación.

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.

En Colombia, un panel de árbitros se pronunció en un laudo arbitral del 8 de junio de 1999 sobre un fideicomiso de inversión y administración. Los árbitros laudaron tomando en cuenta el principio de la buena fe objetiva para sustentar que un *fiduciario* incurre en responsabilidad civil contractual igual que cualquier profesional y es que éstos están obligados a asumir determinado

comportamiento<sup>101</sup>. En el mismo laudo instan a los jueces a confrontar la actuación del deudor de la obligación no limitándose a las cláusulas del contrato o a la normatividad técnica sino también, en el desarrollo del principio de buena fe objetiva como integradora de normas de conducta, la naturaleza del negocio y la situación específica de las partes.

Es de mi criterio complementar que la apreciación del juez sobre la responsabilidad civil contractual del *fiduciario* debe estar basada en tres pilares, la primera siendo la afectación del patrimonio o bienes encomendados para su gestión, los intereses del beneficiario y el encomendador y el comportamiento del *fiduciario* conforme al deber fiduciario y la buena fe objetiva.

Generalmente el *fiduciario* será responsable frente al *encomendador* como puede en ciertos casos ser responsable frente al beneficiario, según las circunstancias.

---

<sup>101</sup> Laudo del 8 de junio de 1999 en el proceso de Inurbe contra Fiduagraria, citado por el laudo de 28 de noviembre de 2001. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Hernán Fabio López. Demandado: Fiduagraria S.A.

Debido a la libertad contractual, todas las obligaciones especiales del *fiduciario* mencionadas en el capítulo anterior pueden estar contempladas en el contrato. Pero es por el proteccionismo de la ley que hace que aunque muchas de las obligaciones aunque no estén expresas en el contrato, estén en el Código Civil, de Comercio o en leyes especiales.

Y es que también el principio de buena fe puede convertirse en una fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración del contenido del negocio, se amplía el ámbito de la responsabilidad contractual, habida cuenta de que la violación de las obligaciones accesorias de la prestación principal conlleva una responsabilidad de esta naturaleza<sup>102</sup>.

Es de nuestro criterio que la aplicación e interpretación del principio de buena fe en este tipo de negocios fiduciarios y sobre todo mercantiles, no puede ser el común que se exige para los demás negocios jurídicos

---

<sup>102</sup> Op. cit. Baena Cárdenas, 2013. ídem



sino que debe implicar mayor rigidez en la responsabilidad que la derivada en la culpa leve. Esto atiende al mayor grado de buena fe requerida, a la confianza de mayor grado conferida al fiduciario y el mayor riesgo de abuso que afecte al encomendador, al beneficiario y a posibles terceros.

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La relación fiduciaria es algo muy poco estudiado y mencionado en la doctrina de autores panameños. El estudio de esta relación me ha llevado mayormente a leer y releer artículos de revistas legales, ensayos universitarios, libros y jurisprudencia anglosajona inglesa, australiana y norteamericana. Es en esos países que se ha dedicado una cátedra aparte para estudiar la relación fiduciaria. Del lado latinoamericano, a autores colombianos, mexicanos ecuatorianos, chilenos y argentinos.

En la tesis general de la relación fiduciaria adoptada por la mayor parte de los autores, un abogado actúa como fiduciario ante su cliente así como un director o dignatario de una sociedad para ésta o sus accionistas, un factor para su principal, un guardián para su pupilo, un corredor para su cliente, un doctor para su paciente. Esta es la acepción amplia de esta relación.

Un fiduciario en teoría siempre debe ser beneficioso; debe ser celoso al cumplimiento de lo encomendado, actuando siempre en interés del beneficiario; debe hacer reportes detallados, evitando que se cometan fraudes y falso testimonios; debe tener "buena fe" especial en las

actuaciones; debe evitar situaciones de conflictos de interés; debe evitar sacar beneficio propio de sus actuaciones.

Teniendo en cuenta la doctrina y a los estándares internacionales de gobierno corporativo como lineamiento supletorios de las reglas de comportamiento de los directores, puede hacerse un avance en este tema.

Tanta importancia se le da a la relación fiduciaria en el sistema de derecho anglosajón que incluso ellos tienen una rama del derecho que se dedica exclusivamente a estudiar esta relación. A esta rama se le llama Derecho Fiduciario. Este derecho se encarga de estudiar las leyes que gobiernan a los abogados, a los fiduciarios, guardianes, directores de sociedad y socios de negocios. La llamada Ley fiduciaria abarca desde la manera de concepción de la relación fiduciaria hasta los estándares de conducta que el *fiduciario* tiene que seguir obligatoriamente. Como mencionamos, estos requisitos son los de lealtad, celo y cuidado.

Los deberes fiduciarios en el derecho anglosajón no sólo tienen connotación moral sino que son tratadas como

obligaciones, derivadas y exigibles en la misma manera como cualquier otra obligación proveniente de contratos. Mientras que en Panamá, son solamente las obligaciones contractuales o legales las que son exigibles ante la justicia o se tienen como causales de responsabilidad.

En el estudio de la culpa y el daño en este tipo de relación fiduciaria-contractual puede decirse que un fiduciario al incumplimiento de sus obligaciones y causando un daño al encomendador, al beneficiario o a un tercero, incurren en responsabilidad y activa la posibilidad de que la persona afectada solicite una indemnización por daños y perjuicios. Esta indemnización se sustenta en tres pilares: la obligación legal general o especial, la contractual, cuasicontractual o por acciones u omisiones que surgen por la acción u omisión que intervenga culpa o negligencia y que no esté regulada por ninguna de las anteriores.

Nuestro sistema continental al juzgar ciertos casos, nos centramos en ver si las operaciones son conformes a la legislación y a los estatutos de la sociedad, sin tener en cuenta si estas operaciones son justas en relación a la calidad de las partes y al origen de su relación. Los

jueces se quedan en la superficie de la operación sólo analizan si ésta ha supuesto un perjuicio para alguna de las partes sin llegar a descubrir la causa y el verdadero sentido de la operación. Eso da cabida a que se realicen operaciones oportunistas que son perfectamente legales.

En la teoría de *common law*, los deberes fiduciarios deben ser cumplidos incluso si falta algún pacto al respecto ya que en cualquiera de los casos en los que una de las partes confía a otra la gestión de sus bienes sin limitar su discrecionalidad mediante instrucciones concretas y completas, existe una relación fiduciaria. Los *fiduciarios* se limitan así a los fideicomisos y al papel de los administradores de sociedades de capital disperso donde hay muchos accionistas ninguno de los cuales está en condiciones de controlar lo que hacen los administradores que, de esta forma, disfrutan de un poder fácticamente ilimitado sobre los bienes que constituyen el patrimonio social y que son propiedad de los socios. Por ende, el deber fiduciario pesa sobre alguien un deber de lealtad cuando su contraparte le ha atribuido la facultad de gestión de su propiedad y no le ha establecido límites y directrices de conducta concretas.

Los supuestos de la relación fiduciaria como creador de obligaciones sin la necesidad de un contrato es algo que todavía no está cercano a ser regulada o contemplada en nuestra legislación. Esto a pesar de ser originado en Roma, derecho en el que basamos nuestro sistema legal, es porque se ha desarrollado más en un sistema totalmente diferente a la nuestra. De igual forma, en nuestro sistema cada vez está ganando más espacio el tomar de base la relación fiduciaria para sentar la doctrina del comportamiento de los *fiduciarios* en el ejercicio de sus funciones. La mayor y mejor comprensión de la relación fiduciaria en nuestra legislación nos llevará a darle sentido y reavivar el espíritu a las instituciones jurídicas que tienen impregnada esta relación. También, se utilizaría como referencia para los jueces y magistrados en sus ponencias.

**BIBLIOGRAFÍA**



- Armstrong, S. (1977). Social Irresponsibility in Management. *Journal of Business Research*, 185-213.
- Cabanellas De Torre, G. (n.d.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Editorial Heliasta.
- Camara Lapuente, S. (1996). *La fiducia sucesoria secreta*. Madrid: Universidad de Navarra.
- Campbell Black, H. (1971). *Black's Law Dictionary* (5ta. Edición ed.). St. Paul: West Publishing Company.
- Conaglen, M. (2005). The Nature and Function of Fiduciary Loyalty. *Queen's University Law Review*, 452.
- de los Mozos Touya, J. J. (1965). El Principio de la Buena Fe. En J. J. de los Mozos Touya, *El Principio de la Buena Fe* (pág. 22). Barcelon: Casa Editorial Bosch.
- Diccionario del Español Jurídico*. (31 de March de 2017). Obtenido de Real Academia Española: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E167960>
- Diccionario Jurídico Epasa*. (1991). Madrid: Editorial Epasa Calpe.

Easterbrook, H. F., & Fischel, D. (1993, Abril). Contract and Fiduciary Duty. *The Journal of Law & Economics*, 36, 425-446.

*El Elemento Contractual en la Relación Fiduciaria*. (17 de Junio de 2017). Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Nacional Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/800/4.pdf>

*Enciclopedia Jurídica*. (2014). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/relación-jurídica/relación-jurídica.htm>

Frankel, T. (2004). Toward Universal Fiduciary Principles. *Queen's University Law Review*, 396.

Frankel, T. (2011). *Fiduciary Law*. Oxford: Oxford University Press.

Gómez Blanes, P. (2016). *Efectos de la actuación en interés ajeno: una aportación a la doctrina de la representación jurídica*. Navarra: Universidad de Navarra.

- Guerra Martín, G. (2003). *El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses (su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo)*. Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi.
- Helmholz, R. H. (1979). The Early Enforcement of Uses. *Columbia Law Review*, 79:8.
- Jimenez, C. (2004). *Sociedades Mercantiles. Concepto y Herramientas de Contabilidad y Finanzas*. Madrid: Editorial Berlín.
- Landero, R. (2002). Curso de Derecho Mercantil I. In R. Landero, *Curso de Derecho Mercantil I* (pp. 113-114). Panama: sine data.
- Lewis, C. T., & Short, C. (1879). *A Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press.
- Oviedo-Albán, J. (2008). Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI* (p. 16). Bogotá: Editorial Temis.
- Ribstein, L. E. (2005). Are Partners Fiduciaries? *University of Illinois Law Review*, 209-251.

- Ribstein, L. E. (2011). Fencing Fiduciary Duties. *Boston University Law Review*, Vol. 91, 857, 899-920.
- Rodríguez & Azuero Abogados. (2004). La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria. *Ecuador, mercado y oportunidades* (p. 4). Quito: Superintendencia de Compañías de Ecuador.
- Roldán, J. M., Blázquez, J. M., & del Castillo, A. (1999). *Historia de Roma* (Vol. II). Madrid: Ediciones Cátedra.
- Ruiz de Velasco y del Valle, A. (2007). Manual de Derecho Mercantil. In R. d. Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil* (3era edición ed., p. 10). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Schulz, F. (2000). Principios del Derecho Romano. En F. Schulz, *Principios del Derecho Romano* (2da ed., pág. 245). Madrid: Editorial Civitas.
- Smith, L. (2016, Enero 3). Contract, Consent and Fiduciary Relationships. (P. Miller, & A. Gold, Eds.) *Contract, Status, and Fiduciary Law*, 20. Retrieved Junio 17, 2017, from <https://ssrn.com/abstract=2741836>

Volaró Colón, J. D. (2015). De la Fiducia, el Fideicomiso y el "Trust". In J. D. Volaró Colón, *La Unidad del Patrimonio y el Trust* (p. 126). Valladolid: Universidad de Valladolid.

### **CÓDIGOS**

Código Civil de la República de Panamá

Código Civil y Comercial de la República Argentina

Código de Comercio de la República de Panamá

Código de Trabajo de la República de Panamá

### **LEYES**

Ley No. 4 de 9 enero de 2009, Que regula las sociedades de Responsabilidad Limitada. Gaceta oficial 26202-A. Publicada el 15 de enero de 2009

Ley No. De 5 de enero de 1984, "Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones". Gaceta oficial no. 19971 de 10 de enero de 1984.

Ley No. 26/2003 De 17 De Julio Que Reforma La Ley De  
Sociedades Anónimas Del Reino De España

Ley No. 32 de 26 de febrero de 1927 "Sobre las Sociedades  
Anónimas"

Ley No. 18.046 de las Sociedades Anónimas de la República  
Chilena

Restatement of Trust Law (Second)

#### **DECRETOS LEY**

Decreto Ejecutivo No. 16 de 3 de octubre de 1984, "Por el  
cual se reglamenta la Ley No. 1 de de 5 de enero de  
1984" Publicado el 18 de octubre de 1984. Gaceta  
Oficial No. 20165

Decreto Ejecutivo No. 53 de 30 de diciembre de 1985 "Por  
El Cual Se Modifica El Decreto Ejecutivo N°16 De 3 De  
Octubre De 1984, Por El Cual Se Regula El Ejercicio  
Del Negocio De Fideicomiso, Y Se Dictan Otras  
Disposiciones." Publicada el 31 de diciembre de 1985.  
Gaceta Oficial No. 20462

**DECISIONES**

Auto de enjuiciamiento apelado. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO PENAL. Proceso Seguido A Emilio Eliades Oliva Linares, José Luis Barsallo Marquínez Y Noriel Alexis Gálvez Pineda, Sindicados Por El Delito De Homicidio Cometido En Perjuicio De Jorge Luis Delgado Villarreal. Magistrado Ponente: Fabián A. Echevers. Panamá, Veintidós (22) De Julio De Mil Novecientos Noventa Y Siete (1997).

Decisión 486 "Régimen común sobre la Propiedad Industrial", de la Comunidad Andina, Publicada el 19 de septiembre de 2000 en la Gaceta Oficial No. 600 del Acuerdo de Cartagena.

Recurso de Casación Civil interpuesto por Winston Spadafora Franco, Editora Panama America, S. A., Gustavo A. Aparicio Y Marcel Chery en El Proceso Ordinario Que Winston Spadafora Franco Le Sigue A Editora Panama America, S.A., Gustavo A. Aparicio Y Marcel Ramos. Ponente: Hernán A. De León Batista. Panamá, Treinta (30) De Diciembre De Dos Mil Quince (2015).

Recurso De Casación Laboral, Interpuesto Por El Dr. Rolando Murgas Torraza En Representación De Diego Aguilar, Contra La Sentencia De 25 De Junio De 1998, Dictada Por El Tribunal Superior De Trabajo Del Primer Distrito Judicial, Dentro Del Proceso Laboral: Diego Aguilar -Vs- Super Dorado, S. A., Y Otros. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, Veinticuatro (24) De Marzo De Dos Mil (2000)



**ANEXOS**

1. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA LICDA. MARION LORENZETTI, EN REPRESENTACIÓN DE SERVICIOS ODONTOLÓGICOS, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO.108/06/VF DEL 4 DE ABRIL DE 2006, DICTADA POR LA TESORERÍA MUNICIPAL DE PANAMÁ, EL ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES P. PANAMÁ, VEINTIUNO (21) DE MAYO DE DOS MIL NUEVE (2009).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo

Ponente: Victor L. Benavides P.

Fecha: 21 de mayo de 2009

Materia: Acción contenciosa administrativa

Plena Jurisdicción

Expediente: 308-07

(...)Luego de lo dicho en esa oportunidad, la Sala advierte que no concurren al proceso otros elementos que hagan variar esa postura. Para profundizar lo ya manifestado, vale añadir que no es cierto, como categóricamente asegura el Tesorero Municipal, que todas las sociedades anónimas por el sólo hecho de ser anónimas son creadas para ejercer actividades comerciales. La Sala Tercera también ha conceptuado en este sentido cuando en fallo de 21 de julio de 1993, expedido dentro del proceso contencioso administrativo entre las clínicas odontológicas CLINICAS ARANGO ORILLAC (CLARO, S.A.) y la

Autoridad Provincial de Ingresos de Panamá, establece la diferenciación entre la sociedad civil de la sociedad mercantil, habida cuenta que en aquella oportunidad se discutía el carácter mercantil de una persona jurídica (una sociedad anónima) dedicada al ejercicio de una profesión liberal, como sucede en este caso. Resulta oportuno traer a colación, lo que a propósito la Sala manifestó en aquella ocasión y que hoy aduce la parte actora en su alegato de conclusión:

"El sentido es que la sociedad debe adoptar una de las formas mercantiles, sea colectiva, comanditaria, anónima, etc. Pero esto no hace ninguna diferencia por cuanto las sociedades civiles pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio, a tenor de lo que establece el artículo 1361 del Código Civil. Ante esta situación se ha entendido que el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Público, con lo cual se le califica de compañía mercantil (ver artículos 284 y 288 del Código de Comercio de Panamá) lo que tampoco permite distinguir una sociedad civil de la mercantil, pues, la primera tiene que cumplir tales exigencias cuando se aportan bienes inmuebles.

En base a lo anterior, GARRIGUES llega a la conclusión de que en el último término lo que decide la calificación mercantil de la sociedad es la naturaleza de la actividad(...)"

"(...) En nuestro Derecho patrio, los Profesores RENATO OZORES y DULIO ARROYO se han ocupado de este debate. OZORES en sus apuntes de clases de Derecho Mercantil sostiene lo siguiente: "Toda vez que la forma que adopte una sociedad para constituirse no permite establecer en todo caso la necesaria diferencia entre sociedades civiles y sociedades mercantiles, será preciso atenerse a un criterio objetivo sobre la base de la actividad que las mismas

desarrollen. En consecuencia, aunque se hubiere constituido por escritura pública (con aporte de bienes inmuebles, o derechos reales, o con aportaciones meramente mobiliarias) puede una sociedad ser civil si tiene por objeto la obtención de ganancias por medio de operaciones civiles (una sociedad de abogados, médicos, arquitectos, o profesionales de otra clase, como maestros, para la explotación de un colegio privado, etc) y su distribución entre los socios. Y será mercantil, en cambio-incluso sociedad "de hecho", o irregular - una sociedad constituida para lograr beneficios por medio de actividades de carácter comercial. Por otra parte, el artículo 249 del Código de Comercio establece que "las sociedades mercantiles sólo podrán constituirse con objeto de ejecutar conjuntamente actos de comercio". "Sin embargo-sigue diciendo este artículo-las sociedades por acciones, cualquiera que sea su objeto, deberán ajustarse a las respectivas disposiciones de este Código y estarán en todo caso, sometidas a las leyes y usos del comercio". Es decir, que aún cuando civiles por su objeto, por la clase de actividad que realizan para la consecución de beneficios, las sociedades que se constituyan por acciones (anónimas) serán consideraciones mercantiles."

ARROYO en su obra Contratos Civiles, Tomo I, página 115 nos indica lo siguiente en cuanto a la distinción entre los tipos de sociedades:

*"Unos atienden al objeto, al giro y otros, a la forma. Nuestra legislación atiende principalmente al criterio objetivo, al fin para el cual se constituye la sociedad, que es el que impera en la mayoría de las legislaciones. De acuerdo con el artículo 1361 del Código Civil y el 249 del Código de Comercio, son mercantiles las sociedades que se constituyen para la realización o ejecución de negocios que la Ley califica de actos de comercio. Por tanto, son civiles las que se constituyen para realizar operaciones de*

*naturaleza exclusivamente civil. ¿Pueden en nuestro Derecho, las sociedades por acciones tener naturaleza civil? Por ejemplo, una sociedad civil por su objeto que adopta la forma de una sociedad anónima. Según el estimado colega, Profesor RENATO OZORES, tales sociedades "serán consideradas mercantiles".*

Nosotros no compartimos este criterio. Y es que si bien, conforme al artículo 249 del Código de Comercio, estas sociedades quedan sujetas a este Código y a las leyes u usos del comercio, tienen naturaleza civil, por su objeto, que es el factor determinante para este caso, según los artículos 1361 del Código Civil y 249 del Código de Comercio.

En el fallo bajo análisis se dejó claramente sentado que para establecer esa distinción, debe atenderse el fin u objeto por el cual se constituye la sociedad, y ello tiene fundamento en lo que está previsto en los artículos 1361 del Código Civil y 249 del Código de Comercio y que precisa en este caso citar:

#### **CODIGO CIVIL**

*"ARTICULO 1361: Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código."*

#### **CODIGO DE COMERCIO**

**"ARTICULO 249:** *Dos o más personas naturales o jurídicas podrán formar una sociedad de cualquier tipo o una más de ellas podrán ser accionistas, directores, dignatarios, administradores, apoderados o liquidadores de la misma."*

La Sala reitera entonces que la forma no constituye un elemento esencial de diferenciación entre la sociedad mercantil y la sociedad civil, sino la naturaleza de la actividad que presta siguiendo el criterio mayormente utilizado por la doctrina extranjera y nacional. En este caso, la Sala puede constatar que SERVICIOS ODONTOLÓGICOS S.A., al igual que CLINICAS ARANGO ORILLAC (CLARO, S.A.) se trata de una sociedad anónima que presta únicamente servicios de odontología, es decir, ejecuta actos civiles como lo es el ejercicio de una profesión liberal. Siendo así, no es dable gravar con impuestos o contribuciones municipales a esa sociedad, ya que no ejerce actividades de naturaleza comercial. Para tal fin fue aportado el expediente copia autenticada de los contratos de trabajo por tiempo definido suscritos por SERVICIOS PROFESIONALES S.A. y profesionales de la odontología y ortodoncia como lo son los doctores INGRID DEL C. DIAZ, MARCIAL G. CARLES R., MARIO A. CHALHOUB M., YAMIBEL A. MOTERREY, TANIA R. RODRÍGUEZ y otros visibles de fojas 105 a 129 del expediente.