

*Pontificia Universidad  
Católica del Perú*

*Facultad de Derecho*

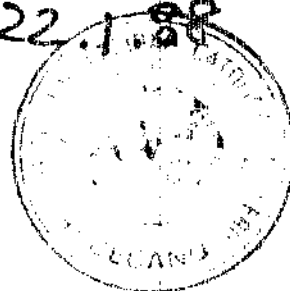


**«EL FIDEICOMISO»**

*Estudio de la institución y de la  
conveniencia de la elaboración de una Ley  
General de Fideicomisos*

*aprobado  
22.1.88*

**TESIS DE BACHILLER**



*Emil Ruppert Yañez*

**TD**

**I**

**1841**

**Lima - Perú**

**1988**

A mi madre.

Esta tesis es también

Fruto de su esfuerzo.

"Lo importante es que  
la ley lo permite;  
tal razón es suficiente"  
RAMON MARIA ROCA SASTRE

# INDICE

## INTRODUCCIÓN

1.	ANTECEDENTES.....pág.	1
1.1.	EL FIDEICOMISO ROMANO.....	4
1.2.	LA FIDUCIA.....	7
1.3.	EL TRUST.....	9
1.3.1.	LA EQUIDAD.....	9
1.3.2.	EL USO.....	11
1.3.3.	CONCEPTO.....	13
1.3.4.	NATURALEZA JURÍDICA.....	15
1.3.5.	LAS PARTES.....	16
1.3.5.1.	Settlor.....	16
1.3.5.2.	Trustee.....	17
1.3.5.3.	Cestui que trust.....	19
1.3.6.	LOS BIENES DEL TRUST.....	20
1.3.7.	CLASES DE TRUTS.....	20
	NOTAS.....	27

2.	EL NUEVO FIDEICOMISO.....	29
2.1.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	29
2.2.	DENOMINACIÓN.....	30
2.3.	CONCEPTO.....	32
2.4.	NATURALEZA JURÍDICA.....	34
2.4.1.	MANDATO IRREVOCABLE.....	35
2.4.2.	PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.....	38
2.4.3.	NEGOCIO FIDUCIARIO IMPURO.....	43
2.4.4.	NUESTRA POSICIÓN.....	48
2.5.	CARACTERÍSTICAS.....	50
2.5.1.	SE CONSTITUYE POR ACTO ENTRE VIVOS O MORTIS CAUSA.....	50
2.5.2.	ES NATURALMENTE IRREVOCABLE.....	52
2.5.3.	ES UNA AFECTACIÓN DE PATRIMONIO...	52
2.5.4.	EL TITULAR DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO ES EL FIDUCIARIO....	54
2.5.5.	CONFIERE UN DERECHO DE CRÉDITO, PERO CON PROTECCIONES ESPECIALES, AL FIDEICOMISARIO.....	56
2.5.6.	OPONIBILIDAD RELATIVA FRENTE A TERCEROS.....	62
2.5.7.	ES UNA OPERACIÓN BANCARIA.....	63
2.6.	CONSTITUCIÓN.....	66
2.6.1.	REQUISITOS DE FONDO .....	67
2.6.2.	REQUISITOS DE FORMA .....	67
2.7.	EL PATRIMONIO.....	69
2.7.1.	CONFORMACIÓN.....	69
2.7.2.	SEPARACIÓN.....	72
2.8.	EL FIN.....	76
2.9.	LAS PARTES.....	77
2.9.1.	FIDEICOMITENTE .....	78
2.9.1.1.	Capacidad.....	78
2.9.1.2.	Pluralidad de fideicomitentes	79
2.9.1.3.	Obligaciones.....	80
2.9.1.4.	Derechos.....	80
2.9.2.	FIDUCIARIO.....	82
2.9.2.1.	Capacidad.....	82
2.9.2.2.	Designación y aceptación..	82
2.9.2.3.	Pluralidad de fiduciarios.	84
2.9.2.4.	Facultades.....	87
2.9.2.5.	Obligaciones.....	88
2.9.2.6.	Derechos.....	94
2.9.2.7.	Renuncia.....	95
2.9.2.8.	Remoción.....	96

2.9.2.9. Fiduciario sustituto.....	97
2.9.3.FIDEICOMISARIO .....	100
2.9.3.1. Capacidad.....	100
2.9.3.2. Pluralidad de fideicomisario..	101
2.9.3.3. Obligaciones.....	102
2.9.3.4. Derechos.....	103
2.10. TERMINACIÓN.....	105
2.10.1. CAUSALES.....	105
2.10.2. RESTITUCIÓN DEL PATRIMONIO.....	106
2.11. DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.....	108
2.11.1. CON EL MANDATO.....	108
2.11.2. CON EL DEPOSITO.....	110
2.11.3. CON LOS GRAVÁMENES A LA PROPIEDAD..	110
2.11.4. CON LA FUNDACIÓN.....	112
2.11.5. CON EL CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO	113
NOTAS.....	114
3. EL FIDEICOMISO EN LATINOAMÉRICA.....	116
3.1. PRINCIPALES OPERACIONES DE FIDEICOMISO....	117
3.1.1. DE INVERSIÓN.....	118
3.1.1.1. Fondos de inversión.....	119
3.1.1.2. Fondos de desarrollo.....	120
3.1.1.3. Fondos de co-inversión...	124
3.1.2. DE GARANTÍA.....	126
3.1.3. INMOBILIARIOS.....	128
3.1.4. DE ADMINISTRACIÓN.....	127
3.1.5. LABORAL O DE FONDOS DE PENSIÓN.....	130
3.1.6. DE SEGURO.....	131
3.1.7. DE HOSPITALIZACIÓN.....	133
3.1.8. DE EDUCACIÓN.....	134
3.1.9. DE NACIONALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN U OTROS FINES POLÍTICO - ECONÓMICOS.....	135
3.2. EFECTOS DE LA PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO....	136
NOTAS.....	143
4. EL FIDEICOMISO EN EL PERÚ.....	144
4.1. EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	144
4.1.1. LEGISLACIÓN BANCARIA.....	144
4.1.2. LEGISLACIÓN SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA.....	149
4.1.3. EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.....	153

4.1.4. LOS FONDOS EN FIDEICOMISO.....	159
4.1.5. LOS FONDOS.....	166
4.1.5.1. Fondo de consolidación	
Minera.....	167
4.1.5.2. Fondo de desarrollo agrario,	
FONDEAGRO.....	167
4.1.5.3. Fondo de Reactivación	
Pesquera.....	168
4.1.5.4. Fondo de Desarrollo de la	
Ganadería Lechera.....	169
4.1.5.5. Fondo Nacional de Inversión	
y Empleo, FIE.....	170
4.2. CONVENIENCIA DE UNA LEY GENERAL DE	
FIDEICOMISOS.....	171
4.2.1. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO EN LA	
CIRCUNSTANCIAS ACTUALES.....	172
4.2.2. DEFECTOS DE NUESTRA LEGISLACIÓN	
SOBRE FIDEICOMISO.....	179
4.2.3. LA LEY GENERAL DE FIDEICOMISOS.....	181
NOTAS .....	185
CONCLUSIONES.....	187
APÉNDICE - ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE	
FIDEICOMISOS.....	206
BIBLIOGRAFÍA	

## INTRODUCCIÓN

Hace más de sesenta años se promulgo en Panamá la primera ley que introdujo en los sistemas jurídicos latinoamericanos una nueva institución, creada para llenar las funciones que en los países del common Law son desempeñadas por el trust.

Esta nueva institución, a la que se denominó fideicomiso pese a su escasa vinculación con la vieja figura romana, ha ido evolucionando a través de estos años alcanzando una versatilidad y utilidad con las que jamás hubiera pensado Ricardo Alfaro., considerado como el precursor del fideicomiso y a quien se debe su primera manifestación legislativa.

Esta evolución, sin embargo, no ha sido fácil pues, como señala Ricardo Batiza, la adopción de " *una institución extraña, sin antecedentes en nuestra*



*tradición legislativa, provoco en un principio desconcierto y desorientación considerables".*<sup>1</sup>

En realidad, algunos de estos problemas continúan vigentes, siendo quizá el más acuciante el de determinar la naturaleza jurídica de la institución, lo que no ha impedido empero su expansión hacia otros países como México - que es donde mayor desarrollo ha tenido-, Venezuela, Colombia o Bolivia, por solo citar algunos.

Y es que quizá obedecemos a un tipo de formación en Derecho que nos impulsa a buscar la justificación jurídica de cada institución, cuando deberíamos tener en cuenta aquello que señala Panofsky: "*todo aquello que existe no tiene en si, por sí mismo. La razón de existir, sino que existe por causa de un objetivo, de una necesidad, a cuya satisfacción está destinada y en el que encuentra también su justificación*".<sup>2</sup>

No queremos decir con ello que el determinar la naturaleza jurídica de una institución como el fideicomiso sea una labor innecesaria u ociosa, pero consideramos que el no llegar a feliz término de esa tarea no tiene por qué obstaculizar el desarrollo de la institución.

Nuestro país, por otra parte, no se ha mantenido ajeno al fenómeno de la expansión del fideicomiso, ha participado sí, pero de una manera incompleta e inconexa, que ha impedido que la institución alcance en nuestro medio el desarrollo que ha logrado en otros países.

Teniendo en cuenta todo ello, en el presente trabajo veremos, en primer lugar, de donde viene, que es y como es y puede ser utilizado el fideicomiso y que efectos ha tenido su práctica en otros países latinoamericanos.

En un segundo término, revisaremos cuál es la legislación que en el Perú ha regulado el fideicomiso o temas conexos y porque y como consideramos que sea legislación puede ser mejorada.

El supuesto con el que se inicia este trabajo es que el fideicomiso puede convertirse en un instrumento muy útil, no solo para la realización de negocios entre particulares sino, lo que es más importante, para impulsar nuestro desarrollo.

Si al terminar hemos conseguido convencer de ello esta tesis habrá cumplido su finalidad.

## NOTAS

1. BATIZA, Rodolfo. *El fideicomiso*. 2ª. edición. México D.F.: Editorial Libros de México S.A., 1973. P. 15.
2. Citado por: DE LA PUENTE y Lavalle, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*, Lima: Cultura Cuzco S.A. 1983. Tomo I. p. 216.

# CAPÍTULO 1

## ANTECEDENTES

La teoría del fideicomiso es prácticamente desconocida en el Derecho Peruano. Por ello y a fin de poder comprender mejor la institución, se ha preferido comenzar con la revisión de sus antecedentes. Con este fin haremos un breve análisis del fideicomiso y la fiducia romana, así como una revisión un poco más detallada del trust angloamericano por ser esta institución la que ha tenido mayor desarrollo y mayor influencia en el fideicomiso actual.

Hay quienes niegan al fideicomiso y a la fiducia romanos la calidad de antecedentes del fideicomiso actual: tan es así que Rodolfo Batiza,<sup>1</sup> quizá el más conocido tratadista en la materia, ni siquiera los menciona. De otra parte hay quienes como José Luis de la Peza<sup>2</sup> niegan tal calidad al trust, pues consideran simplemente que nos encontramos frente a una especie de "resurrección" de fideicomiso romano.

El fideicomiso romano, la fiducia y el trust son instituciones similares que tienen en común el permitir a una persona recibir el beneficio de unos bienes que no se encuentran en su patrimonio. En los tres existe una transferencia de propiedad de bienes en la que quienes los reciben ve su derecho de libre disposición limitado por pactos que acompañan a dicha transferencia. Los tres tienen una evolución inicial similar: con un origen consuetudinario, surgen por la necesidad de los particulares de realizar operaciones que el derecho imperante no permite efectuar, por no tener los mecanismos necesarios o por prohibirlos; y van a ser progresivamente incorporados al sistema jurídico, aceptándolos primero y regulándolos después.

La evolución del fideicomiso y la fiducia romanos se verá truncada, en el primer caso, por una degeneración en su utilización, y en el segundo por la aparición de figuras que, cumpliendo las mismas finalidades, ofrecían mayor seguridad. El trust, en cambio, con el correr del tiempo se enriquecerá e ira adquiriendo una mayor importancia, hasta el punto de ser considerado como la aportación anglosajona más valiosa y original al derecho contemporáneo.

Consideramos que el fideicomiso y la fiducia romanos si son antecedentes del fideicomiso tal y como ha sido

regulado en nuestros días en diversos países de Latinoamérica; pero antecedentes en el sentido de ser figuras con estructuras similares que han servido para sustentar la introducción de una institución nueva y singular en sistemas de derecho derivados del derecho romano, partiendo de la base de que una estructura como la del nuevo fideicomiso no es ajena a nuestro tipo de derecho. Por el contrario, creemos que afirmar que el fideicomiso actual deriva del fideicomiso o la fiducia romanos viene a ser lo mismo que afirmar que el automóvil deriva de la carretera, sin pasos intermedios que justifiquen tal evolución.

De otro lado, es innegable la relación entre el fideicomiso y el trust, pues este ha servido de modelo a aquel, lo que es reconocido por el propio Ricardo Alfaro, precursor de introducción del fideicomiso en Latinoamérica cuando señala: *"Para que el fideicomiso pueda servir rectamente a los fines prácticos que he dejado ya esbozados, es necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acerque más la trust anglo-sajona que al antiguo modelo romano. Precisa pues ante todo establecer un concepto nuevo y más amplio del fideicomiso y definirlo de manera que pueda amoldarse a aquellos fines, y que logren formarse idea clara de el tanto lejos como profesionales".*<sup>3</sup>

Sin embargo, aun cuando la esencia de ambos es la misma y su funcionamiento es muy similar, existen diferencias insoslayables, sobre todo en su naturaleza jurídica y sus principios, ya que los del trust, por sus características, no pueden ser trasladados fuera de los sistemas de derecho anglosajón.

### **1.1. EL FIDEICOMISO ROMANO**

En el derecho romano el *fideicomissium* o fideicomiso era una institución propia del derecho sucesorio. Consistía en el ruego que el testador (fideicomitente) dirigía a un heredero o legatario (fiduciario), para que hiciera una determinada prestación, entregara un bien determinado o una parte o toda la herencia o diera un determinado destino a ciertos bienes de la herencia.<sup>4</sup>

El fideicomiso era usado principalmente para dejar herencia o algún legado a personas incapaces de recibirlos, <sup>5</sup> transmitiéndolos a personas capaces a quienes se encargaba su posterior transferencia a las personas designadas por el testador (fideicomisarios).

Según Heinecio, <sup>6</sup> los fideicomisos están presentes en Roma casi desde la época de la monarquía, pero se trataban de encargos basados exclusivamente en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción alguna que permitiera reclamar su cumplimiento. Es recién bajo el imperio de Augusto que se reconoce su eficacia, cuando este ordena a los cónsules que por *cognitivo extra ordines* intervengan en los casos de manifiesta deslealtad o falta de honradez de los fiduciarios. Posteriormente se instituyó los *prueter Fidel commissarius* para que se ocuparan de los fideicomisos, concediéndose a los fideicomisarios la acción de petición fideicomisaria de herencia para reclamar la entrega de los bienes.

Podía darse el caso que el heredero o legatario instituido viese gravada toda o la mayor parte de la herencia o legado por uno o varios fideicomisos o que temiera las deudas y cargas de la herencia; entonces renunciaba a la herencia invalidando el fideicomiso.

Ante esta situación se dictaron los Senado-Consultos Trebeliano y Pegasiano, que fueron posteriormente unidos y simplificados por Justiniano, resultando las siguientes normas: <sup>7</sup>

- a) El fiduciario tenía derecho, cuando el testador no le hubiese atribuido más, a una cuarta parte de la herencia o legado.



- b) Las acciones que hubiesen a favor o en contra del heredero o legatario se dividirán entre este y el fideicomisario en proporción a la cuota de cada uno, pero si aquel transfiriese voluntariamente toda la herencia o legado a este, pasarían todas las acciones al fideicomisario.
- c) En caso de renuncia a la herencia, el fideicomisario tomaba el lugar del fiduciario, sustituyéndose en todos los derechos sobre la herencia.

Según Petit,<sup>8</sup> el fideicomisario adquiere en lo sucesivo un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, y no tiene por qué temer la enajenación o la hipoteca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la sucesión. Él tiene la *rei vindicatio* contra los terceros adquirentes, aun de buena fe, el día en que la restitución tenga lugar en beneficio suyo. Los terceros pueden oponerle ni a usucapión ni la *prescriptio longi temporis*.

El fideicomiso pasa, a través del derecho romano, a la Europa feudal: en Francia recibe el nombre de sustituciones y en España los títulos 5 y 7 de la Partida VI de Alfonso el Sabio regulan el fideicomiso testamentario.<sup>9</sup> Al hacer crisis el sistema de propiedad feudal el fideicomiso resurge, pero en su aspecto

negativo, como una forma de estancar la propiedad inmobiliaria en poder de las familias aristocráticas o de ciertas instituciones, estableciendo órdenes sucesorios fijos e inmutables. Así, el heredero instituido era designado a la vez fiduciario, de modo que recibía la herencia pero se encontraba obligado, a su vez, a dejarla por testamento a una serie de herederos sucesivos, quienes recibían la herencia en las mismas condiciones.

Este sistema, que creaba un régimen de vinculación a perpetuidad de la propiedad inmobiliaria, era considerado el sostén del orden aristocrático, por lo que, con el advenimiento de la Revolución Francesa y sus ideas liberales, se prohibieron los fideicomisos, aboliéndose definitivamente en el Código Civil de Napoleón, lo que fue adoptado por todas las legislaciones que se inspiraron en él.

## **1.2. LA FIDUCIA**

La fiducia era un acto entre vivos por el cual una persona (fiduciante) transmitía a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa, agregándose un convenio por el cual aquel que recibía la propiedad se comprometía a devolverla a quien se le había transferido, o a darle

el fin acordado por las partes, cuando se produjera determinada circunstancia.

Existían en el derecho romano dos clases de fiducia: la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico*. La primera, llamada también fiducia de garantía, consistía en la transmisión de la propiedad de un bien que hacia el deudor en favor de su acreedor como garantía de la obligación, quedando este último obligado a devolverla cuando se produjera el pago.<sup>10</sup> la fiducia *cum amico* se distinguía de la anterior en que se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. Era utilizado por quienes tuvieran la necesidad de confiar a otro la administración de un bien, transfiriéndole la propiedad a fin de que sus facultades fuesen lo más amplias posibles.<sup>11</sup>

En ambos casos, el fiduciario aparecía como propietario del bien ante terceros, podía disponer de él y, en general, ejercer todas las facultades inherentes a la propiedad lo que, como es lógico suponer, constituía una fuerte tentación.

Como freno a los abusos originados en la fiducia, los pretores instituyeron la *actio fiducias*, que permitió al fiduciante obligar al fiduciario a restituir el bien o a indemnizarlo cuando la restitución fuese imposible,

extendiéndose posteriormente el alcance de esta acción para sanción toda violación del pacto, a lo que se agregaba -en el caso de la fiducia *cum amic* - la nota de infamia para el fiduciario infiel. Empero, la fiducia tuvo siempre el gran inconveniente de no conceder la fiduciante acción alguna contra los terceros que hubiesen adquirido del fiduciario.

La fiducia, que había aparecido para llenar un vacío en el derecho romano, perdió toda su importancia al surgir la prenda, el mandato y el depósito.

### **1.3. EL TRUST**

El trust es una institución netamente anglosajona, producto de las peculiares características del derecho inglés y su desarrollo histórico, lo que lo hace difícil su comprensión para quienes no estamos familiarizados con ese tipo de derecho. Por este motivo antes de entrar en el análisis del trust haremos un breve repaso de la equidad y el uso, por constituir los elementos fundamentales de su desarrollo.

#### **1.3.1. LA EQUIDAD**

Hacia el siglo XI coexistían en Inglaterra un conjunto

de regímenes jurídicos distintos para cada región del país, a los que vino a agregarse la ley Normanda Introducida con la conquista por Guillermo I de Normandía. Como respuesta a esta caótica situación, se produce un proceso de unificación de las leyes locales que se traduce bastante rígido y formalista.

De otro lado, existía el principio que consideraba al Rey obligado hacer justicia entre sus súbditos, obligación que fue delegada en el Canciller del Reino el Canciller, a diferencia de los tribunales ordinarios, solo estaba sujeto al dictado de su conciencia al momento de resolver los litigios, lo que le permite, cuando la aplicación de las normas del Derecho Común hubiesen originado injusticias, resolver conforme a la equidad, creando un sistema jurídico propio que sería conocido como *Equity* o *Equidad*. A comienzos del siglo XV es reconocido el tribunal de la cancillería y con él la Jurisdicción de Equidad y su existencia independiente se mantendrá hasta la promulgación. En 1873, de las leyes de la Judicatura, por la que las jurisdicciones de Derechos Común y de Equidad son fusionadas, aunque mantenido sus principios autónomos.<sup>12</sup>

Es importante destacar que los tribunales de Derecho

Común y los Tribunales de Equidad existían como entidades separadas e independientes y cuyo distinto origen vino a determinar diferencias esenciales de procedimiento: la sentencia recaída en un juicio de Derecho Común crea y declara derecho en el actor: la recaída en un juicio de Equidad, en cambio, impone deberes al demandado.<sup>13</sup> Esta nota distintiva va a ser esencial en el desarrollo del trust, como veremos más adelante.

### 1.3.2. EL USO

El trust moderno se desarrolla del *use* o *uso*, que consistía en una transformación de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento favor de un prestanombre (*feoffee to use*), quien las poseería en provecho del beneficio (*Cestui que use*).

Aún cuando no existe concordancia acerca del origen y el momento de aparición del uso, su utilización parece haber sido general ya en el siglo XIII cuando, como consecuencia de la promulgación del Estatuto de Manos Muertas que prohibió a las órdenes religiosas el ser propietarias de bienes inmuebles, estas optaron por adquirir tierras por medio de terceros, los que recibían las propiedades "para el uso" de las

comunidades.

Con una evolución muy similar a la del fideicomiso y la fiducia romanos, los usos, que en un principio consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba librado a la buena fe del *feoffee*, reciben la protección del Canciller desde mediados del siglo XV.

En ese momento cobra singular importancia aquello que señalaremos anteriormente sobre la equidad: la equidad impone deberes al demandado.<sup>14</sup> Los cancilleres no podían modificar los derechos legales de una de las partes, pero podían castigarla si se obstinada en hacerlos efectivos, de lo que provino la situación especial en la que una persona a la que correspondía el título legal de determinados bienes pudiera ser constreñida o ejercitar sus derechos en beneficio de otra.

Con el tiempo, los cancilleres avanzaron cada vez más, llegando a construir lo que Scott denomina un sistema de propiedad equitativa. Así, *"para efectos prácticos diversos los cancilleres consideraban a los usos como derechos de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía algunas de las reglas de derechos común relativas a la propiedad, y se sostuvo que el interés del beneficiario se transmitía a*

*su muerte a favor de los herederos conforme a las reglas de derecho común aplicables a la transmisión hereditaria de los inmuebles a diferencia de los derechos de crédito, se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, estableciéndose además que quienes reclamaran los bienes invocando el derecho legal del feoffee, tales como el comprador con conocimiento del uso, el albacea, el heredero y cualquier adquirente a título gratuito, quedaban subordinados al uso".<sup>15</sup>*

Este desarrollo llevó a una popularización de los usos al tiempo que se multiplicaba su utilización para los más diversos fines, inclusive fraudulentos, lo que originó un movimiento de reacción en su contra -dirigido por la nobleza feudal, a quienes los usos privaban de sus privilegios- que culminó con la promulgación de la Ley de Usos en 1535. Esta ley tuvo como efecto inmediato la desaparición de los usos, pero siglo y medio más tarde los jueces del derecho común y los cancilleres coincidieron en interpretaciones de la ley de Usos que permitieron su renacimiento bajo el nombre de trusts.

### 1.3.3. CONCEPTO

No existe en la doctrina angloamericana una definición



de trust que sea aceptada unánimemente y sin objeciones. Coke<sup>16</sup> la define como *"la confianza depositada en otro, que no emana de la tierra sino como una cosa accesoria ligada por un vínculo privativo al derecho sobre ella existente y la persona en posesión, por la cual el beneficiario no dispone de otra vía que la orden de comparecencia ante la cancillería"*. Hart<sup>17</sup> nos dice que *"el trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación"*. la enciclopedia de Derecho y Procedimiento<sup>18</sup> nos da las siguientes definiciones: *"una tenencia de bienes sujeta al deber de emplearla o utilizar sus trucos de acuerdo a las instrucciones dadas por la persona que la transfirió"* y *"una tenencia de bienes, real o personal, que tiene una persona para el beneficio de otra"*. Por último, el kRestatement<sup>19</sup> of the law of trusts<sup>20</sup> lo define de la siguiente manera: *"una relación fiduciaria con respecto a bienes sometiendo a la persona que posee el título de los bienes al deber de equidad de utilizarlos para el beneficio de otra persona, la que resulta de una manifestación de la intención de crearla"*

Todas estas definiciones, que citamos a manera de ilustración, nos da idea más o menos aproximada de

lo que constituye la esencia del trust: una división de los tributos de la propiedad que separa de ellos el de disfrutar de los beneficios de los bienes sobre los cuales recae, que obliga al propietario a actuar sobre esos bienes con una finalidad determinada sancionando cualquier desviación y que permite atribuir a quien no es propietario los beneficios de la propiedad de un bien sin asumir las responsabilidades que dicha propiedad implicaría, con la ventaja adicional de contar con una persona obligada a hacer que ese bien lo beneficie.

#### 1.3.4. NATURALEZA JURÍDICA

Los juristas anglosajones no se han visto necesitados de establecer la categoría jurídica dentro de la cual encuadra el trust, quizá debido a un tipo de formación en Derecho distinta a la nuestra, que nos impulsa a buscar la "raíz jurídica" de todo fenómeno trascendente para el mundo del Derecho".

En realidad, para referirse a él les basta señalar sus características y su origen. Y es que el trust es más una construcción pragmática antes que una estructura lógica-jurídica que solo se explica por la existencia de dos jurisdicciones distintas, ambas igualmente vigentes y obligatorias dentro de un mismo ámbito

territorial y temporal. Así mientras que para los jueces de derecho común el *trustee* era propietario pleno , sin ninguna limitación en su derecho de propiedad sobre un bien; para los jueces de equidad, sobre un bien,; para los jueces de equidad, sobre ese mismo bien, existía un derecho contemporáneo al del *trustee*, que lo obligaba a usar sus facultades como propietario en beneficio de otra persona.

#### 1.3.5. LAS PARTES.

Es importante hacer notar que si bien las partes del trust son tres, estas no están necesariamente representadas por tres personas, ya que, por ejemplo, el *settlor* puede o constituir el trust en beneficio propio o designarse a sí mismo como *trustee*. También puede ocurrir que exista una pluralidad de *settlors*, *trustees* o beneficiarios. La única situación que la doctrina rechaza es aquella en la que el único beneficiario es a la vez el único *trustee*, pues se considera que en este caso ocurre una consolidación de la propiedad.<sup>21</sup>

##### 1.3.5.1. SETTLOR

El *settlor* es el que constituye el trust, quien proporciona los bienes sobre los que este va a recaer y señala, generalmente, los términos del trust.

#### 1.3.5.2 *TRUSTEE*

EL *trustee* es la persona designada para administrar el trust y, por lo tanto, quien recibe los bienes.

Es la parte más importante del mecanismo del trust y requiere no solo de la capacidad jurídica para recibir la propiedad de los bienes del trust, sino también de la capacidad natural para manejar dichos bienes conforme a los términos señalados en la constitución del trust, pues está obligado a actuar con el cuidado y pericia que un hombre de prudencia normal emplearía en el manejo de sus propios bienes, pero en caso de poseer una capacidad mayor o de así requerirlo los términos del trust, deberá emplearla plenamente.

Las facultades del *trustee* sobre los bienes del trust serán aquellas que le señale el *settlor* o se deriven de los términos del trust. Así, en principio el *trustee* estará facultado para enajenar o gravar los bienes del trust solo si se lo conceden los términos del trust; sin embargo, esto no implica que sea necesaria una concesión expresa de tal facultad ya que se debe tomar en cuenta los fines del trust y la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae. Así mismo, cuando una obediencia literal de los términos del trust pudiese perjudicar o volver imposible la consecución de su finalidad, el juez puede autorizar al *trustee* a

enajenar los bienes. En el lado opuesto, las facultades del trustee respecto de los bienes no pueden ser tan amplias que no permitan determinar si ha habido o no abuso en su gestión, ya que puede interpretarse que el trust no ha sido válidamente constituido.<sup>22</sup>

Del mismo modo, el trustee está facultado para realizar los actos de administración (arrendar, contratar auxiliares, efectuar gastos con cargo al trust, etc.) que considere necesarios o convenientes, pero siempre con el cuidado y pericia debidos. Esta facultad no deriva necesariamente de los términos del trust, sino de su obligación de hacer productivos los bienes; empero, el settlor puede prohibirle la realización de determinados actos.

Pese a su importancia, el trustee no es un elemento esencial para la constitución del trust, ya que en caso que el designado rehusara aceptar el cargo-y es libre para ello- o que se omitiese hacer la designación, el tribunal que supervise el trust será el que lo nombre. Sin embargo, una vez aceptado el cargo, el trustee solo podrá renunciar si la ley o los términos del trust se lo permiten o si los beneficiarios dan su consentimiento.

#### 1.3.5.3 *CESTUI QUE TRUST*

El beneficiario o *cestui que trust* es quien recibe el provecho económico del trust y puede serlo, por regla general, cualquiera que esté en aptitud de recibir la propiedad los bienes, aun los menores o incapaces. Puede incluso no existir un beneficiario capaz de demandar el cumplimiento del trust.<sup>23</sup>

Existe discrepancia en la doctrina angloamericana sobre la naturaleza del derecho del beneficiario sobre los bienes del trust. Para algunos como Scott<sup>24</sup> se trata de un verdadero derecho de propiedad en equidad, con todos los atributos inherentes a este; para otros como Powell<sup>25</sup> se trata de un derecho de crédito pero con protecciones especiales.

A semejanza de las facultades del *trustee*, los derechos del beneficiario son los que señale el *settlor* y pueden estar reducidos a un mero derecho expectatio sobre los bienes que queden luego que el trust cumpla una finalidad anterior o incluir la supervisión de la administración del trust. Para la protección de sus derechos el beneficiario está premunido de diversos medios o recursos jurídicos; el "cumplimiento específico" de las obligaciones del *trustee* en los términos del instrumento respectivos el interdicto para impedir el incumplimiento del trust; la indemnización

por incumplimiento: la designación d interventor y la remoción del *trustee*.<sup>26</sup>

Si el trust tiene beneficiario, este debe ser determinado o determinable conforme a los términos del trust, si no es así el trust será invalido. El consentimiento del beneficio no es requisito para la constitución del trust, pero puede renunciar a los beneficios, en cuyo caso surge un trust resultante en favor del *settlor*.<sup>27</sup>

#### 1.3.6. LOS BIENES DEL TRUST

Los bienes dados en trust son denominados *the trust property* o bienes del trust. Constituyen un elemento esencial ya que un trust no puede constituirse si al tiempo de su creación no existe un bien sobre el cual recaiga.<sup>28</sup>

En general, cualquier bien que tenga algún valor y sea transferible puede ser materia de trust, aunque son los bienes raíces y las acciones las preferidas.

#### 1.3.7. CLASES DE TRUST

En realidad, si trust es una forma de disposición de bienes cuya flexibilidad extraordinario y la escasez de

reglas técnicas que dificulten o restrinjan su constitución hacen que sea utilizado para el logro de una limitada variedad de objetivos, y su utilidad se impondrá siempre que sea aconsejable separar la administración de los bienes de su provecho económico. Así, como afirma Scott, los fines para los cuales puede emplearse el trust son tan ilimitados como puede serlo la imaginación de los abogados.<sup>29</sup>

No es nuestra intención en este punto efectuar una clasificación de los trusts sino proporcionar una muestra de las variedades que ha desarrollado esta institución a partir del antiguo uso, dando así una idea de su versatilidad y utilidad.

*TRUST EJECUTADO (Executed Trust)*, es aquel cuyos términos son establecidos completa y definitivamente en el instrumento de su creación, por lo que no requiere de ningún acto posterior a fin de precisarlo, en oposición al *TRUST POR EJECUTARSE (Executory trust)* que requiere de algún instrumento o acto posterior de parte del *settlor* o del *trustee* para completar su creación o tener efectos.

*TRUST INTERPRETATIVO (Constructive Trust)*, es aquel que surge de la ley y el fraude es su elemento esencial.



Cuando las circunstancias de una transacción son tales que la persona que recibe un bien en propiedad no puede también disfrutar su provecho económico sin violar necesariamente algún principio establecido de equidad, los tribunales deben constituir un trust interpretativo y convertir al propietario legal en *trustes* de las partes que, en equidad, deben disfrutar de los beneficios del bien.<sup>30</sup> En realidad este tipo de trust tiene un carácter distinto al de los demás; no es tratado en el *Restatement of the law of trusts* sino en el *Restatement of the law of Restitution*, junto con los cuasi contratos. Para Eder Phanor el trust interpretativo no es en realidad un trust, sino una ficción prudente del derecho para evitar un enriquecimiento injusto.<sup>31</sup>

*TRUST RESULTANTE (Resulting Trust)*, es aquel que se constituye por inducción de la ley o por interpretación de equidad. Surge cuando se transfiere la propiedad de un bien pero parece o es inferido de la transferencia o de los hechos o circunstancias que la acompañaron que el beneficio económico no va ser disfrutado junto con el título legal. Por ejemplo, cuando la propiedad de un bien adquirido es transferido a persona distinta de aquella que paga el precio surge un trust resultante en favor de esta última: o cuando un trust se extingue por haber cumplido su fin o ser imposible su cumplimiento

surge un trust resultante en favor del *settlor*.

TRUST SIMPLE (simple trust), corresponde al antiguo uso: es aquel en el cual se transfiere a una persona la propiedad de un bien que va a ser disfrutado pro otra.

TRUST ESPECIAL (*Special Trust*), es aquel en el cual el *trustee* es designado para la ejecución de alguna función particular y no es, como en el trust simple, un mero depositario pasivo de la propiedad, sino que debe efectuar alguna actividad para ejecutar la voluntad del *settlor*.

Los trust especiales han sido divididos en *Trusts ADMINISTRATIVOS (Ministerial Trust)*, Aquellos que no demandan mayor ejercicio de la razón o del conocimiento que el que cualquier persona normal puede tener, y *TRUST DISCRECIONALES (Discretionary Trusts)*, aquellos que no pueden ser debidamente administrados sin la utilización de un cierto grado de prudencia y juicio y en los que el trustes tiene libertad en cuanto al control de los bienes y las distribuciones de beneficios.

*TRUST DE ALIMENTOS (Alimony Trust)*, es un recurso usado para asegurar la obligación del esposo de pagar una pensión o alimentos a la esposa. El esposo transfiere

al *trustee* la propiedad de un bien para mantener con sus beneficios a la esposa después del divorcio o la separación.

*TRUST DE EQUIPAMIENTO (Equipment Trust)*, es un método de financiación comúnmente utilizado por los ferrocarriles en el cual la propiedad de sus equipos transferida al *Trustee* como garantía.

*TRUST DE VOTO (Voting Trust)*, es aquel creado por un acuerdo entre un grupo de accionistas de una corporación y el *trustee* o por un grupo de acuerdos idénticos entre accionistas individuales y un *trustee* común, por el cual se establece que por un periodo determinado de tiempo el control sobre las acciones de dichos accionistas ser entregado al *trustee*, con o sin reserva de dirigir el uso de ese control. Es un recurso muy utilizado cuando una mayoría de accionistas no pueden ponerse de acuerdo sobre la política de una corporación.

*TRUST EDUCACIONAL (Educational Trust)*, es aquel creado para la función o el sostenimiento de instituciones de enseñanza o investigación.

*TRUST DE NEGOCIOS (Business Trust)*, viene a ser una forma de organización empresarial en la cual se

transfiere negocios o bienes a un grupo de *trustees*, quienes los administran para el provecho de los beneficiarios, cuyos derechos están representados por certificados transferibles similares a las acciones. Funcionan en la práctica como una sociedad, se rigen por estatutos y son dirigidos por una junta de *trustees*.

*TRUST DE SEGURO (Insurance Trust)*, es aquel en el cual se establece que los beneficios de una póliza de seguros deben ser pagados directamente al Trustee, quien administrara en beneficio de determinadas personas. Es usado principalmente con las pólizas de seguro de vida para evitar, por la inexperiencia o incapacidad de los beneficiarios, la dilapidación del premio.

*TRUST DE SUBSISTENCIA (Living Trust)*, es que en el que settlor transfiere sus bienes a un trustee par que le entregue los productos durante su vida y, a su muerte, a otros beneficiarios.

*TRUST DE INVERSION (Investment Trust)*, es aquel en el que una o varias personas transfieren bienes generalmente dinero, a un trustee para que este los invierta productivamente, ya sea otorgando préstamos o adquiriendo bienes más rentables. Generalmente este

tipo de trust se constituye en beneficio de los propios settlors, pero también puede utilizarse para la constitución de fondos de promoción.

## NOTAS

1. BATIZA, Rodolfo. *El Fideicomiso*. 2a. edición. México D.F.: Editorial Libros de México S.A. 1973.
2. DE LA PEZA, Jose Luis. *El Fideicomiso en México como institución jurídica*. Revista FELABAN. Bogotá, N°40, 1981. p. 87.
3. ALFARO, Ricardo. *El Fideicomiso: Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al Trust del derecho inglés*. Panamá: Imprenta Nacional, 1920. p. 43.
4. CHIAUZZI. Onorato. *Derecho Romano*. Lima: Ediciones Peisa, 1979. p. 104.
5. Al respecto. Rafael Mujica nos dice que en Roma no podían heredar por testamento los libertos dediticios, los libertos Latini Juniani, las municipalidades, los colegios, los pobres, los dioses, los póstumos extraños, las personas inciertas, los extranjeros, los proscritos, los solteros, los casados sin hijos en la proporción designada por la ley Pappia Poppea, los habitantes de las provincias que no gozaban del derecho de ciudadanía y las mujeres, aun siendo ciudadanas, en los casos señalados por la ley Voconia.  
MUJICA. Rafael, *Fideicomiso Laboral*. En: Enciclopedia Juridica Omeba. Apendice, Tomo III. Buenos Aires: Driskill S.A., 1981. P. 389.
6. HEINECIO. Recitaciones de Derecho Civil Romano. Tomo II. Valencia: 1879. Pp.36 y es.. Citado por DE LA PEZA, José Luis. ob. cit., p.91.
7. *Instituciones de Justiniano*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1986. P. 78.
8. PETIT. Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Alabatros. 1977. P. 773.

9. DE LA PEZA, José Luis. ob. cit., P.95
10. CARREGAL, MARIO. *El Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982. P.22.
11. CARREGLA, Mario. Bo. Cit., p.24
12. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios*. Bogota: Biblioteca FELABAN, 1977. P.600.
13. SCOTT, Austin. *The law of trusts*. Vol I. Bostons Little, Brow and Co., 1939. P.5.
14. Ver supra, p.8.
15. SCOTT, Agustin. ob. cit., p.15
16. Citado por BATIZA, Rodolfo. ob. cit., p,39.
17. Citado por BATIZA, Rodolfo. ob. cit., p,43.
18. Citado por BATIZA, Rodolfo. ob. cit., p,44-45.
19. El término "Restatement" no tiene traducción al español. En el derecho americano los Restatement of Law son series de volúmenes autorizados por el American Law Institute que señalan cual es el derecho en un área general, como está cambiando y cuál es, en opinión de los autores, la dirección que esos cambios deben tomar.
20. Citado por BLACK'S LAW DICTIONARY. 5<sup>TA</sup> edición. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1979, p.1352.
21. SCOTT. ob. cit., Vol. I. p.236
22. CARREGAL, Mario. ob. cit., p.32.
23. Rodolfo Batiza cita como ejemplo un trust para el sostenimiento de animales o uno para la construcción de una cripta.
24. SCOTT. Ob. Cit., Vol. I. p.967.
25. Citado por BATIZA. ob. cit., p.263.
26. SCOTT.ob.cit., Vol. III, p.1638.
27. Ver infra p.19.
28. BATIZA. Ob. Cit., p.149.
29. SCOTT. Ob. Cit., Vol. I, P.4.
30. GOLDSCHMIDT, Roberto y Eder Phanor. *El Fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*. Buenos Aires: p.6.
31. Ibid., p.17.

## **CAPÍTULO 2**

### **EL NUEVO FIDEICOMISO**

#### **2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

El incremento de la presencia norteamericana en América Latina desde principios del presente siglo llevó a juristas de esta parte del continente a un mayor contacto con el derecho privado anglosajón, entre cuyas instituciones encontraron una que tenía paralelo en sus propios sistemas jurídicos: el trust.

El gran desarrollo que había alcanzado esta institución como un instrumento de gran versatilidad y utilidad práctica indujo a estos abogados a estudiar la posibilidad de incorporarlo a los sistemas de derechos codificado de sus propios países.

El primero de estos intentos es el Proyecto Limantour,



presentado por el entonces secretario de hacienda de México, José Limantour, a la Cámara de Diputados de ese país en 1905, pero que nunca llegó a discutirse. El segundo y más completo intento es el Proyecto Alfaro, publicado por el jurista panameño Ricardo Alfaro en 1920 y que fue recogido íntegramente por la ley 9 de 6 de enero de 1925.

A partir de esa fecha se inicia en Latinoamérica un proceso de expansión de la nueva institución y así, en 1926 se dicta en México la ley de Bancos de Fideicomiso, y sucesivamente lo incorporarán a sus legislaciones Puerto Rico (1928), Bolivia (1928), Costa Rica (1936), el salvador (1937), Venezuela (1940), Nicaragua (1940), Guatemala (1946), Ecuador (1948), Honduras (1950) y Colombia (1971).

Desde entonces se ha recomendado su adopción en el Congreso Internacional de Derecho Privado (Roma, 1950), la séptima conferencia Interamericana de Abogados (Montevideo, 1951) y en repetidos congresos organizados por la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de desarrollo (ALIDE).

## **2.2 DENOMINACIÓN**

Esta versión romanista del trust fue denominada desde

un principio con el nombre de fideicomiso, pese a ser una figura diferente a la vieja institución romana como ya hemos anotado.

A este respecto, Ricardo Alfaro decía: *"conservo el nombre de fideicomiso, a pesar de la diferencia sustancial que existe en cuanto a los alcances y fines de la institución antigua y la que propongo, porque ese nombre resulta en ambos tan expresivo ya adecuado que es irremplazable. Siempre es la fe que se tiene en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo"*.<sup>1</sup>

En realidad, ya en 1832, en Francia, Ernesto Glasson había traducido trust por fideicomiso<sup>2</sup> y en la actualidad, al menos en el lenguaje común, el término fideicomiso es considerado como la traducción de trust y viceversa<sup>3</sup>

Esta nueva acepción de fideicomiso fue duramente criticada por Toribio Esquivel Obregón en un estudio escrito al comentar la aparición en México del fideicomiso en las leyes bancarias de 1924, en el que manifestaba que el empleo de la palabra "fideicomiso" para designar a la nueva institución era *"un verdadero disparate del lenguaje, ya que en su originaria significación romana y en el sentido castigo de la*

*palabra, se entendía por "fideicomiso" el ruego que hacia el autor de la herencia a su heredero o legatario para que a la muerte de aquel cumpliera con un determinado encargo, el cual se fundaba en la confianza que se depositaba en la honradez y lealtad (fides) de la persona que recibía el encargo".<sup>4</sup>*

Sin embargo, como dice Batiza, pese a las deficiencias que pueda tener esta denominación, puede afirmarse que ha quedado consagrada pues, con la sola excepción de Colombia que usa la de fiducia legal, ha sido adoptado por todos los países que han legislado el fideicomiso.<sup>5</sup>

### **2.3 CONCEPTO**

Es difícil dar un concepto único de fideicomiso, por cuanto los países que han regulado esta institución han adoptado distintas nociones de acuerdo a las diferentes teorías que existen en torno su naturaleza jurídica.

Así, el artículo 1º de la ley 9 de Panamá recogió la posición de Ricardo Alfaro, definiendo al fideicomiso como *"un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite. Llamado fideicomitente, o*

*beneficio de un tercero llamado fideicomisario". Del mismo modo, aunque con una redacción diferente, acoge también esta teoría el artículo 1º del Reglamento de Operaciones de Fideicomiso de Bolivia, aprobado por Resolución de la Superintendencia de Bancos N° 239-11-66.*

El artículo 356º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México y el artículo 766º del Código de Comercio de Guatemala consagran la teoría de Lepaulle, quien define al fideicomiso como *"una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes de vigor"*.

Por último, el artículo 1226º del Código de Comercio de Colombia, el artículo 1º de la ley de fideicomisos de Venezuela, el artículo 1033º del código de comercio de Honduras, el artículo 633º del Código de Comercio de Costa Rica y el artículo 1233º del Código de Comercio de El Salvador definen el fideicomiso como *"un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero"*.

esta falta de una conceptualización clara y unívoca es, consideramos, fruto de la relativa novedad del fideicomiso, unida a las dificultades que han tenido y tienen los juristas, tanto para comprender el trust como para incorporarlo dentro de un esquema jurídico de base romano-germánica.

Empero, todas estas definiciones nos pueden dar una idea de lo que es el fideicomiso; una figura jurídica por la cual quien tiene las facultades con fiere la titularidad de un patrimonio no las ejerce para su propio beneficio, como normalmente sucede, sino que se obliga a ejercerlas para la consecución de un fin predeterminado; quedando ese patrimonio separado de todo otro, de tal forma que esté exclusivamente dedicado a lograr la finalidad del fideicomiso y no puedan tener efectos sobre aquél los actos no relacionados con ese fin.

#### **2.4 NATURALEZA JURÍDICA**

Antes de tratar las distintas teorías que existen en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso debemos comprender cuál es la tarea que enfrenta el jurista cuando intenta definir esta institución.

Ya hemos dicho anteriormente que el fideicomiso es, por lo menos históricamente, un intento de incorporar al trust a nuestros sistemas jurídicos. Sin embargo, hemos visto también que el trust responde a características muy peculiares del derecho anglosajón, que no se presentan en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica.

El jurista se encuentra, entonces, ante la difícil tarea de definir, con principios y elementos propios, una institución que tenga las mismas características que una institución completamente ajena a su derecho.

Veamos ahora las teorías que la doctrina ha elaborado para definir la naturaleza jurídica del fideicomiso.

#### 2.4.1. MANDATO IRREVOCABLE

La autoría de este primer intento de explicación de la naturaleza jurídica del fideicomiso corresponde a Ricardo Alfaro.<sup>6</sup> Esta teoría tiene el mérito de haber inspirado las primeras manifestaciones legislativas del fideicomiso: la Ley 9 de 1925 en Panamá y la ley de Bancos de Fideicomiso de 1925 en México. Sin embargo, su inclusión en el presente punto obedece más a su calidad de precedente que a su validez jurídica, debido a que luego de las numerosas críticas de las que fue

objeto, en la actualidad ha sido totalmente abandonada inclusive por su propio autor.

Alfaro parte de una comparación entre el fideicomiso romano y el trust; encontrando que ambos coinciden en que el fiduciario y el trustee son, esencialmente, personas que cumplen un encargo dado por otra persona, para el beneficio de un tercero; es, entonces, un mandato.

Sin embargo, el concepto de mandato no basta para caracterizar el fideicomiso ya que, según sostiene el autor, el mandato es revocable por naturaleza, lo que convertiría a los derechos del fideicomisario y a las facultades de fiduciario en ilusorias. Por lo tanto, el fideicomiso tiene que ser irrevocable.

Además, nos dice el jurista, el fideicomiso debe producir un efecto adicional, necesario para que pueda ser ejecutado y sin el cual no habría acto de confianza del fideicomitente: la transmisión al fiduciario de los bienes que son objeto del fideicomiso.

Con estos elementos Alfaro llega a la conclusión que el fideicomiso es, esencialmente, "un mandato irrevocable virtud del cual se transmiten ciertos bienes".<sup>7</sup>

Hay una primera crítica que cabría hacer a esta teoría: el mandato no puede ser revocable ni irrevocable por cuanto es un contrato, acuerdo de voluntades, que no puede ser modificado ni extinguido por decisión a una de las partes. Lo que puede ser irrevocable, en todo caso, es el poder que puede estar contenido o no en un mandato. Sin embargo, aun cuando sea otorgado como irrevocable, el poder siempre es revocable, por estar basado en la confianza, solo que, en ese caso, el poderdante debe indemnizar los daños y perjuicios que cause su revocación. Además, en el caso del poder, el apoderado actúa siempre en nombre de su poderdante, lo que no sucede en el fideicomiso donde el fiduciario actúa en nombre propio o en el del fideicomiso, pero nunca en nombre del fideicomitente.

Si debemos entender, por otro lado, que a lo que Alfaro se refería era a un mandato "irresoluble", el concepto tampoco resulta aplicable al fideicomiso, por cuanto en el mandato el mandatario actúa, si no en nombre -como sucede en el caso del mandato con representación- por lo menos por cuenta y en interés de su mandante, mientras que el fiduciario actúa por cuenta del fideicomiso y en interés inmediato del fideicomiso mismo mediato del fideicomisario.

En cualquier caso, sin embargo, cabe otra atinencia:



ni el poder ni el mandato transfieren al apoderado o mandatario la propiedad de los bienes sobre los cuales recaen.

Cabe agregar además que el hecho de otorgar un poder con carácter de irrevocable o de celebrar un mandato "irresoluble", si bien priva al poderdante o mandante de impedir al apoderado o mandatario la ejecución de los actos para los que ha conferido poder o ha celebrado el mandato, no obsta para que pueda ejercer las mismas facultades que ha delegado. Esta sola posibilidad convertiría en ineficaz la institución al poder el fideicomitente, por ejemplo, enajenar los bienes fideicomitidos. Dentro de la teoría de Alfaro se podría responder que esto no sucede así porque, en virtud del fideicomiso, el fideicomitente deja de ser propietario de los bienes, los cuales son transmitidos al fiduciario, pero entonces el poder o el mandato se vuelve innecesarios, ya que como propietario el fiduciario tiene todas las facultades sobre los bienes fideicomitidos.

#### 2.4.2. PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

Antes de exponer esta teoría debemos observar que su autor, Pierre Lepaulle, la concibió como una explicación de la naturaleza jurídica del trust

anglo-sajón, no de la del fideicomiso que, cuando se publicó su obra "*De la Nature du trust*" (1927), recién contaba con un par de años de existencia. Sin embargo, las ideas de Lepaulle tuvieron buena acogida en Latinoamérica, y ya en 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México refleja la interpretación elaborada por el jurista francés.<sup>9</sup>

Lepaulle inicia su análisis rechazando la teoría que hacen descansar la esencia del trust, bien en un derecho personal del beneficiario frente al trustee o bien en una división del derecho de propiedad entre ambos. En efecto, nos dice Lepaulle, ni el settlor, ni el trustee ni el beneficiario son elementos esenciales para la existencia del trust, por lo que toda explicación basada en relaciones entre ellos es falsa. Como confirmación de su punto de vista, se citan los casos del trust interpretativo, en el que no existe settlor; de los trusts destinados, por ejemplo, a decir misas para el reposo del alma, en los cuales no existe un beneficiario (al menos en este mundo); o de los diversos casos en los que el trustee no ha sido designado por el settlor, omisión que puede ser subsanada por decisión judicial.

Para el autor carece de sentido preguntarse por el

titular de los bienes del trust, pues esto no constituye un elemento esencial de la institución: por el contrario, haciendo un detenido análisis se llega a la conclusión que el trust se apoya en los siguientes cuatro principios:

- a. El trust supone necesariamente la existencia de derechos patrimoniales sobre los que se instituye;
- b. Estos derechos salen del patrimonio del settlor pero no ingresan al patrimonio de nadie.
- c. Estos derechos conforman un todo distinto, una universalidad separada de todo otro patrimonio; y,
- d. Existe además una afectación a un fin determinado, sin el cual el trust se extingue.

De estos principios Lepaulle concluye que los elementos esenciales del trust son un patrimonio distinto y una afectación, por la que la institución puede ser definida como consistente en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el que la unidad está constituida por una afectación que se libra dentro de los límites de las leyes y el orden público.

El propio autor adelanta la primera objeción a su teoría y está referida a la imposibilidad de la existencia de un patrimonio sin titular, ya que tradicionalmente se ha definido el patrimonio en función de la personalidad. Empero, responde, en primer

lugar es inexacto que el derecho anglosajón defina de esa manera el patrimonio por lo que, en todo caso, la explicación sería válida dentro de ese sistema jurídico; pero además el propio derecho positivo francés reconoce instituciones que son patrimonios sin titular; las fundaciones, los bienes del ausente después del envío en posesión o las sucesiones vacantes o recibidas a beneficio de inventario.

Rodolfo Batiza critica a Lepaulle su "*excesivo simplismo y artificialidad*",<sup>9</sup> principalmente al pretender demostrar que ninguna de las tres personas integrantes de la relación jurídica es esencial para su existencia recurriendo a ejemplos de diversas clases de trust. Efectivamente, aun cuando los ejemplos citados por Lepaulle son correctos, la consecuencia que extrae de ellos no lo es, ya que lo único que se puede derivar válidamente es que el trust no requiere de la participación de los tres sujetos siempre, que alguno de ellos puede faltar, pero siempre existe algún elemento personal vinculado al trust.

Por su parte, José Uribe Michel<sup>10</sup> señala que no tiene base científica aceptar la existencia de un patrimonio sin que se asigne la titularidad del mismo a una persona natural o jurídica, ya que cae en el error de atribuir a las cosas derechos y obligaciones que

solo pueden ser propias de los seres dotados de voluntad y razón. Afirma Uribe que el que los bienes estén afectados e una finalidad no hace variar en nada su naturaleza, ya que la sola afectación no hace que se encaminen por si mismos a ese fin, sino que su realización queda bajo la responsabilidad de una persona, sujeto de derecho.

Por lo demás, los ejemplos dados por Lepaulle de patrimonios sin titular pueden, en todo caso, tener validez en el derecho francés, pero no en el nuestro. La fundación en nuestro sistema es una persona jurídica a la que se le asigna la titularidad del patrimonio afectado para el cumplimiento de los fines dispuestos por el fundador. En el caso de los bienes del ausente después del envió en posesión, la declaración de ausencia no priva al ausente de la propiedad de sus bienes y estos, aun cuando entregados en posesión a quienes serían herederos forzosos del ausente, siguen teniendo un propietario. Finalmente, respecto de la sucesión vacante o de la recibida a beneficio de inventario, podemos decir que, aun cuando se aceptase que durante un determinado tiempo esos bienes careciesen de titular (lo que puede discutirse ya que según nuestro Código Civil la propiedad de los bienes que constituyen la herencia se transmite a los sucesores del causante desde el momento mismo de su

muerte), tal situación no es permanente, por lo que dicho patrimonio constituye lo que Albaladejo denomina un "patrimonio de destino", es decir, aquél en el cual las relaciones jurídicas que lo conforman continúan grupadas en espera de que en el futuro quede determinada la persona de que en el futuro quede determinada la persona a quien ha de pertenecer. <sup>11</sup>

#### 2.4.3. NEGOCIO FIDUCIARIO IMPURO

En vista de la brevedad con que Sergio Rodríguez Azuero enuncia esta teoría y a fin de lograr una mejor comprensión de la misma antes de exponerla consideramos conveniente revisar algunas nociones en torno a los que la doctrina denomina como negocio fiduciario.

Para Jorge Mosset Iturraspe, la idea madre que encierra el negocio fiduciario es el ser un medio extralegal, basado en la buena fe, que permite salvar las lagunas de la ley y superar sus imperfecciones. <sup>12</sup>

Una definición clásica del negocio fiduciario es la de Regelsberger, quien dice que es *"un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio empleado para lograrlo"*. Esta desproporción mencionada por Regelsberger está referida

a que para el logro del fin deseado las partes emplean un medio Jurídico excesivo, por ejemplo, cuando para conferirle a una persona la administración de un bien por un periodo determinado se le transmite la propiedad.<sup>13</sup>

A la definición de Regelsberger se opone la de Grassetti, quien entiende el negocio fiduciario como *"una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transfiriente o de un tercero. La atribución del adquirente es plena, pero este asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial"*.

Continúa el autor, *"no se da desproporción entre medio y fin, porque la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico contemplado por las partes. Existe, sin embargo, heterogeneidad entre atribución y fin en el sentido siguiente: que es característica del fiduciario una potestad de abuso, consiguiente a la estructura típica de los derechos reales, que no permite una distinción neta entre titularidad formal y típica y titularidad económica del derecho también recibe, necesariamente, el poder de disponer en vía real erga omnes. Incluso más allá y en contra del fin"*.<sup>14</sup>

Mosset señala que, pese a su atipicidad jurídica y en merito a su tipicidad social y doctrinario, se puede señalar la presencia de tres elementos constitutivos de los negocios fiduciarios, que son los siguientes: <sup>10</sup>

a) La confianza entre fiduciante y fiduciario, que la doctrina predominante estima como la nota decisiva, verdaderamente esencial. Esta confianza presente en el negocio fiduciario se diferencia de la que se presenta en los llamados "negocios de confianza" (como el mandato o el depósito) tanto en su calidad, que es mucho mayor desde que se entrega un poder absoluto para un fin restringido, como en la tipicidad del negocio de confianza frente a la atipicidad del negocio fiduciario, pues la tipicidad de los primeros hace que la seguridad del fiduciante descansa no solo en la confianza que le inspira el fiduciario sino también en las normas que regulan el negocio.

b) El doble juego de obligaciones: real y obligacional; es decir, de un lado existe un transmisión efectiva de bienes o derechos en favor del fiduciario, con validez erga omnes y en virtud de la cual este aparece como "dueño", de otro lado, existe el vínculo personal, por el cual el fiduciario se obliga a dar un fin determinado a



esos bienes o derechos, que tiene validez sólo entre las partes.

- c) La potestad de abuso del fiduciario, consecuencia del doble efecto real-obligacional caracterizante del negocio, debido al cual el fiduciario aparece investido de una legitimidad o legitimación para contratar respecto a los bienes que le han atribuido muy amplia, y, aunque tales negocios violen el pacto de confianza, son válidos y eficaces: la responsabilidad por el "abuso" sólo se traduce en el resarcimiento de los perjuicios causados al fiduciante.

Sergio Rodríguez Azuero, en su obra "Contratos Bancarios", señala que en el fideicomiso concurren los dos elementos propios de los negocios fiduciarios: el real, constituido por la transmisión de bienes o derechos; y el personal, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes de un acuerdo entre las partes.

Empero, afirma el autor, se trata de un negocio fiduciario impuro pues, de un lado, no puede afirmarse que existe desproporción entre el medio utilizado y el fin buscado por cuanto, al tratarse de una figura típica, la transmisión de propiedad constituye el medio

adecuado para alcanzar la finalidad deseada y, de otro lado el negocio no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley, por lo que existe un control distinto de la propia buena fe del fiduciario que evita la posibilidad de abuso de este último.<sup>16</sup>

Respecto de esta teoría podemos señalar, siguiendo a Batiza, que el fideicomiso no es un negocio integrado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en el que el primero es real, exteriorizado, judicialmente obligatorio, en tanto que el segundo (destructor de aquel) solo tiene eficacia interna entre las partes: en el fideicomiso no se celebra un negocio doble, sino que se trata de una relación única, con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.<sup>17</sup>

Como señala el propio Rodríguez Azuero, en el fideicomiso no se presenta la potestad de abuso del fiduciario, puesto que no existe desproporción entre medio y fin, ni la confianza tiene ese carácter distinto que tienen en el negocio fiduciario, pues *"las obligaciones y derechos de las partes están cuidadosamente reguladas por la ley"*.<sup>18</sup>

Entonces, aun con una estructura similar a la del negocio fiduciario, resulta incorrecto catalogar el fideicomiso como un negocio fiduciario "impuro". En el fondo se trataría de un negocio fiduciario típico lo que resulta un contrasentido, pues como afirma Garrigues, *"no hay negocio fiduciario donde el abuso de la ajena confianza está previsto no descansa en la buena fe del otro sino en la tutela de la ley"*.<sup>19</sup> De ello se deriva que el negocio fiduciario solo puede ser "puro", pues si existe alguna "impureza"- y sobre todo si esta es su tipificación legal- no es negocio fiduciario, será, en todo caso, una relación fiduciaria o negocio de confianza, como lo son el mandato o el depósito, concepto que solo nos indica que la confianza es un elemento importante en el negocio, pero que no nos sirve para determinar su naturaleza jurídica.

#### 2.4.4. NUESTRA POSICIÓN

Hemos podido comprobar que ninguna de las teorías estudiadas explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica del fideicomiso. Este fracaso, consideramos se debe a que se analiza al fideicomiso con la idea preconcebida de encasillarlo en alguna figura jurídica preexistente, o en una combinación de estas. Este prejuicio resta riqueza al análisis, hasta el punto de

llegarse incluso a forzar una figura jurídica más allá de sus posibilidades para que dé cabida al fideicomiso, como es el caso de Rodríguez Azuero y su teoría del negocio fiduciario impuro.

El fideicomiso es una figura distinta y original. Distinta porque no tiene relación alguna con ninguna otra institución conocida de nuestro derecho, como puede ser el caso, por ejemplo, del comodato y el arrendamiento o el de la compra-venta y el suministro. Original, porque ha sido creada, en este siglo, para cumplir funciones que no podían lograrse o cuya realización resultaba demasiado complicada si se utilizaban los mecanismos que el sistema jurídico proporcionaban los mecanismos que el sistema jurídico proporcionaba. Resulta entonces ilógico pretender encontrar analogías dentro del sistema jurídico a una institución que se origina, justamente, por una carencia del sistema.

Por ello, concordamos plenamente con Manuel de la Puente cuando nos dice que en realidad, el afán de encajar una figura jurídica dentro de otras preexistentes resta originalidad y pureza a aquello, desde que, si o es efectivamente una partición o un nuevo enfoque de otra figura jurídica, carece de objeto tratar de encontrarle similitudes o pretender que las reglas de una figura son aplicables necesariamente a la otra. Si

*el estudio de una institución pone de manifiesto que no es posible asimilar su naturaleza jurídica y sus efectos a los de otra u otras figuras jurídicas, lo sensato es abandonar ese prurito de analogías y aceptar sin ambagues que es necesario crear la norma positiva que contemple todas las características, relaciones y efecto de la nueva figura jurídica, de tal manera que la legislación este en todo acorde con la realidad".<sup>20</sup>*

## **2.5. CARACTERÍSTICAS**

### **2.5.1. SE CONSTITUYE POR ACTO ENTRE VIVOS O MORTIS CAUSA**

Así lo establece unánimemente la legislación comparada. Bastemos citar como ejemplo, el artículo 635° del Código de comercio de Costa Rica: *"El fideicomiso se constituirá por escrito, por acto entre vivos o por testamento"*; el artículo 1228° del Código de Comercio de Colombia: *"la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento"*; el artículo 352° de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: *"El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento"*; y los artículos 3° y 4° de la Ley de

Fideicomisos de Venezuela: *"El fideicomiso que se constituya por acto entre vivos debe constar de documento autentico (...). El fideicomiso podrá constituirse también por testamento para que tenga afecto después de la muerte del fideicomitente"*.

En este sentido el fideicomiso solo puede compararse con el trust expreso, es decir, aquel expresamente constituido por una persona o su representante sobre sus bienes. Sin embargo, Venezuela y Bolivia han regulado lo que podría considerarse como versiones del trust interpretativo, pues el artículo 12° de la Ley de Protección Familiar Venezolana permite al Juez que está conociendo un juicio por alimentos constituir un fideicomiso con parte de los bienes del obligado en beneficio del alimentista: mientras que, el artículo 1° del Reglamento de Operaciones de Fideicomiso boliviano señala que este puede constituirse por mandato de la ley o de un tribunal competente.

Cabe agregar, además, que el fideicomiso también puede ser constituido por ley, caso en el cual se le denomina fideicomiso "publico", en oposición al fideicomiso "privado" que es el constituido por una persona, aun cuando no se encuentren contemplados en ninguna legislación general sobre fideicomiso, el fideicomiso público ha sido bastante utilizado, principalmente como

mecanismo de asignación de recursos por parte del Estado a sectores definidos de la economía.

#### 2.5.2. ES NATURALMENTE IRREVOCABLE

El fideicomitente no puede revocar el fideicomiso, salvo que se hubiese reservado expresamente ese derecho al momento de constituirlo. Así lo disponen, por ejemplo, el inciso 2º del artículo 1236º del Código de Comercio de Colombia: *"Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos (...) revocar la fiducia, cuando se hubiera reservado esa facultad en el acto constitutivo"*; el numeral VI del artículo 357º de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México: *"El fideicomitente, cuando este se haya reservado expresamente ese derecho el constituir el fideicomiso"*; y el inciso 4º del artículo 26º de la Ley de Fideicomisos de Venezuela: *"El fideicomiso terminará (...) por la revocación hecha por el fideicomitente cuando se hubiese reservado hacerlo"*.

#### 2.5.3. ES UNA AFECTACIÓN DE PATRIMONIO

La afectación, como nos dice Cabanellas, es la *"destinación de ciertos medios a un fin determinado"*; <sup>23</sup> en efecto, cuando una persona decide, por ejemplo,

destinar un aparte de sus ahorros a comprarse una casa, está afectando un medio (sus ahorros) a un fin adquirir la casa).

Del mismo modo, en el fideicomiso el fideicomitente afecta una parte de su patrimonio e un fin determinado, pero esta afectación, a diferencia de lo que sucede en el ejemplo anterior, tiene notas muy singulares.

En primer lugar, la afectación en fideicomiso es definitiva; el sujeto del ejemplo podrá, en cualquier momento, cambiar el destino de sus ahorros; en cambio, una vez constituido el fideicomiso, el fideicomitente ya no podrá revocar la afectación, salvo que se hubiese reservado ese derecho.

En segundo lugar, dicha afectación es exclusiva, es decir, un vez que se constituye el fideicomiso, el patrimonio fideicomitado no podrá ser dedicado a un fin distinto de aquel al cual ha sido afectado, por lo que no responderá por obligaciones ajenas a la consecución de dicho fin.

En tercer lugar, a fin de mantener la exclusividad de la afectación, en el fideicomiso el patrimonio fideicomitado se separa del patrimonio del fideicomitente, pero no se integra al de ninguna otra persona,



pues aunque su titular es el fiduciario, el patrimonio fideicomitado está separado de su propio patrimonio, esta característica, que es conocida como la autonomía del patrimonio fideicomitado, será estudiada más detenidamente al tratar el patrimonio del fideicomiso.

#### 2.5.4. EL TITULAR DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO ES EL FIDUCIARIO

En la legislación comparada en general se señala que el fideicomiso transfiere la titularidad de los bienes o derechos sobre los cuales recae al fiduciario; así por ejemplo, el artículo 1º de la ley de Fideicomisos de Venezuela señala: "*El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciaria (...)*"; el artículo 1226º del Código de comercio de Colombia establece: "*La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciario (...)*"; o el artículo 633º del Código de Comercio de Costa Rica: "*Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes y derechos (...)*".

Empero, consideramos que los enunciado anteriores son

inexactos, puesto que cuando el fideicomitente se designa a sí mismo como fiduciario no se produce ninguna transferencia de titularidad. Lo que en realidad sucede es que el fiduciario deber ser necesariamente el titular del patrimonio fideicomitado por lo que, cuando este es una persona distinta del fideicomitente, se produce una transferencia de titularidad en su favor cuando acepta el cargo.

José Uribe Michel señala que en el fideicomiso es necesario que el fiduciario sea el titular de los bienes o derechos sobre los que va a recaer por dos razones: en primer lugar, porque es necesario que el fideicomitente se desprenda de ella para que luego no pueda realizar actos que frustren el fideicomiso; en segundo lugar, porque tal titularidad es necesaria para legitimar al fiduciario a fin que pueda realizar todos los actos que sean necesarios para cumplir el fin que se le ha encomendado.<sup>22</sup>

Discrepamos de la razones aducidas por Uribe puesto que, en cuanto a la primera no es la transferencia al fiduciario lo que impide al fideicomitente realizar actos en contra del fideicomiso, sino la afectación que realizo al constituirlo y que impide que el patrimonio sea destinado a un fin distinto al establecido; y en cuanto a la segunda, para legitimar a una persona para

realizar actos sobre patrimonio ajeno basta la representación.

Esta titularidad del fiduciario se sustenta, creemos en que es necesario que solo el fiduciario tenga facultades sobre el patrimonio fideicomitido, dado que es su responsabilidad el obtener con él la finalidad establecida por el fideicomitente; por ellos es que cuando el fiduciario es una persona distinta del fideicomitente, este transfiere a aquel dicha titularidad.

Empero, debe tenerse en cuenta que dicha transferencia es un medio para la consecución del fin del fideicomiso, no es un fin misma, como sucede en la compra-venta, por ejemplo, por tal motivo, aun cuando tratándose de bienes se, transfiere al fiduciario el derecho de propiedad existente sobre ellos, el cual es perpetuo por naturaleza, por el fideicomiso aquel se encuentra obligado a su vez, a restituir tal derecho al fideicomitente o a quien este designe al termino del fideicomiso.

#### 2.5.5. CONFIERE UN DERECHO DE CRÉDITO, PERO CON PROTECCIONES ESPECIALES, AL FIDEICOMISARIO.

Uno de los problemas más grandes que se tiene para

comprender el fideicomiso radica en la naturaleza del derecho que tiene el fideicomisario sobre el patrimonio fideicomitado.

El inciso 2° del artículo 1235° del código de comercio de Colombia establece: *"El beneficiario tendrá, además de los derechos que le concede el acto constitutivo y la ley (...) el del impugnar los actos anulables del fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda"*; el literal o del artículo 654° del código de comercio de Costa Rica señala: *"Además de los derechos que le conceda el acto constitutivo, el fideicomisario tendrá los siguientes (...) perseguir los bienes fideicomitados para reintegrarlos al patrimonio fideicomizado, cuando hayan salido indebidamente de este"*; y el artículo 355° de la ley de títulos y operaciones de crédito de México dispone: *"El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso (...) el de atacar la validez de los actos que esta (la fiduciaria) cometa en su perjuicio, de mala fe o exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a*

*consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objetivo del fideicomiso".*

El fideicomisario tendrá entonces dos acciones: una de anulación o invalidez, y otra que llamaremos por ahora reivindicatoria de los bienes indebidamente salidos del patrimonio del fideicomiso.

Detengámonos aquí por un momento y veamos otra facultad que tiene el fideicomisario: la de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento del fideicomiso.

Así lo establecen unánimemente el numeral 1° del artículo 1235° del código de comercio de Colombia, el artículo 355° de la ley de títulos y operaciones de crédito de México, el inciso del artículo 24° de la ley de fideicomisos de Venezuela y el literal a del artículo 654° del código de comercio de Costa Rica.

Los derechos patrimoniales confieren a su titular, o acá al sujeto activo, un conjunto de facultades como manifestación, el señorío o poder con que está investido. Por regla general, el titular del derecho ejerce estas facultades para satisfacer sus propias necesidades.

En el fideicomiso el fiduciario, titular del patrimonio

fideicomitido -o, si se prefiere, sujeto activo de los derechos y pasivo de las obligaciones que pueden conformarlo- ve limitado el uso que puede hacer de dichas facultades. Estas limitaciones tienen dos fuentes: una, la afectación misma, que obliga al fiduciario a ejercer las facultades que le confieren los derechos fideicomitados siempre en función del fin del fideicomiso; la segunda, las instrucciones que pueda establecer el fideicomitente respecto de la forma como debe ejercer las facultades o, inclusive, prohibiéndole el ejercicio de alguna o algunas de ellas.

El incumplimiento por el fiduciario de esta obligación faculta al fideicomisario a exigir la remoción del fiduciario y la indemnización por los daños y perjuicios que dichos incumplimiento hubiese ocasionado. Pero además podrá demandar la invalidez del acto violatorio del fideicomiso y el reintegro al patrimonio fideicomitado de los bienes que indebidamente hubiesen salido de él.

No nos parece correcto, entonces, llamar reivindicatoria a la acción que tiene el fideicomisario sobre el patrimonio fideicomitado. En primer lugar, el origen de esta obligación. En segundo lugar, el fideicomisario no

busca recuperar algo propio para reintegrarlo a su patrimonio, como en la acción reivindicatoria, pues el titular del patrimonio fideicomitado es el fiduciario.

En realidad, consideramos que la acción del fiduciario tiene más similitudes con la acción revocatoria o pauliana, es decir, aquella que tiene un acreedor para que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho. En el caso del fideicomiso, empero, debemos entender que el patrimonio al que estaría referida esta especie de acción revocatoria en solo el patrimonio del fideicomiso, no el propio del fideicomitente; y la intención no es reintegrar un derechos o un bien con el mismo valor que aquél indebidamente enajenado, sino el mismo bien o derecho.

Y así como la acción del fideicomisario no es exactamente una acción revocatoria, tampoco consideramos que el derecho del fiduciario sea un simple derecho de crédito, puesto que como hemos visto, el fideicomisario tiene una especie de derecho de persecución sobre el patrimonio fideicomiso debe ser preferido a cualquier otro derecho existente sobre dicho patrimonio. Sin embargo, no puede considerarse que el fideicomisario tiene un derecho real, pues el

Fideicomiso no es oponible a los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe ni recae, como veremos más adelante, sobre un bien determinado sino sobre un patrimonio cambiante, salvo prohibición expresa.

Consideramos que el fideicomiso puede ser comparado, sin ser igual, con una carga real, es decir, la situación en la cual el propietario de un bien está obligado a pagar un canon o una prestación periódica. Del mismo modo, en el fideicomiso, el titular del patrimonio está obligado a una prestación positiva respecto de aquél.

Sin embargo, como señala Díez-Picazo, la doctrina moderna está muy dividida en torno a esta figura, pues algunos la consideran como un derecho real *in faciendo*, mientras que otros la consideran como una obligación, en la que el deudor viene determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa (obligaciones *propter rem*).<sup>23</sup>

Encontramos similitudes también con los llamados "derechos *ad rem*", es decir, aquellos que confieren a su titular el derecho a tener un derecho real, al que se tiene la seguridad casi absoluta que se llegará. Sin embargo, en el fideicomiso el fideicomisario no necesariamente tendrá derecho alguno sobre el patrimonio del fideicomiso, este puede haberse constituido para beneficiarlo solo con los productos de dicho



patrimonio, el que volvería al fideicomitente al terminar el fideicomiso.

Ante esta imposibilidad de definir diariamente el carácter del derecho del fideicomitente y del fideicomisario, creemos que debe estarse a la mayor importancia que puedan tener sus manifestaciones, de donde resulta que el poder que se les confiere respecto del patrimonio fideicomitado resulta accesorio a la facultad de exigir del fiduciario una actividad determinada, por lo que no inclinamos a considerarlo más como un derecho personal, pero con protecciones especiales.

#### 2.5.6. Oponibilidad relativa frente a terceros.

En general, el fideicomiso es oponible a los terceros adquirentes a título gratuito y a los que, habiendo adquirido a título oneroso, conocían del fideicomiso.

Resulta entonces que el fideicomiso tiene eficacia frente a los terceros, pero esta eficacia es relativa pues el fideicomiso no resulta oponible a los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe.

Sin embargo, debemos destacar que en el caso de bienes o derechos sujetos a registro, el fideicomiso debe inscribirse, y dada la publicidad que confiere el

registro, en la práctica aquél resultaría oponible frente a todos.

Estos efectos frente a terceros se manifiestan no solo ante los subadquirentes, sino también ante los acreedores, tanto del fideicomitente como del fiduciario, pues aquellos no pueden atacar el patrimonio fideicomitado si no es por obligaciones adquiridas por el fiduciario en cumplimiento del fideicomiso, salvo, lógicamente, que el fideicomiso se hubiese constituido en fraude a los acreedores, en cuyo caso estos gozan de la acción revocatoria.

#### 2.5.7. ES UNA OPERACIÓN BANCARIA.

Aun cuando no consideramos que sea una característica esencial del fideicomiso, es importante destacar -y por eso lo incluimos en este punto- que, hasta la fecha, casi todos los países que han incorporado el fideicomiso en la que necesariamente deben intervenir una institución financiera o una entidad especialmente autorizada para ello.

Así, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 1226° del código de comercio de Colombia establece que "*solo los establecimientos de crédito y las sociedades*

*fiduciarias, especialmente autorizadas por la superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios": el artículo 350° de la ley general de títulos y Operaciones de Crédito de México señala: "Solo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley General de Instituciones de Crédito": el artículo 2° del reglamento de Operaciones de Fideicomiso de Bolivia dispone: "Ninguna firma o sociedad, con excepción de los bancos legalmente establecidos en Bolivia y las compañías de seguros cuando se trate de seguros de vida, podrán actuar como fiduciarios (...)"*; y el artículo 12° de la ley e Fideicomisos de Venezuela señala: "Solo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguro constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para esto el Ejecutivo Nacional, por resolución del Ministerio de Hacienda de Fomento, respectivamente".

Este tipo de disposiciones han sido fundamentadas en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en esta transacciones, pues la fiscalización que ejerce el Estado sobre los sistemas financieros y las pautas técnicas, contables y administrativas que condicionan su desenvolvimiento, son factores considerados esenciales para preservar la confianza del público en las instituciones que lo integran, permitiendo la

existencia de un mercado fiduciario serio y responsable.

Como ya hemos indicado, no consideramos que el fideicomiso, visto en abstracto y sin referirlo a una legislación determinada, sea una institución exclusiva del derecho bancario, sino más bien del derecho civil; es decir, concebimos el fideicomiso como una situación jurídica que se podrá dar entre cualesquiera dos o más personas. La calidad de operación bancaria que tiene actualmente el fideicomiso, entonces, la vemos más como una expresión de la potestad que tiene el legislador para imponer restricciones en las relaciones jurídicas en salvaguarda del bien común.

Empero, concordamos en que resulta más prudente, sobre todo si se trata de una institución nueva y en la que la confianza desempeña una función tan importante, limitar la función de fiduciario a instituciones sometidas a una vigilancia especial por parte del Estado.

Cabría añadir que, como operación bancaria, tanto Joaquín Rodríguez Rodríguez como Mario Bauche Garciadiego clasifican el fideicomiso como una operación neutra o complementaria, es decir, como un de aquellas que no dan lugar a asientos en él debe ni en el haber, sino a simples partidas de resultados que figuran en el balance como comisiones. <sup>24</sup>

## 2.6. CONSTITUCIÓN

Algunos autores, como Ricardo Batiza o Mario Alberto Carregal, sostienen de la constitución del fideicomiso es un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario; otros, como Joaquin Rodriguez, sostienen que es un acto unilateral del fideicomitente.

Los primeros aducen en favor de su posición que es necesaria la aceptación del fiduciario para que el fideicomiso pueda encaminarse la finalidad estipulada por el fideicomitente, ya que el patrimonio fideicomitado por el mismo no puede dirigirse a esa finalidad.

Sin embargo, el fiduciario no es un elemento esencial en la constitución del fideicomiso pues, como veremos más adelante, su no designación o la no aceptación del cargo por el designado no invalidan el fideicomiso pues, en último caso, el fiduciario puede ser designado por el Juez.

Además debe tenerse en cuenta que el fideicomiso es, esencialmente, la afectación de un patrimonio a una finalidad determinada, acto en el que no es necesaria la intervención del fiduciario.

Consideramos por ello que la constitución del fideicomiso es un acto unilateral del fideicomitente, el cual tiene por efecto inmediato la afectación del patrimonio designado pro aquel fin que estipule. La aceptación del fiduciario tiene más bien, creemos, el carácter de una captación de cargo y no de una aceptación de oferta.

#### 2.6.1. REQUISITOS DE FONDO

La Constitución de un fideicomiso debe contener, cuando menos, la designación del patrimonio sobre el cual recae, del fin al cual se destina y del o los beneficiarios del fideicomiso o, por lo menos, la forma en que estos serán determinados. Cualquier otra disposición, como la designación del fiduciario y sus facultades, por ejemplo, pueden ser suplidas por la ley o por el juez, como veremos más adelante.

#### 2.6.2. REQUISITOS DE FORMA

El proyecto Alfaro señala en su artículo 19º: *“puede constituirse el fideicomiso entre vivos por escritura pública, por documentos privado o aun verbalmente, salvo en este último caso lo que dispone el artículo 1103º del Código Civil”* (Las obligaciones por más de 500 balboas deben constar por escrito) y en su artículo

20°: *"el fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá constar por escritura pública registrada y sólo afectara a terceros desde su inscripción en el registro público (...)"*.

Estas reglas han sido seguidas en lo sustantivo por todas las legislaciones posteriores; así por ejemplo, el artículo 1228° del Código de Comercio de Colombia, el artículo 352° de la ley títulos y operaciones de crédito de México, los artículos 3° y 4°, de la ley de fideicomisos de Venezuela o el artículo 635° del código de comercio de Costa Rica.

Consideramos que, por las peculiares características de la institución, resulta necesario imponer ciertas formalidades para su constitución y, si tenemos en cuenta que la constitución de un fideicomiso implica, por lo general, que el fideicomitente disponga a título gratuito de bienes o derechos, nos parece apropiado imponer a dicho acto las mismas normalidades que establecen los artículos 1623° y siguientes del código civil para la donación, que es igualmente un acto de disposición a título gratuito de bienes.

Del mismo modo, no encontramos impedimento alguno, sino más bien ventajas en que, cuando recaiga sobre bienes o derechos registrados o registrables, la constitución

del fideicomiso pueda inscribirse en dicho registro, pues ello implica una mayor protección de los derechos de las partes de los terceros.

## **2.7. EL PATRIMONIO.**

### 2.7.1. CONFORMACIÓN

El fideicomiso supone la existencia de un patrimonio sobre el cual recae. Según reza la gran mayoría de legislaciones, aquel puede constituirse con todo tipo de bienes o derechos cuya transmisión este permitida por la ley.

En este sentido, Jorge Zepeda señala que pueden ser materia del fideicomiso unas acciones o solo el derecho de voto incorporado en ellas: un edificio que ha de ser enajenado por el fiduciario o la renta que se obtenga por el arrendamiento del inmueble; el conjunto de activos de una empresa fallida para que sean enajenados y con el producto de la venta hacer pago a los acreedores o el fundo industrial o mercantil de una empresa sujeta a suspensión de pagos para que el fiduciario la explote y logre su rehabilitación en la medida de lo posible. En cambio -nos dice el autor- los derechos



estrictamente personales no pueden ser fideicomitidos, como los derechos derivados de la calidad ciudadana, el derecho al nombre, etc... <sup>25</sup>

Estos bienes o derechos, según establece unánimemente la legislación comparada, constituyen un patrimonio: el patrimonio del fideicomiso o patrimonio fideicomitado.

Cabría hacer la precisión que, si tenemos en cuenta que un patrimonio, por definición, solo puede estar conformado por derechos y obligaciones, no son en realidad los bienes o derechos fideicomitados los que constituyen el patrimonio del fideicomiso, sino los derechos existentes sobre ellos. Nos explicamos: no es el inmueble en sí, por ejemplo, lo que conforma al patrimonio del fideicomiso, sino el derecho de propiedad existente sobre él.

Por ello consideramos que resulta más correcto decir que el patrimonio del fideicomiso está constituido por derechos patrimoniales, es decir, *"aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica"*. <sup>26</sup>

Esta precisión tiene un doble efecto; de una parte se deja de lado los derechos no patrimoniales, que son

intransferibles: y, de otro lado, permite entender mejor el rol del fiduciario, que es el sujeto activo de los derechos patrimoniales con los que se ha constituido el fideicomiso.

El patrimonio del fideicomiso, aun cuando eventualmente puede estar conformado solo por derechos patrimoniales, en generalidad de los casos el fiduciario puede transferir los bienes o derechos sobre los que estos recaen y adquirir otro u otros, siempre y cuando tal transferencia este orientada al cumplimiento del fideicomiso. Del mismo modo, podrá también asumir obligaciones en el cumplimiento del encargo, de las que responde el patrimonio fideicomitido.

Los bienes o derechos con los que se constituye el fideicomiso deben ser de libre disposiciones por el fideicomitente; en tal sentido, por ejemplo, el fideicomiso no puede afectar la legitima de los herederos forzosos del fideicomitente. La única excepción conocida a esta regla la presenta la ley de fideicomisos venezolana, cuyos artículos 11º y 12º establecen que por testamento se puede constituir un fideicomiso sobre la legítima de incapaces, en cuyo caso, no obstante lo que se dispone en el acto constitutivo, el fiduciario debe pagar al beneficiario las rentas de los bienes fideicomitados por lo menos semestralmente.

### 2.7.2. SEPARACIÓN

El patrimonio fideicomitido queda afectado exclusivamente a la realización del fin del fideicomiso constituyéndose en un patrimonio separado.

Esta característica del patrimonio fideicomitido es consagrado por todas las legislaciones. Por ejemplo, el artículo 634° del código de comercio de Costa Rica establece: *"Los bienes fideicomitados constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso"*, el artículo 1227° del código de comercio de Colombia dispone: *"Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida"*, el artículo 351° de la ley de títulos y operaciones de crédito de México: *"Los bienes que se dan en fideicomiso (...) solo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin (fin del fideicomiso) se refieren"*, y el artículo 2° de la ley de fideicomisos de Venezuela: *"Los bienes transferidos y los que sustituyan a estos no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario. Salvo que la ley disponga otra cosa, este solo estará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su*

*realización, y podrá oponerla a toda medida preventiva o de ejecución dictadas a solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no deriven del fideicomiso o de su realización".*

La separación del patrimonio fideicomitado significa que dicho patrimonio se desprende del patrimonio del fideicomitente pero no se integra a los del fiduciario o del fideicomisario, pues no puede ser destinado a una actividad no relacionada directamente con el fin perseguido el responde por obligaciones ajenas al fideicomiso.

No obstante, debe entenderse claramente que tal separación no significa ni implica carencia de titular; el titular del patrimonio fideicomitado es el fiduciario, pero lo que sucede es que los derechos y obligaciones que conforman dicho patrimonio están separados de los derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del fiduciario, es decir que, ni el patrimonio del fiduciario responde por las obligaciones que él pueda haber contraído en cumplimiento del fideicomiso, ni el patrimonio fideicomitado responde por las obligaciones comunes del fiduciario.

El patrimonio separado no es algo extraño a nuestro derecho; en efecto, Albaladejo nos dice que "en ciertos

*casos y para fines especiales (que, respecto a determinados bienes se consideran preferentes sobre los generales a cuya satisfacción sirve el patrimonio personal normal) la ley establece que, de la totalidad de las relaciones que forman el patrimonio de una persona, se separe un grupo, constituyendo con él lo que se denomina un patrimonio separado, que queda aislado del resto".<sup>27</sup>*

En la doctrina italiana. Messineo afirma que, por regla general, el patrimonio de una persona es uno solo, lo que responde al principio según el cual todos los bienes de una persona responden por sus deudas, pues si esa persona pudiese libremente dividir su patrimonio podría fácilmente burlar a sus acreedores; sin embargo nos dice el autor- hay casos en que la ley permite la existencia de patrimonios separados, es decir, que sin dejar de pertenecer a la misma persona, dos o más masas de bienes existan separadamente, <sup>28</sup>

De acuerdo con Messineo, los casos de patrimonio separados pueden clasificarse en dos categorías: aquellos que tienen una función conservativa y aquellos que tienen función de garantía. Los primeros son los que tienen la función de atribuir o reservar ciertos bienes a un determinado destino exclusivo, de tal forma que quede excluido el destino a otra finalidad, aun cuando

no pueda alcanzarse la propia. Los segundos tienen la función de reservar a un acreedor un determinado núcleo de bienes; cuando la separación del patrimonio es perfecta, este acreedor no puede afectar los bienes no reservados y, a la inversa, los acreedores ordinarios no pueden afectar los bienes reservados; en cambio, cuando tal separación es imperfecta, dicho acreedor puede satisfacerse con los bienes no reservados cuando el bien reservado no bastase para satisfacer su crédito y los acreedores comunes podrá satisfacerse subsidiariamente con, los bienes reservados siempre y cuando hubiese sido primero satisfecho el acreedor en favor del cual se estableció la reserva. <sup>29</sup>

Considerando lo expuesto, podemos señalar que, por ejemplo, en el derecho peruano el patrimonio familiar es un patrimonio separado con función conservativa, mientras que la prenda o la hipoteca son casos de patrimonio separados con función de garantía.

En el fideicomiso se presenta una suerte de mixtura de ambas funciones, pues se presenta la función conservativa en tanto debe ser destinado exclusivamente al fin para el cual se constituyó el fideicomiso, pero además está presente un función de garantía con separación perfecta, pues dicho patrimonio está reservado para los acreedores del fiduciario por

las obligaciones que adquiere en cumplimiento del fideicomiso y ni ellos pueden afectar el resto del patrimonio del fiduciario, ni los demás acreedores pueden afectar el patrimonio fideicomitado.

## 2.8. EL FIN

Zepeda sostiene, con razón en nuestra opinión, que el fin del fideicomiso es la realización de una operación subyacente.<sup>30</sup> Esta operación subyacente puede coincidir con alguna de las figuras jurídicas establecidas por el derecho, como sucede por ejemplo cuando se constituye un fideicomiso de garantía en vez de una prenda o hipoteca, pero por lo general tal coincidencia no se presente o la utilización de las figuras jurídicas tradicionales complicaría enormemente la realización de la operación.

Este fin debe ser lícito y estar determinado en la constitución del fideicomiso, de lo contrario esta resulta nulo. La licitud del fin debe necesariamente referirse a la operación subyacente; en este sentido, por ejemplo, es nulo el fideicomiso constituido para que, luego de cierto tiempo, el fiduciario transfiera la propiedad de un bien a quien al momento de constituirse el fideicomiso estaba impedido de

adquirirla; o para evadir el pago de impuestos o para sustraer bienes de los acreedores del fideicomitente.

Nada impide que el fideicomitente pueda establecer fines alternativos o consecutivos, de tal modo que, en caso que resultara imposible el cumplimiento del fin originalmente señalado o habiéndose cumplido este, el fideicomiso subsista con una nueva finalidad.

## **2.7. LAS PARTES**

El fideicomiso es una situación jurídica bastante completa, en la que se entrecruzan una serie de relaciones jurídicas que vinculan a las partes que intervienen en el. Los derechos y obligaciones que componen esta situación jurídica se dividen en tres grupos, los que corresponden a quien lo administra y ejecuta y los que corresponden a quien se beneficia del fideicomiso. Al sujeto de cada uno de estos haces de derechos y obligaciones se le denomina, respectivamente, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, siguiendo la denominación que en el derecho romano se daba a las partes en el fideicomiso.

Detrás de cada una de estas partes pueden haber varias



personas o solo dos, pues se admite no solo la pluralidad en cada una de ellas sino también que una sola persona pueda ser, a la vez, fideicomitente y fiduciario o fideicomitente y fideicomisario, no admitiéndose únicamente la posibilidad de que quien administra y ejecuta el fideicomiso sea a la vez quien se beneficia con este.

#### 2.9.1. FIDEICOMITENTE

El fideicomitente es el que constituye el fideicomiso fijado generalmente sus términos y proporcionando el patrimonio y debe tener la facultad de disponer de los bienes o derechos con los que constituye el fideicomiso.

##### 2.9.1.1. Capacidad

Respecto de la capacidad del fideicomitente el único requisito es que sea capaz de transferir los derechos con los que constituye el fideicomiso.

A modo de ejemplo cabe citar el artículo 349° de la ley general de títulos y operaciones de crédito de México que establece que *"solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica a las autoridades judiciales o*

*administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen".*

#### 2.9.1.2. Pluralidad de fideicomitentes.

Existen dos vías para conformar una pluralidad de fideicomitentes; la primera es cuando dos o más personas constituyen un mismo fideicomiso, proporcionando cada uno una parte del patrimonio; la segunda, cuando el fideicomitente, al fijar los términos del fideicomiso, admite expresamente la posibilidad de que otras personas, con posterioridad a la constitución del mismo, puedan incrementar su patrimonio.

La legislación en general no establece reglas en torno a las relaciones entre los fideicomitentes o entre el fiduciario y una pluralidad de fideicomitentes. Ciñéndonos a las normas de nuestro Código Civil, los fideicomitentes deben ser considerados como acreedores de una obligación indivisible, pues la prestación a cargo del fiduciario - administración del fideicomisario resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial (artículo 1176°)

#### 2.9.1.3. Obligaciones

Aun cuando la legislación no se ha ocupado de este punto, debe entenderse que, salvo disposición distinta, la única obligación a cargo del fideicomitente es la de perfeccionar la transmisión de los derechos sobre los que ha constituido el fideicomiso.

#### 2.9.1.4. Derechos

Respecto de los derechos del fideicomitente puede observarse una tendencia en la legislación. Ni ley 8 de Panamá, que recogió el Proyecto Alfaro, ni la ley de títulos y operaciones de Crédito de México, contienen ninguna norma alguna al respecto; sin embargo, el código de comercio de Colombia, más moderno que las anteriores, establece en su artículo 1236° que son derechos del fiduciante (fideicomitente):

- 1°. Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitados;
- 2°. Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar;
- 3°. Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario (sic), si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución;
- 4°. Exigir la rendición de cuentas;
- 5°. Ejercer la acción de responsabilidad contra el

fiduciario, y

6°. En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatible con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución.

Mientras que el artículo 12° del Anteproyecto de ley uniforme de Fideicomiso elaborado por la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de desarrollo, referido a las facultades del fideicomitente, contiene catorce incisos, de los que cabría agregar a los señalados por la legislación colombiana los siguientes:

7°. Incrementar o aprobar el incremento por un tercero del patrimonio fideicomitado, incluyendo la ampliación del objeto y la finalidad del fideicomiso; y

8°. Designar al sustituto del beneficiario del fideicomiso.

Como puede verse, la tendencia es a conferir derechos expresos al fideicomitente, principalmente aquellos que le permiten fiscalizar la actividad del fiduciario, en el entendimiento que aquel puede tener tanto interés como el fideicomisario en el cumplimiento fiel del fideicomiso.

## 2.9.2. FIDUCIARIO

El fiduciario es el titular del patrimonio fideicomitido, quien se encuentra obligado a administrarlo para la consecución del fin y de acuerdo a las instrucciones dejadas por el fideicomitente al constituir el fideicomiso.

### 2.9.2.1. Capacidad

Como regla general respecto de la capacidad que requiere el fiduciario podemos señalar que este debe ser capaz de obligarse válidamente y de ejecutar todos los actos requeridos para la buena administración del fideicomiso

Sin embargo, como ya señalaremos al tratar las características del fideicomiso, la mayoría de las legislaciones establecen un requisito adicional respecto de la capacidad del fiduciario, y es que este debe ser obligatoriamente una institución financiera debidamente autorizada para ejercer tal función.

### 2.9.2.2. Designación y Aceptación.

En principio, la designación del fiduciario la efectúa el fideicomitente y aquel debe aceptar el encargo. Sin embargo, ni la falta de designación de fiduciario ni la no aceptación del designado, si es que el

fideicomitente no designo fiduciarios sustitutos, invalida la constitución del fideicomiso. Cuando eso sucede el fideicomiso no surte efectos en tanto se designa un fiduciario o un sustituto, según sea el caso, y este manifiesta su aceptación.

Existen tres posiciones respecto al procedimiento que debe seguirse en el caso referido. Algunos países siguen el ejemplo de la ley de títulos y operaciones de Crédito mexicana que señala, en su artículo 350°, que la designación la efectúa el fideicomisario o en su defecto el juez; otros, el del artículo 13° de la ley de fideicomisos de Venezuela que establece que la designación la hace el juez a solicitud de cualquier beneficiario; por último, en Costa Rica, el artículo 638° del código de comercio confiere al fideicomitente la facultad de designar al fiduciario y, a falta de este, al juez a instancia de parte interesada.

No consideramos prudente conferir la facultad para designar fiduciario al fideicomisario, puesto que este probablemente designara a quien más vaya a favorecer a sus intereses, lo que no necesariamente es la finalidad de todo fideicomiso. Creemos que la posición asumida por la legislación costarricense es la más adecuada, puesto que es al fideicomitente a quien originariamente pertenece este derecho y, en caso que este no pudiera

efectuar la designación, la intervención imparcial del juez resulta lo más conveniente.

#### 2.9.2.3. Pluralidad de fiduciarios

No existe unanimidad en la legislación respecto de la posibilidad de que el fideicomitente designe más de un fiduciario. La ley de fideicomisos venezolana, por ejemplo, admite que se pueda designar sustitutos para el caso en que el fiduciario originalmente designado no acepte o cese en sus funciones, pero sólo permite la presencia de un fiduciario en el ejercicio del cargo (artículo 13°); el código de comercio de Costa Rica, en cambio, señala en su artículo 639°: *"el fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse"*.

No conocemos el fundamento de la disposición de la ley venezolana. Sin embargo, no encontramos razón alguna por la que deba prohibirse la existencia de fiduciarios conjuntos lo que, por el contrario, puede resultar beneficioso para el fideicomiso al contar con más de una persona dedicada a su administración.

Respecto de la actuación de los fiduciarios conjuntos, nos parece lo más conveniente citar las disposiciones que al respecto contiene el código de Comercio de Costa

Rica:

*"Artículo 640°.- Salvo que lo contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designe dos fiduciarios, estos deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaran tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar".*

*"Artículo 641°.- Cuando sean varios los fiduciarios, el que disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, solo será responsable de la ejecución llevada cabo por sus cofiduciarios en los siguientes casos:*

- a) Si delega indebidamente sus funciones;*
- b) Si aprueba, consiente o encubre una infracción al fideicomiso; y*
- c) Si con culpa o negligencia graves omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás".*

Consideramos que, en caso de que se designe fiduciarios conjunto, estos deben responder solidariamente de la correcta administración del fideicomiso puesto que, al estar obligados a actuar conjuntamente, debemos



entender que todos deben estar enterados de la actuación de sus fiduciarios, por lo no cabría la posibilidad de una violación del fideicomiso sin la complicidad o el encubrimiento de los demás. Esta solidaridad, que según el artículo 1183° de nuestro Código Civil solo surge de la ley o del título de la obligación, debería, en nuestra opinión, estar expresamente establecida en la legislación dejando a salvo, claro está, la posibilidad de que el fideicomitente dispusiera de un modo distinto.

No concordamos con la norma de la ley costarricense en el sentido que baste disentir de la mayoría o no haber participado en la resolución para eximir de responsabilidad al cofiduciario. El disentir de una mayoría que pretende violar el fideicomiso son efectuar acto alguno orientado a evitar o tratar de evitar la violación del fideicomiso implica, en el mejor de los casos, una falta de la debida diligencia; del mismo modo, el sólo hecho de no haber participado en la resolución no significa que el cofiduciario no hubiese tenido conocimiento de esta.

En nuestra opinión, las reglas sobre la responsabilidad de los fiduciarios deben ser bastante estrictas en vista de la importante función que desempeña la confianza depositada en ellos en toda la estructura del

fideicomiso. Por ello consideramos que solo debe exceptuarse de tal responsabilidad al fiduciario que pese al desempeño diligente de su función, ignoraba del acto violatorio o que, de haberlo conocido, no pudo hacer nada para impedirlo.

#### 2.9.2.4. Facultades

El fiduciario tiene todas las facultades necesarias para la consecución del fin del fideicomiso, salvo que el fideicomitente hubiese prohibido, al constituir el fideicomiso, el ejercicio de alguna o algunas en especial. Este es un principio general que recojan prácticamente todas las legislaciones sobre fideicomiso, esto es que el fiduciario tiene todas las facultades sobre los bienes y los derechos fideicomitados, salvo prohibición expresa. Sin embargo, en algunas legislaciones como la costarricense se requiere que el fideicomitente autorice expresamente al fiduciario a enajenarlos o gravarlos.

Dichas facultades, además, deben ser ejercidas de acuerdo a las instrucciones que hubiese dejado el fideicomitente, si así lo hubiera hecho. En este sentido, por ejemplo, el fideicomitente puede establecer que la venta de algún bien solo puede efectuarse en determinadas condiciones, o prohibir su arrendamiento a determinada persona, por ejemplo.

Si el fideicomitente no señal las facultades del fiduciario, se entiende que este puede ejercer todas las que sean necesarias para la ejecución del fideicomiso; asimismo, el fiduciario puede apartarse de las instrucciones del fideicomitente si fuese necesario para evitar un perjuicio o para un mejor cumplimiento del encargo. En ambos casos el fiduciario deberá recurrir al juez par que le señale expresamente sus facultades o para que le señale expresamente sus facultades o para que autorice su apartamiento de las instrucciones originales.

#### 2.9.2.5. Obligaciones

La obligación principal del fiduciario es la de ejecutar todos los actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso de acuerdo a las instrucciones dejadas por el fideicomitente.

Además, el fiduciario tiene las siguientes obligaciones:

- a. Separación del patrimonio. Como el patrimonio del fideicomiso solo debe responder de las obligaciones asumida por el fiduciario en cumplimiento del fideicomiso, este debe mantenerlo separado de sus propios bienes, a fin de evitar que se confundan y puedan ser embargados por sus acreedores. Por extensión, el fiduciarios debe mantener separado

el patrimonio del fideicomiso del de  
otros

fideicomisos que tenga a su cargo.

- b. Diligencia. El fiduciario debe empeñar su función con el cuidado y diligencia de un "buen padre de familia", "buen comerciante" o "administrador diligente", dependiendo de la legislación a la que nos estemos refiriendo. Concordando esto con nuestro Código Civil, podemos decir que el fiduciario está obligado a desempeñar su función con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Como consecuencia de ello podemos señalar que el fiduciario es responsable hasta de la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones.
  
- c. Conservación del patrimonio. Esta obligación se refiere tanto a la conservación física de los bienes, como a la defensa legal del patrimonio del fideicomiso. En este sentido el fiduciario debe oponerse a toda acción que se promueva contra dicho patrimonio, así como adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar o hacer efectivos los créditos que forman parte de dicho patrimonio.
  
- d. Productividad. El fiduciario debe procurar el mayor

rendimiento del patrimonio fideicomitado y, salvo disposición en contrario, está impedido de disponer de aquel a título gratuito.

En este aspecto el fiduciario debe seguir las instrucciones que le hubiese dado el fideicomitente; a falta de estas, el fiduciario debe invertir los fondos del fideicomiso en valores solidos que garanticen un rendimiento aceptable y, si efectúa préstamos, estos deben estar garantizados con primera hipoteca de un bien que cubra adecuadamente el monto del crédito.

A modo de ejemplo, podemos citar las normas contenidas en el reglamento de operaciones de Fideicomiso de Bolivia:

*"Artículo 15º".- Cuando no se hubiera estipulado específicamente en el fideicomiso la forma de inversión de los fondos líquidos y partidas resultantes de estas operaciones, el Banco (debe entenderse el fiduciario) colocar dichos fondos en:*

*a. Títulos u obligaciones del Estado boliviano, prefectu as y Municipalidades que devenguen interés y se coticen a la par o por encima de la par;*

- b. Letras hipotecarias productivas de interés, emitidas por Bancos o Secciones hipotecarias de Bancos establecidos en el país y que no hayan incurrido en mora por el pago del principal e intereses en dichas letras por un periodo de diez años:*
- c. En préstamos de primera hipoteca, sobre bienes raíces un monto que no exceda del 50% del valor de la propiedad hipotecada mediante avalúo pericial realizado por el Banco;*
- d. En bonos emitidos por sociedades anónimas con garantía de primera hipoteca sobre inmuebles ubicados en el territorio de la Republica, siempre que dichas sociedades no hubieran faltado al pago de los correspondientes intereses y amortizaciones del capital en los cinco años inmediatamente anteriores, y cuando el superintendente de Bancos apruebe en cada caso particular la inversión, verificando la solvencia de la sociedad que emita los bonos. En todos los casos de garantía hipotecaria, el Banco deberá exigir que un seguro cubra el inmueble adecuadamente.*

*"Artículo 17º".- Si la inversión de los fondos ha*

*de colocarse en operaciones de préstamos, queda prohibido al Banco aceptar garantías inferiores a las señaladas a continuación:*

- a. Para préstamos con garantía de primera hipoteca hasta el 50% del valor del inmueble, conforme a la evaluación de peritos designados por el banco;*
- b. Para préstamos con garantía de vehículos, hasta el 40% del valor comercial del vehículo, quedando el Banco obligado a exigir un seguro contra los riesgos a que pueda estar expuesto el vehículo, y a registrar el gravamen en las oficinas de tránsito;*
- c. Para préstamos con garantía prendaria, hasta el 33% del valor de la prenda según tasación pericial;*
- d. No se podrá conceder préstamos con garantía personal o a sola firma.*

En realidad, no creemos que sea necesario una regulación tan detallada como la boliviana, desde que el fiduciario está obligado a desempeñar su función diligentemente, lo que consideramos que incluye el invertir los fondos del fideicomiso con las seguridades educadas.

e. *Contabilidad.* En parte como consecuencia de su obligación de mantener separado el patrimonio del fideicomiso y en parte a fin de permitir determinar con exactitud y rapidez el estado de dicho patrimonio, el fiduciario está obligado a mantener una contabilidad separada para el fideicomiso.

f. *Rendición de cuentas.* A fin de permitir el control del fideicomitente y el fideicomisario sobre la gestión del fiduciario, este está obligado a rendir cuentas periódicamente a ambos.

g. *Pago de deudas.* En realidad, esta obligación puede considerarse como parte de la obligación de conservar el patrimonio que pesa sobre el fiduciario, pues este está obligado a pagar puntualmente todas las deudas que pesen sobre el patrimonio del fideicomiso, tanto las originadas por su gestión como aquellas impuestas por la ley.

Cabe agregar, además que en la mayoría de legislaciones el fiduciario está obligado a cumplir personalmente con sus obligaciones, mientras que aquellas como la mexicana, que admiten la delegación, solo la permiten respecto de funciones secundarias.



#### 2.9.2.6. Derechos

El fiduciario tiene los siguientes derechos:

- a. *Remuneración.* El cargo de fiduciario es remunerado salvo disposición expresa en contrario, si el monto de esta no es estipulado por el fideicomisario la gran mayoría de legislaciones señalan está en base a un porcentaje de la renta que produzca el patrimonio del fideicomiso que varía entre el 10 y el 4%. Sobre este punto consideramos que, en caso no se hubiese fijado una remuneración, debe dejarse al prudente arbitrio del Juez tal determinación, la misma que, en todo caso, debería efectuarse tomando como base el valor del patrimonio fideicomitado.

Nada obsta para que se estipule una remuneración fija o que esta sea pagada por el fideicomitente o por el fideicomisario, pero aun en esos casos el fiduciario tiene un derecho preferente a cobrar su remuneración sobre la renta del fideicomiso.

- b. *Instrucciones.* En todos los países el fiduciario, en caso de duda sobre el alcance de sus facultades o algún otro término del fideicomiso, puede solicitar instrucciones a fin de liberarse de responsabilidad. En la mayoría de países que establecen que el fiduciario debe ser

obligatoriamente un institución financiera, las instrucciones son solicitadas al organismo que ejerce su supervisión; otros en cambio, disponen que tales instrucciones deben ser solicitadas al juez competente para conocer los asuntos del fideicomiso.

No obstante, en la actualidad, principalmente en los fideicomisos concertados por instituciones financieras, se suele establecer un organismo llamado comité técnico, que supervisa la gestión del fiduciario y al que puede recurrir a solicitar instrucciones.

#### 2.9.2.7. Renuncia.

El fiduciario solo puede renunciar por causa justificada a criterio del juez. Al comentar esta disposición en su proyecto, Alfaro señalaba que el sentido de la norma era el de evitar que con renunciaciones injustificadas se infiera perjuicio al fideicomiso.<sup>31</sup>

En general las legislaciones particulares se limitan a recoger el enunciado antes expuesto, dejando en libertad al juez para determinar si la renuncia es justificada o no.

A modo de ilustración, podemos citar el anteproyecto de

Ley uniforme de fideicomiso elaborado por la asociación latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo, cuyo artículo 23° señala que el fiduciario puede renunciar al cargo por causas justificadas, tales como:

- a. Cuando los bienes fideicomitidos no rindan los frutos necesarios para cubrir los gastos que irroque su gestión.
- b. Cuando no perciba o no se le pague la remuneración acordada.
- c. Cuando el fideicomitente o el fiduciario le impidan cumplir con la consecución del fin del fideicomiso.
- d. Cuando el fideicomitente incumpla alguna de las obligaciones para con él expresamente pactadas.

A estas podríamos agregar otras tales como:

- e. Cuando se le hubiese concedido tal facultad en la constitución del fideicomiso.
- f. Cuando el fideicomitente prestase su consentimiento.

#### 2.9.2.8. Remoción.

La remoción del fiduciario es solicitada por el fideicomitente o el fideicomisario al Juez que conoce de los asuntos del fideicomiso y su trámite es sumario. La remoción surtida efectos desde que quede consentida la sentencia que la declara, pero quien solicita la

remoción puede pedir la designación de un administrador provisional en tanto concluya el procedimiento y eventualmente se designe un nuevo fiduciario.

En general, el fiduciario no puede ser removido de su cargo si no es por causa grave. La mayoría de legislaciones recogen este principio general, pero además se suele señalar situaciones que se consideran causas graves a fin de orientar el criterio del juez, éstas son:

- a. Si incumple sus obligaciones por dolo o culpa.
- b. Si tiene intereses incompatibles con los del fideicomisario.
- c. Si no rinde cuentas de su gestión.
- d. Por incapacidad o inhabilidad. Zepeda precisa en torno a esta última causal que la incapacidad debe ser sobreviniente, pues si fuera anterior a la aceptación del fiduciario esta sería nula y que la inhabilidad no está necesariamente referida sólo al manejo del fideicomiso, sino que puede referirse al manejo de otros negocios que demuestren igualmente su poca confiabilidad.<sup>32</sup>

#### 2.9.2.9. Fiduciario sustituto.

Aunque ya hemos tratado parcialmente este tema en los puntos referidos a la designación y aceptación del fiduciario y a la pluralidad de fiduciarios, hay un

aspecto que consideramos importante, pese a que es tratado en muy pocas legislaciones: la responsabilidad del fiduciario sustituto.

Como ya vimos, el sustituto es el que reemplaza al fiduciario al fiduciario originalmente designado, ya sea porque esta no acepto el cargo o porque renuncio o fue removido. El sustituto puede ser designado en la misma constitución del fideicomiso, pero si esto no fue así, la facultad para designarlo recae en el mismo fideicomitente o, a falta de este, en el juez a instancia de parte interesada (ver el punto 2.9.2.1 Designación y aceptación).

Respecto de la responsabilidad de este sustituto la legislación más antigua no contiene norma alguna; sin embargo, el artículo 22° de la ley de fideicomisos de Venezuela, que es de 1956. El menciona al sustituto señalando que este está obligado a hacer valer todas las acciones que se tuviese en contra del fiduciario que lo antecedió. No consideramos , empero, que una norma así sea necesario, por cuanto dicha obligación debe entenderse contenida dentro de las obligaciones de diligencia y de conservación del patrimonio que corresponden al fiduciario.

La ley costarricense en cambio, que data de 1967,

dedica un artículo completo a un aspecto nuevo y que consideramos muy importante: la responsabilidad del sustituto respecto de los actos de su predecesor. En efecto, el artículo 642° del código de comercio señala que este no es responsable de los actos de su predecesor salvo en los siguientes casos:

- a. Si ilícitamente el predecesor adquirió bienes que el sustituto, a sabiendas conserva;
- b. Si omite llevar a cabo las gestiones necesarias para constreñir al predecesor a que la entregue los bienes objeto del fideicomiso; y
- c. Si se abstiene de promover las diligencias conducentes para que su predecesor repare cualquier incumplimiento en que hubiere incurrido en su gestión.

Consideramos que una norma como la anterior se justifica ya que, aun cuando en principio el fiduciario sustituto no tiene por qué responder de los actos de su predecesor, en casos como los citados por la ley costarricense en realidad el sustituto se estaría convirtiendo en cómplice o encubridor de las faltas de su predecesor en perjuicio del fideicomiso.

### 2.9.3. FIDEICOMISARIO

El fideicomisario es quien se beneficia con la constitución del fideicomiso. Debe ser determinado en la constitución del fideicomiso, o por lo menos se deben dar las pautas para su determinación.

El beneficio que recibe el fideicomisario no es necesariamente una renta del patrimonio fideicomitado puede haberse constituido el fideicomiso, por ejemplo, para sufragar sus gastos de educación, e inclusive puede suceder que dicho beneficio no tenga relación alguna con la finalidad del fideicomiso, pues puede haberse constituido éste para una finalidad determinada, cumplida la cual el patrimonio remanente deba ser entregado al fideicomisario.

#### 2.9.3.1. Capacidad

Fideicomisario puede ser cualquier persona que tenga capacidad de goce de los beneficios que para ella se deriven del fideicomiso.

Así lo establece, por ejemplo, el artículo 348° de la Ley de Títulos u Operaciones de crédito de México: *"Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica"*.

A fin de evitar el fraude a la ley, algunas legislaciones, como la venezolana, establecen que no pueden ser fideicomisarios quienes no puedan adquirir los bienes o derechos que constituyen el patrimonio fideicomitado.

#### 2.9.3.2. Pluralidad de fideicomisarios

En general, se admite la posibilidad que se pueda designar fideicomisarios, conjunto o sucesivos. Como ya señalamos anteriormente, consideramos que la prestación a cargo del fiduciario -la administración del fideicomiso- es indivisible, por lo que cada uno de los fideicomisarios puede exigir al fiduciario el cumplimiento de su prestación. El problema se presenta cuando se establece en la constitución del fideicomiso que los fideicomisarios puedan o deban dar instrucciones al fiduciario respecto al patrimonio fideicomitado. Esto es resuelto, acertadamente en nuestra opinión, por el artículo 657° del código de comercio de Costa Rica, que establece:

*"Cuando deban ser consultados los fideicomisarios a quienes interese una decisión, y el acto constitutivo no disponga otra cosa, se procederá así:*

- a. Si tuvieran la misma clases de derechos, sus acuerdos se tomarán por mayoría de votos, computados por intereses, y en caso de empate decidirá el juez civil, siguiendo los trámites*



*establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria; y*

*b. Si fueren sucesivos o tuviesen diversas clases de derechos, en caso de que hubieren opiniones discrepantes resolverá el juez civil. En todo caso el fiduciario tomará las medidas urgentes que exija el inmediato interés del fideicomiso."*

La posibilidad de designar fideicomisarios sucesivos no es aceptada unánimemente, las legislaciones que lo permiten como la venezolana, la costarricense o la mexicana establecen que, en caso, todos los sustitutos deben estar vivos o concebidos al momento de la muerte del fideicomitente, disposición que consideramos acertada pues, de lo contrario, podríamos ver resurgir vía el fideicomiso las antiguas vinculaciones.

#### 2.9.3.3. Obligaciones

Por regla general el fideicomisario es sólo beneficiario, por lo que no tiene obligaciones que cumplir. Sin embargo, nada impide que se establezcan obligaciones a su cargo, cuyo cumplimiento condicione su derecho a recibir los beneficios derivados del fideicomiso.

#### 2.9.3.4. Derechos

A diferencia de los que sucede en el trust, en el que el settlor puede limitar a voluntad los derechos del beneficiario, el fideicomisario tiene derechos de los que no puede ser privado por el fideicomitente, pues se consideran inherentes a su calidad de beneficiario.

- a. *Cumplimiento del fideicomiso.* El fideicomisario puede exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento.
  
- b. *Acción de ineficacia.* El fideicomisario puede atacar la eficacia de los actos realizados por el fiduciario en violación del fideicomiso. Como vimos al tratar las características del fideicomiso, esta es un acción similar a la pauliana que le permite reintegrar al patrimonio del fideicomiso los derechos que el fiduciario hubiese enajenado en violación del encargo de los terceros adquirentes a título gratuito o a título oneroso cuando hubiesen conocido de la existencia del fideicomiso.
  
- c. *Protección de los bienes.* En caso que el fiduciario no lo hiciese, e independientemente de exigir su responsabilidad o remoción, el fideicomisario puede atacar toda clase de medida preventiva o de

ejecución contra el patrimonio fideicomitido por obligaciones no derivadas del fideicomiso.

- d. *Rendición de cuentas.* Al igual que el fideicomitente, el fideicomisario puede exigir al fiduciario la rendición de cuentas como medio para hacer efectivo su derecho a fiscalizar su gestión.
- e. *Remoción del fiduciario.* El fideicomisario tiene derecho a exigir la remoción del fiduciario cuando existiese causa justificada para ello.
- f. *Renuncia.* El fideicomisario tiene en todo momento derecho a renunciar a los beneficios que para él se deriven del fideicomiso, lo que constituye causal de terminación del mismo salvo que el fideicomitente hubiese designado fideicomisarios sucesivos o conjuntos, en cuyo caso la renuncia de uno de los beneficiarios no afecta los derechos de los demás.
- g. *Transmisión de derechos.* Salvo que el fideicomitente disponga lo contrario o que el fideicomiso se hubiese constituido únicamente para beneficiar a una persona determinada, el fideicomisario puede ceder sus derechos en el fideicomiso. En todo caso, se acepta que los acreedores del fideicomisario puedan embargar las rentas que le toque percibir

del fideicomiso.

Adicionalmente, si el fideicomiso es por un plazo determinado y los beneficios del fideicomiso son de aquellos que no se extinguen con la muerte, en caso de fallecimiento del fideicomisario sus derechos se transmiten a sus herederos hasta la terminación del fideicomiso.

## **2.10. TERMINACIÓN**

### 2.10.1. CAUSALES

Todas las legislaciones recogen, con pocas variables, las mismas causales de terminación del fideicomiso; estas son:

- a. Por la realización del fin para el que fue constituido o pro hacerse esta imposible.
- b. Por el vencimiento del plazo pro el que fue constituido. A este respecto todas las legislaciones establecen plazos máximos para los fideicomisos, variando estos entre 20 y 30 años, cuando el fideicomisario es persona jurídica; cuando es persona natural, en cambio, el fideicomiso puede constituirse por la visa del beneficiario, pero con la condición que éste esté

vivo o concebido al momento de la muerte de fideicomitente. En cambio se permite la constitución de fideicomisos sin plazo cuando la finalidad es de interés social.

- c. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la que está sometido.
- d. Por revocación del fideicomitente, cuando este se hubiese reservado tal derecho.
- e. Por convenio entre el fideicomitente y el fideicomisario.
- f. Por renuncia del fideicomisario a los beneficios del fideicomiso, si esta era la única finalidad del fideicomiso.
- g. Por falta de fiduciario, cuando resulta imposible sustituirlo.

#### 2.10.2. RESTITUCIÓN DEL PATRIMONIO

Cuando termina el fideicomiso, el fiduciario debe entregar el patrimonio fideicomitado a quien hubiese designado el fideicomitente en la constitución, y en su defecto al mismo fideicomitente o sus herederos.

Así lo establecen, por ejemplo, el artículo 358° de la Ley de títulos y operaciones de crédito de México: *"Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán*

*devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos"; el artículo 27° de la Ley de fideicomisos venezolana: "Terminado el fideicomiso y satisfechas las obligaciones pendientes, el fiduciario queda obligado a transferir los bienes fideicomitados a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la Ley y rendirle cuentas de su gestión"; el artículo 1242° del código de comercio de Colombia: "Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitados pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos"; o el artículo 660° del código de comercio de Costa Rica: "si en el acto constitutivo del fideicomiso se señalarse a quien, una vez extinguido aquél, deben trasladarse los bienes, así se hará. Si no se dijere nada. Serán devueltos al fideicomitente, y si este hubiese fallecido, la entrega será hecha a su sucesión".*

Al comentar el artículo referido a la restitución del patrimonio de su proyecto (artículo 38°), Alfaro señalaba que al terminar el fideicomiso lo natural era que los bienes vuelvan al dominio del fideicomitente o se entregara a quien esté hubiese señalado, y no que el fiduciario se quede con ellos, porque si así fuera, este último se convertiría en fideicomisario sin

haberlo dispuesto el constituyente.<sup>33</sup>

Debemos considerar que la transformación al fiduciario de los derechos con los que se constituye el fideicomiso no es un fin en sí misma, sino sólo un medio para conseguir el fin del fideicomiso, por lo que una vez alcanzado dicho fin, o habiéndose vuelto imposible su consecución, ya no es necesario que el patrimonio del fideicomiso siga perteneciendo al fiduciario y debe reincorporarse al patrimonio del fideicomitente, salvo que este hubiese dispuesto de él, ordenando su entrega a otra persona.

#### **10.11. DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.**

Hemos preferido dejar este punto para el final pues consideramos que para trazar las diferencias entre el fideicomiso y otras figuras jurídicas era necesario haber revisado el fideicomiso en todos sus aspectos.

Por otra parte, una visión de contraste es siempre conveniente para delimitar una figura jurídica.

##### **10.11.1. CON EL MANDATO**

Las diferencias entre el mandato y el fideicomiso son notorias: el mandatario actúa, si no en nombre, por lo

menos por cuenta y en interés de su mandato, mientras que el fiduciario actúa en nombre propio, por cuenta del fideicomiso y en interés inmediato del fideicomiso mismo y mediato del o los fideicomisarios; el mandatario carece de título sobre el patrimonio del mandante, aun cuando este facultada para disponer de él, en contraste con la situación del fiduciario que es titular del patrimonio del fideicomiso; en el mismo sentido, el mandante, por el hecho de celebrar un mandato, no pierde la titularidad de su patrimonio, mientras que al constituirse el fideicomiso el patrimonio sobre el cual éste va a recaer se separa del patrimonio del fideicomitente.

La diferencia es aún más clara cuando se trata de un mandato con representación pues en ese caso el mandatario, al actuar en cumplimiento de su encargo, obliga al mandante, mientras que la actividad del fiduciario no origina tal consecuencia ni respecto del fideicomitente ni respecto del fideicomisario.

De otra parte, las diversas obligaciones legales impuestas a los propietarios de los bienes recaen en el mandante, no en el mandatario, las mismas que se imponen al fiduciario, no al fideicomitente ni al fideicomisario.



Por último, la relación emanada del mandato termina por la muerte de cualquiera de las partes, salvo en el caso del mandato vinculado a un derecho a que se refiere el artículo 1803<sup>a</sup> del Código Civil, mientras que el fideicomiso no se extinguen por la muerte de ninguna de sus partes, salvo que así se hubiese dispuesto en su Constitución.

#### 10.11.2 CON EL DEPÓSITO

Por el depósito se confiere al depositario únicamente la guarda material de un bien, mientras que si se trata de un fideicomiso el fiduciario adquiere la titularidad de dicho bien; por ello, el fiduciario puede enajenar el bien que se le ha dado en fideicomiso, mientras que el depositario está impedido de ello.

#### 10.11.3 CON LOS GRAVÁMENES A LA PROPIEDAD

Los gravámenes a la propiedad son mecanismos establecidos por nuestro derecho para asegurar que determinados bienes se destiene preferentemente al pago de determinadas obligaciones. Esta definición común tanto a la hipoteca como a la prenda, basta para señalar las diferencias esenciales entre ellas y el fideicomiso.

En primer lugar, el obligado no pierde la propiedad de los bienes gravados; éstos continúan en su patrimonio y pueden ser objeto, simultánea o sucesivamente, de distintos gravámenes establecidos para garantizar las más diversas obligaciones. En cambio, en el fideísmo, los bienes afectados dejan de formar parte del patrimonio del constituyente, por tanto el fideicomitente no podrá ya imponer sobre esos bienes ningún gravamen o constituir otro fideicomiso, al menos mientras subsista el fideicomiso original.

En segundo lugar, la prenda o hipoteca no existe ninguna relación directa entre el bien gravado y la obligación que garantiza. La obligación puede ser pagada con bienes muy diferentes a aquellos sobre los que se constituyó el gravamen. De aquí que el gravamen siempre se accesorio a un contrato principal. En cambio es esencial en el fideicomiso la relación material directa entre su patrimonio y el fin a que se destinan; el fin ha de realizarse precisamente con los frutos o producto de dicho patrimonio o con este mismo.

En tercer lugar, si el patrimonio fideicomitado perece, la institución deja de existir, mientras que si los bienes gravados se extinguen la obligación subsiste a cargo del deudor.

Se podría objetar que puede constituirse un fideicomiso de garantía, en cuyo caso la institución es accesoria respecto de la obligación cuya satisfacción es su fin; esto sin embargo no hace desaparecer las diferencias entre fideicomiso y gravamen, pues al gravamen le es esencial su carácter de accesorio, mientras que el fideicomiso no lo es considerado en sí mismo.

#### 10.11.4 CON LA FUNDACION

La fundación es, en nuestra opinión, una institución bastante análoga al fideicomiso; ambas se sustentan en una afectación de bienes a un destino exclusivo. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre ambos: la constitución de una fundación crea una persona jurídica a la que se transfiere la titularidad del patrimonio que se afecta, lo que no sucede en el fideicomiso.

Podría objetarse quizá que, salvo por la constitución de una persona jurídica la estructura de la fundación y la del fideicomiso son muy similares, empero en la fundación el patrimonio afectado se destina exclusivamente a fines de interés social, nunca en interés de personas determinadas como si puede suceder con el fideicomiso; por ello consideramos que, en realidad, el fideicomiso puede cumplir las mismas

finalidades que la fundación, pero esta no puede reemplazar a aquel.

#### 10.11.5 CON EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Aun cuando el fideicomiso puede tener como finalidad beneficiar a una persona distinta del constituyente, como ya hemos visto anteriormente la constitución de un fideicomiso es un acto unilateral, a diferencia del contrato a favor de tercero que, como su propio nombre lo indica, es un contrato, acto bilateral.

Además, aunque es una diferencia de orden menor, mientras que en el contrato a favor de tercero se requiere la aceptación del beneficiario, en el fideicomiso ésta no es necesaria, sino que el fideicomisario puede renunciar a los beneficios que para él se deriven del fideicomiso.

## NOTAS

1. ALFARO, Ricardo. *El Fideicomiso; Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho ingles* Panamá: Imprenta Nacional, 1920 p. 50
2. GLASSON, Ernest, *Historie du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre Comparés au Droit et aux Institutions de la France depuis leus origine jusq'a nous jours*. París: A. Durant et Perdone- Lauriel, Successeur, 1882. Citado por: BATIZA, Rodolfo. *El fideicomiso*. 2ª. edición. México D.F.: Editorial Libros de México S.A., 1973. p. 103.
3. Ver: VELASQUEZ de la Cadena, Mariano. *Nuevo Diccionario de pronunciación de las lenguas inglesa y española*. New Jersey: Prentice-Hall, Inc. 1967. Vol. I, p.319 y Vol II, p. 690. CUYAS, Arturo. *Nuevo Diccionario Cuyas Inglés-Español y Español-Inglés de Appelton*. 5a. edición. U.S.A.: Grolier, Inc. Parte I, p.516 y Parte II, p. 259. ROBB, Louis A.. *Diccionario de Términos Legales Español-Inglés e Inglés-Español*. México: Editorial LIMUSA, 1982. pp. 57 Y 221.
4. Citado por: SANCHEZ MEDAL, *Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano*. En: *Revista de las Investigaciones Jurídicas*. México, Año 4, N° 4, 1980. p. 81.
5. BATIZA, Rodolfo. ob. cit. p. 101.
6. ALFARO, Ricardo. ob. cit.
7. id. ob. cit. p. 47
8. Desgraciadamente no hemos tenido acceso directo a la obra de Lepaulle; la exposición de su teoría la hacemos en base a lo reseñado principalmente por BATIZA. ob. cit.; RODRIGUEZ Azuero. ob. cit.; y

- URIBE Michel, José. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis. México D.F., 1948.
9. BATIZA. ob. cit. p. 79
  10. URIBE Michel, José. ob. cit. p. 47.
  11. ALBADALEJO, Manuel. *Curso de derecho Civil Español común y foral*. Barcelona: Librería Bosch, 1977. Tomo I, p. 317.
  12. MOSSET Iturraspe, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y difuciararios*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, Ediora, Comercial, Industrial y Financiera, 1975. Tomo II, pp. 214 - 215.
  13. Citado por: MOSSET Iturraspe. ob. cit., Tomo II, pp. 219- 220.
  14. Citado por: MOSSET. ob. cit., Tomo II, pp. 221- 222.
  15. MOSSET. ob. cit., Tomo II, pp 224 y ss.
  16. RODRIGUEZ Azuero. ob. cit. p. 617.
  17. BATIZA. ob. cit. p. 81
  18. RODRIGUEZ A.. ob. cit., loc. cit.
  19. GARRIGUES Diaz-Cañabate, Joaquín. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978. pp. 78-79.
  20. DE LA PUENTE y Lavalle, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. Lima: Cultura Cuzco S.A., 1983. p. 216.
  21. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. 15a. Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1982. Tomo V, p. 196.
  22. URIBE Michel. ob. cit. p.56.
  23. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 2a. edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1983. Vol. I, p. 64
  24. RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. *Derecho Bancario*. 5a. edición. México: Editorial Porrúa S.A., 1978. p. 33. BAUCHE Garciadiego, Mario. *Operaciones Bancarias*. 4a. edición. México: Editorial Porrúa S.A., 1981. P. 354.
  25. ZEPEDA, Jorge Antonio. ob. cit. pp. 28-29.
  26. DIEZ- PICAZO, Luis. ob. cit. Vol. I, p. 55.
  27. ALBADALEJO, Manuel. ob. cit. Tomo I, p.316.
  28. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971. Tomo II, p. 262.
  29. MESSINEO, Francesco. ob. cit. Tomo II, p. 263.
  30. ZEPEDA. ob. cit. pp. 23- 24.
  31. ALFARO. ob. cit. p.71.
  32. ZEPEDA. ob. cit. p.49.
  33. ALFARO. ob. cit. pp.82- 83.

### **CAPITULO 3**

### **EL FIDEICOMISO EN**

### **LATINOAMERICA**

Un hecho que puede ser bastante interés para los filósofos del derecho es la peculiar evolución que ha tenido el fideicomiso en los países americanos. Mientras el fideicomiso romano era una institución exclusivamente del derecho sucesorio y el trust es una institución básicamente de derecho privado, el nuevo fideicomiso se ha desarrollado principalmente, como veremos el presente capítulo, como una operación bancaria utilizada para la asignación de recursos a áreas específicas de la economía de un país, lo que demuestra que no se produjo una mera recepción de una institución ajena a nuestro derecho, sino que esa institución ha sido adaptada a nuestras propias necesidades.

Antes de pasar a revisar cómo ha sido utilizado el fideicomiso en otros países latinoamericanos y que resultados ha tenido dicha utilización, debemos resaltar dos aspectos muy importantes por la influencia que han tenido en la práctica del fideicomiso. En primer lugar, como ya hemos señalado en el capítulo anterior, el fideicomiso, tal como ha sido recogido en las legislaciones latinoamericanas, es una operación netamente bancario, pues una de sus partes -el fiduciario - debe ser necesariamente una institución financiera autorizada expresamente para ello por el Estado.

En segundo lugar, no obstante haber estado recogido legislativamente aproximadamente desde la década de los 30 en gran número de países, en realidad la práctica del fideicomiso en todos ellos, salvo en México donde si tuvo un uso bastante difundido, ha sido prácticamente nula hasta la década pasada, en que se despertó un nuevo interés por este mecanismo.

### **3.1. PRINCIPALES OPERACIONES DE FIDEICOMISO**

Veamos ahora cuáles son los principales negocios fiduciarios desarrollados en los últimos años y cuáles son sus ventajas y posibilidades.



### 3.1.1. DE INVERSIÓN

En el fideicomiso de inversión el fideicomitente encarga al fiduciario que invierta el patrimonio del fideicomiso en negocios que reúna ciertas características preestablecidas y para que los productos o rendimientos de esas inversiones sean entregadas al fideicomisario.

Generalmente este tipo de fideicomisos se constituye sobre una suma de dinero, pero eventualmente podría serlo sobre cualquier tipo de bienes sobre los que el fiduciario tuviera instrucciones de vender e invertir el producto de dicha venta de acuerdo a las instrucciones dadas por el fideicomitente.

Entre las ventajas que el fideicomiso de inversión aposte a los particulares están la seguridad que confiere el hecho que el fiduciario sea una institución solvente que no tiene vida restringida y que está regida por leyes especiales y sometida a la vigilancia de organismos estatales especializados. Una segunda ventaja es la especialización del fiduciario, pues las instituciones financieras son organizaciones que conocen perfectamente el mercado bursátil, los movimientos del mercado financiero y las oportunidades de inversión existentes en un momento dado, y por lo

tanto puede escoger con mayor acierto los negocios que ofrezcan las mejores características de acuerdo a las instrucciones dadas por el fideicomitente. Por último, ofrece una inversión dentro de condiciones de máxima seguridad y rendimiento, a lo que puede agregarse, cuando así lo ordene el fideicomitente, la característica de liquidabilidad que tendrán las inversiones, es decir que en casi cualquier momento, o en todo caso con un pre-aviso de pocos días, podrán esas inversiones convertirse en dinero en efectivo para ser devuelto al fideicomitente o entregado al fideicomisario.

Existen tres modalidades de fideicomisos de inversión que han tenido gran desarrollo y aceptación y que, por lo tanto, merecen una atención especial de nuestra parte: son los llamados fondos de inversión, fondos de desarrollo y fondos de co-inversión.

#### 3.1.1.1 Fondos de inversión

El fondo de inversión es un fideicomiso de inversión cuyo patrimonio es constituido por aportes de varias personas y en el que el derecho de los fideicomisarios, generalmente los mismos fideicomitentes, están representados por un título libremente transferible.

Los fondos de inversión puede ser de dos tipos, mobiliarios e inmobiliarios. En los primeros el

fiduciario debe invertir el patrimonio fideicomitido en valores mientras que en los segundos dicho patrimonio debe ser invertido en inmuebles.

La ventaja de estos fondos estriba en que, al aglutinar en un solo bloque la oferta de diversas personas, obtienen un poder de negociación mayor que el que tendrían cada uno individualmente, lo que les permite conseguir mayores ventajas. Por otra parte, ellas se encuentran más protegidas que si intervinieran individualmente en el mercado, dado que mientras mayor sea el patrimonio del fondo mayores posibilidades habrá de diversificar las inversiones, minimizando las pérdidas y maximizando la seguridad de los inversionistas.

#### 3.1.1.2 Fondos de desarrollo

Esta modalidad de fideicomiso de inversión es la que mayor utilización ha tenido y puede ser considerada como la que más interés ha despertado.

Los fondos de desarrollo son fideicomisos constituidos con la finalidad de promover, sostener o suplir la iniciativa privada en ciertos sectores de la economía.

En la gran mayoría de casos son constituidos por el Estado o por organismos estatales, pero es muy común también la participación de organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco

Mundial.

Básicamente los fondos de desarrollo se constituyen con recursos provenientes del crédito externo o recursos fiscales asignados especialmente: son administrados por los bancos centrales, que actúan como fiduciarios, y la asignación de sus recursos se realiza a través del sistema financiero mediante el redescuento de las operaciones que se ajustan a los requisitos y finalidades previstas para cada uno de ellos.

Como una muestra de la utilidad y utilización de estos fondos de desarrollo bástenos citar la relación de fondos y fideicomisos de desarrollo de América Latina elaborada por la Secretaría General de la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo a octubre de 1980:

En Colombia: Fondo de Inversiones Privadas (FIP), Fondo Financiero Industrial (FFI), Fondo Financiero Agropecuario (FFA), Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO).

En Ecuador: Fondos Financieros Agrícola, Agrícola Especial, ganadero, para Pequeña Industria y Artesanía, Pesquero, Turístico y Desarrollo Ganadero, Fondo de Desarrollo Rural Marginal (FODERUMA), Fondo Nacional de

Desarrollo (FONADE), Fondo Nacional de Participaciones (FOANPAR).

En El Salvador: Fondo de Desarrollo Económico, Fondo de Financiamiento y Garantía para la Pequeña Empresa (FIGAPE).

En Guatemala: Fondo de Garantía para la Vivienda, Fondo de Desarrollo de la Ganadería Bovina de Carne, Fondo de Garantía De Avades De GUATEXPRO, Fondo de Garantía para el Fomento de la Pequeña Empresa, Fondo de Fomento de la Actividad Agropecuaria, Fondo de Extraordinario Especifico de Reconstrucción, Fondo de Estabilización Monetaria, Fondo de Regularización de Valores.

En Honduras: Proyecto de Crédito Agrícola, Fideicomiso de Transporte, Fideicomiso de la Industria de la Construcción, Fondo para la compra de semovientes, Fondo de Garantía para el Fomento de la Pequeña Industria.

En México: Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados (FOMEX), Fondo de Equipamiento Industrial (FONEI), Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI), Fondo de Garantía y Apoyo a los Créditos para la Vivienda (FOVA), Fondo de Garantía y Fomento para la

Agricultura, Ganadería y Avicultura (FIRA), Fondo de Fomento y apoyo a la Agroindustria, Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR), Fondo de Garantía y Fomento a la Industria Mediana y Pequeña (FOGAIN), Fondo Nacional de Fomento Industrial (FOMIN), Fideicomiso de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN), Fondo Nacional de Estudios y Proyectos (FONEP), Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT), Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (FONART), Fideicomiso de Minerales no Metálicos Mexicanos.

En Panamá: Fondo de Desarrollo Municipal (FODEM).

En Paraguay: Fondo Ganadero.

En Perú: Fondo de Inversiones Regionales (FIRE), Fondo de Bienes de Capital (FONCAP), Fondo de Exportaciones (FONEX), Fondo de Redescuento Agro- Industrial (FRAI).

En República Dominicana: Fondo de Inversiones para el Desarrollo Económico (FIDE).

En Venezuela: Fondo de Crédito Industrial de Venezuela, Fondo de Crédito Agropecuario.

Los fondos de desarrollo se han constituido en un excelente mecanismo de asignación de recursos por el Estado pues, por un lado, al utilizar la infraestructura existente del sistema financiero se evita el crecimiento del aparato estatal mientras que, por otra parte, al constituirse un patrimonio separado, se facilita enormemente la evaluación de los efectos producidos por el Fondo en el sector económico al que está destinado.

#### 3.1.1.3 Fondos co-inversión

Los fondos co-inversión son fideicomisos de inversión constituidos entre dos o más instituciones financieras, generalmente estatales, de distintos países o entre una de ellas y bancos o empresarios extranjeros.

Los constituídos entre instituciones financieras tienen por lo general la finalidad de promover actividades en zonas o áreas de la economía de mutuo interés, constituyendo un fideicomiso con recursos aportados por ambas y encargando su administración a un fiduciario designado conjuntamente. Los que se constituyen entre instituciones financieras y bancos o empresarios extranjeros están orientados a conseguir que la banca internacional y el empresariado extranjero participen con capital de riesgo en las industrias locales.

Un ejemplo típico de cómo funcionan estos fondos de co-inversión los constituyen los constituidos por la Nacional Financiera S.A. de México con instituciones financieras de distintos países como Japón, Canadá o Alemania. Estos fondos se constituyen con recursos aportados por Nacional Financiera y el banco extranjero en proporción del 60 y 40%, respectivamente. Los recursos aportados al fondo son destinados por el fiduciario a promover la instalación de una empresa conjunta en la que participen en un porcentaje del 33% cada uno, el inversionista nacional, el extranjero y el fondo de conversión. Además, el banco o inversionista extranjero aporta los técnicos y la experiencia administrativa y comercial necesaria para llevar adelante los negocios. El fiduciario queda encargado de constituir la empresa deseada, cuyas acciones quedan en su poder por un periodo determinado de tiempo que es en el que se estima que la empresa alcanzará su óptimo rendimiento. Vencido el plazo, el fiduciario deberá, de acuerdo a las instrucciones que le den los fideicomitentes, entregar a ellos las acciones o venderlas y entregarles el producto de la venta, concluyendo el fideicomiso.

Este mecanismo permite conseguir, como ya hemos dicho, que la banca internacional y el empresariado extranjero participen con capital de riesgo en las industrias



locales aportando apoyo técnico, recursos de inversión y experiencia administrativa y comercial en los mercados mundiales, mientras que a ellos se les ofrece una inversión bastante segura, en la que, por intervenir una institución estatal cuenta con el apoyo del Estado, y que es manejada por organismos que conocen el mercado local.

### 3.1.2 DE GARANTÍA

El fideicomiso de garantía es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o por un tercero. Al fiduciario se le transfieren determinados bienes y conserva su titularidad durante el plazo estipulado para que el deudor cumpla la obligación. Vencido este, el fiduciario reintegra el patrimonio al fideicomitente, en caso que se haya satisfecho la obligación, o seguirá las instrucciones que se le hayan dado para enajenar dicho patrimonio para, con el producto de la venta, liquidar la obligación y, en el caso que quedara un remanente, devolverlo al fideicomitente.

Lógicamente, este mecanismo acepta variantes, como que el fiduciario, en lugar de vender los bienes los arriende y con el producto del arrendamiento cancele la

Obligación, o que en vez de venderlos los entregue directamente al acreedor- fideicomisario, pero esta última posibilidad es rechazada en aquellos países que prohíben el pacto comisorio.

El fideicomiso de garantía es una posibilidad atrayente del fideicomiso y se ha sustituido con ventajas a la prenda y la hipoteca pues el mecanismo para la venta del patrimonio que sirve de garantía es mucho más expeditivo y confiere ventajas tanto al acreedor como a quien presta la garantía ya que, de una parte, el acreedor tiene la seguridad que el garante no podrá disponer del patrimonio que sirve de garantía ni afectarlo en modo alguno mientras se encuentre vigente el fideicomiso y, en caso que la obligación fuese incumplida, no habrá necesidad de iniciar un procedimiento judicial para ejecutar la garantía, sino que bastara con que comunique el incumplimiento al fiduciario para que este proceda conforme a las instrucciones que se le han dado. Por su parte, el fideicomitente no se verá afectado por un procedimiento judicial que, en la generalidad de los casos, será sumamente oneroso, pero además obtendrá la liquidación de la garantía en las mejores condiciones posibles, por lo menos mejores a las que se suelen obtener en un remate judicial.

### 3.1.3 INMOBILIARIOS

El fideicomiso inmobiliario es el constituido por el propietario de un terreno, que transfiere su derecho de propiedad al fiduciario para que este obtenga los créditos necesarios para financiar la construcción, contrate los constructores, obtenga las licencias administrativas necesarias y finalmente venda la fábrica y entregue el producto de la venta al fideicomitente.

Este tipo de fideicomisos es también muy utilizado para la construcción de viviendas multifamiliares o condominios o para la realización de proyectos de lotización de terrenos. En estos casos los potenciales compradores se vinculan como constituyentes el fideicomiso, haciendo innecesaria o mínima la concertación de créditos, con la ventaja que se adquieren los inmuebles prácticamente a precio de costo y en una operación que cuenta con la garantía de la intervención de una institución de conocida solidez y confianza.

Este mecanismo, además, sería también de muy valiosa utilización por el gobierno o por entidades gremiales o cooperativas, para el desarrollo de planes de vivienda popular, pues en estos casos suelen existir proyectos y

una parte importante de los recursos, pero se carece de los medios técnicos para realizar los proyectos o se corre el riesgo de tener que montar complejas organizaciones para relacionarse con un número crecido de contratistas, arquitectos, entidades crediticias, etc., lo que incide de manera muy importante en la eficacia y productividad del proyecto. Todo ello se evitaría con la presencia de un fiduciario para el que dichas relaciones sean perfectamente normales dentro de su actividad y que cuenta con la experiencia y capacidad necesarias para manejar proyectos de tal envergadura.

#### 3.1.4 DE ADMINISTRACIÓN

A través de este tipo de fideicomiso el fideicomitente transfiere el fiduciario la propiedad de bienes con el propósito que los administre en provecho del propio fideicomitente o de un tercero.

Este tipo de fideicomiso al fideicomitente los inconvenientes que se presentan en la administración de bienes o negocios cuyo manejo puede desconocer o para el cual puede no estar suficientemente preparado, encargándola a una entidad que debe tener una mucho mayor experiencia en el asunto y que cuenta con un plantel de profesionales especializados.

### 3.1.5 LABORAL O DE FONDOS DE PENSION

Una característica común en muchos países latinoamericanos es el incremento de las cargas sociales a cargo de los empleadores por encima de las asumidas por los sistemas de seguridad social o deficientemente atendidas por estos. En nuestro país, por ejemplo, esto se muestra claramente en la compensación por tiempos de servicios que fue concebida inicialmente como un sistema de seguro de desempleo que "provisionalmente" estaría a cargo de los empleadores pero que después pasaría a la seguridad social, lo que nunca sucedió.

Si bien es cierto que, en contrapartida, los empresarios utilizan los fondos destinados a cubrir sus cargas laborales como capital de trabajo, en las empresas pequeñas sucede a menudo que el manejo de los recursos destinados a atender dichas cargas va volviéndose ineficiente con el paso del tiempo y no es inusual que al quebrar una empresa deja impagos los beneficios de sus trabajadores. Por otra parte, los propios trabajadores inquietos ante tal posibilidad, verían con simpatía cualquier mecanismo que garantice plenamente sus derechos y preferirían, sin duda que los recursos pudieran ser separados de la masa común de bienes del empleador.

Como respuesta a esta necesidad, el fideicomiso de planes de pensión, o fideicomiso laboral, como también se le llama, se constituye por acuerdo entre el empleador y los trabajadores, quedando aquel obligado a entregar al fiduciario designado los montos que está obligado a provisionar para que este lo administre. El fiduciario queda facultado a entregar al trabajador los rendimientos del patrimonio del fideicomiso, pero la parte correspondiente de dicho patrimonio solo debe ser entregado al trabajador al término de la relación laboral.

Este mecanismo permite, además, que los trabajadores puedan realizar proyectos conjuntos de vivienda, recreación, etc., al aglutinar el total de los recursos que le corresponden, encargando su ejecución al fiduciario.

#### 3.1.6 DE SEGURO

Este tipo de fideicomiso lo constituye el asegurado sobre sus pólizas de seguro, designando beneficiario de las mismas al fiduciario para que, cuando se salden las pólizas, ya sea por haber llegado a su término el plazo del seguro o por haber fallecido el asegurado, el fiduciario haga efectivo el importe de estas pólizas y constituya con esa suma de fondo, el cual será

administrado de acuerdo a las instrucciones dejadas por el fideicomitente, entregado a los fideicomisarios los rendimientos que se obtengan y, al vencimiento del plazo del fideicomiso, reparta el patrimonio en la manera y oportunidades establecidas en la constitución del mismo.

A diferencia de los demás tipos de fideicomiso, en los que el patrimonio fideicomitado puede estar conformado por cualquier tipo de derechos, en el fideicomiso de seguro de vida dicho patrimonio solo puede estar conformado por los beneficios que resulten de un seguro de vida o accidente.

Este tipo de fideicomisos se utiliza a fin de garantizar, durante un periodo determinado, la estabilidad económica de la familia del asegurado sin afectar la legítima de sus herederos. El premio de la póliza será administrado en beneficio de ellos con honestidad e imparcialidad por una entidad con capacidad para manejarlo dentro de las mejores ventajas y seguridades, evitando así la intervención directa de los herederos del asegurado, quienes que por desconocimiento, cota edad u otras circunstancias podrían depilarlo.

### 3.1.7 DE HOSPITALIZACIÓN

Este fideicomiso se constituye con la finalidad que el fiduciario administre y/o invierta un patrimonio determinado y con los rendimientos del mismo - eventualmente también con cargo al capital- responda económicamente por la protección y tratamiento de personas que estén incapacitadas mental o físicamente o que puedan tener trastornos de tipo permanente.

Oswaldo Carrillo<sup>1</sup> cita un ejemplo muy útil de fideicomiso de hospitalización: un padre de familia con un hijo incapacitado mental mente y que ve con inseguridad o incertidumbre el futuro de este hijo constituye un fideicomiso con parte de su patrimonio, dando instrucciones al fiduciario para que dicho patrimonio sea invertido de acuerdo a normas específicas, estableciendo como finalidad del fideicomiso la de sufragar la manutención y gastos de educación especializada, hospitalización, eventuales intervenciones quirúrgicas, estancia en sanatorios, etc., del incapaz beneficiario del fideicomiso.

Las ventajas de este tipo de fideicomiso son obvias. Por una parte, la seguridad que representa para una persona el que en el momento en que se produzca su muerte, por más inesperada que esta sea, el



sostenimiento y el tratamiento de un familiar o amigo incapacitado quedan cubiertos y que esta persona no deberá depender del criterio o buena fe de otras personas. De otro lado, al estar la administración del patrimonio en manos de una institución financiera, este patrimonio estará manejado con el mejor conocimiento del mercado bursátil, financiero y económico en lo general por lo que podrá tomar decisiones más acertadas acerca de la administración del fideicomiso. Por último, al separarse el patrimonio fideicomitado del patrimonio del fideicomitente se garantiza la estabilidad económica de aquel a quien se quiere proteger, pues aun cuando por cualquier circunstancia varíe la posición económica del fideicomitente, el patrimonio del fideicomiso no se verá afectado.

#### 3.1.8 DE EDUCACION

El fideicomiso de educación es aquel que se constituye con la finalidad de garantizar los gastos educacionales del fideicomisario. La amplitud de este tipo de fideicomiso puede variar desde el constituido a favor de, por ejemplo, el hijo del fideicomitente, hasta el constituido con la finalidad de otorgar becas o créditos estudiantiles a las personas que reúnan ciertos requisitos.

El fiduciario deberá, por lo general, administrar e invertir el patrimonio fideicomitido y con los rendimientos atender a los gastos de educación de los beneficiarios del fideicomiso.

Al igual que en las demás operaciones de fideicomiso, la principal ventaja del fideicomiso de educación estriba en la seguridad que confiere el hecho que su administración este encargada a una institución profesional y no sujeta a una vida limitada.

### 3.1.9 DE NACIONALIZACION, DESCONCENTRACION U OTRO FINES POLITICO-ECONOMICOS

Una de las posibilidades del fideicomiso, utilizada hasta donde conocemos solo en México, pero que se intento utilizar en el Perú sin éxito, como veremos en el próximo capítulo, es la de garantizar decisiones políticas o económicas como las de modificar la participación extranjera en un sector económico o nacionalizar entidades.

En efecto, cuando en México se expidió la Ley Minera de 1961, que estableció que solo los mexicanos a las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas tenían derecho a obtener concesiones para la explotación y aprovechamiento de sustancias minerales y

que la mayoría del capital de dichas sociedades debía estar suscrito por mexicanos, se estableció también un mecanismo para llevar a cabo la "mexicanización" de las empresas mineras existentes propiedad de extranjeros. Mediante este mecanismo, los accionistas de las empresas afectadas entregaban el fideicomiso a una institución financiera las acciones necesarias para que el capital de la empresa quedara en su mayoría en propiedad de mexicanos, autorizando irrevocablemente a la fiduciaria a enajenar dichas acciones.

De este modo se permitió que las empresas extranjeras que no hubiesen podido "mexicanizarse" vendiendo acciones directamente pudiesen continuar operando, desde que, al constituir el fideicomiso, estaban transfiriendo la mayoría del capital a una empresa mexicana: la institución financiera que actuara como fiduciaria.

### 3.2 EFECTOS DE LA PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO

La realización de operaciones de fideicomiso ha tenido consecuencias positivas para la actividad financiera en general. Rodríguez Azuero, refiriéndose a la banca comercial, señala que en los países en los que rige el

principio de la especialidad del objeto de las instituciones financieras, los bancos comerciales han podido realizar operaciones y efectuar actividades extrañas a su objeto, gracias a la estructura del negocio orientada a que se cumpla la finalidad establecida por el fideicomitente. Por ese medio, los bancos comerciales se han separado del marco del corto plazo incursionando en negocios de mediano y largo plazo, acercándose a la banca de fomento.<sup>2</sup>

De otra parte, los fideicomisos han permitido dirigir créditos hacia actividades que trascienden el servicio de necesidades comerciales y destinar recursos al desarrollo, financiando directamente proyectos de educación, vivienda o formación profesional o indirectamente mediante la inversión en valores emitidos por sectores industriales para financiar proyectos de largo alcance.

*"En realidad -nos dice Sergio Rodríguez Azuero- el fideicomiso ha permitido a la banca comercial no solo abordar la realización de negocios nuevos sino cumplir una función financiera que excede la tradicional de corto plazo, pero en condiciones de particular seguridad."*

En lo que se refiere a la banca de fomento o banca de

desarrollo, Baez Carrera señala que el fideicomiso, y principalmente el fideicomiso de inversión, puede ser y ha sido utilizado en la práctica como mecanismo de captación de recursos que serían destinados a la inversión en proyectos considerados prioritarios a través de la participación temporal en el patrimonio de empresas o mediante la concesión de créditos a inversionistas.<sup>3</sup>

Por su parte, Ester Malacari, Directora Nacional de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Economía de Argentina, señala que el fideicomiso representa un elemento importante para promover inversiones extranjeras en nuestros países minimizando riesgos para el inversor en lo que se refiere a elección de actividades, localización, financiamiento y complementación de capital, puesto que el fiduciario que conoce la plaza puede estructurar la operación con mayor eficiencia que quien se encuentra en el exterior, sobre todo en el caso de pequeños y medianos inversiones que no cuentan con estructuras capaces de analizar tales elementos.<sup>4</sup>

En lo que se refiere a fideicomiso de fondos de pensión o de fideicomiso laboral, el Banco de los Trabajadores de Venezuela, en la ponencia presentada en la VII Reunión Ordinaria de la Asamblea General de la Asociación latinoamericana de Instituciones Financieras

de Desarrollo, señala que a raíz de la promulgación de la Ley del Trabajo en 1975, que introdujo en Venezuela el fideicomiso laboral, se inició un movimiento generalizado orientado a la constitución de dicho tipo de fideicomisos fomentado principalmente por organizaciones laborales. El fideicomiso, señala la ponencia, está contribuyendo indudablemente a la captación de recursos internos dentro de un gran sector del país como son los trabajadores, evitando su distracción hacia gastos sin fines realmente útiles y permitiendo el otorgamiento de créditos a los mismos trabajadores para fines eminentemente sociales como la compra o mejora de viviendas, cancelación de hipotecas o el pago de pensiones escolares del trabajador, su cónyuge o concubina o sus hijos.<sup>5</sup>

por último, quisiéramos citar una parte de la ponencia presentada por el Licenciado Eduardo Amerena Lagunes en el VII Seminario sobre Financiamiento y Promoción Industrial llevado a cabo en México en julio de 1984, en que se refiere a las ventajas que el fideicomiso público, es decir, el constituido por el estado, ha ofrecido a la economía mexicana: <sup>6</sup>

*"Podemos decir en primer término que, al aprovecharse la estructura bancaria que posee la institución fiduciaria, que es la titular exclusiva de la*

función de administrar fideicomisos, se asegura una más transparente y eficaz administración de los recursos públicos que se destinan a fomentar el desarrollo, facilitando en gran medida la supervisión y evaluación de la operación. En nuestro país la función bancaria que en el gran prestigio, solidez, experiencia y otorga un grado de confiabilidad tal que en el caso de los fideicomisos garantiza en mayor medida el que los recursos se utilicen de acuerdo con sus propósitos, con una sana ministraciones que debe caracterizar ese tipo de operaciones.

Otra ventaja que el fideicomiso público ha evidenciado es que constituye un vehículo muy eficaz para el encauzamiento de subsidios y transferencias. Al canalizar en forma separada tales recursos que el Estado traspasa al resto de la economía, además de lograr agilidad, se facilita la evaluación de su efecto en el marco económico, proporcionando también mayor transparencia en la asignación de los mismos, permitiendo, a través de una especialización, evaluar la gestión en forma individual y fijar medidas correctivas, preventivas o fincar las responsabilidades que en el caso proceda.

Otra cualidad positiva del fideicomiso, que hemos logrado confirmar en México, es que a través de dicha figura se han podido canalizar selectivamente otros apoyos que el Estado brinda y califica de prioritarios. Se trata de apoyos financieros y no financieros, que se dirigen a sectores, actividades y regiones específicos. De esta manera se apoyan sectores como la pequeña y mediana industrias, la industria protectora de bienes de capital, y actividades como las exportaciones, la sustitución de importaciones y la evaluación de proyectos.

Desde un punto de vista regional, el fideicomiso ha demostrado su ductilidad para destinar recursos que buscan el equilibrio y desarrollo integral de un país como el nuestro, que por su extensión y contrastes requiere de una descentralización nacional y compartida.

(...)

El uso del fideicomiso en México ha demostrado que se pueden promover programas de gobierno sin aumento en la planta de personal de la administración pública central, ya que la administración fiduciaria se confía a estructuras racionales, eficientes, fundadas en criterios



estrictamente bancarios. Al efecto se encomienda a la administración centralizada la normatividad, la vigilancia, y la evaluación de los resultados y se deja en manos de las instituciones fiduciarias el manejo operativo.

(...)

En suma, puntos mediante el fideicomiso se puede desarrollar regiones geográficas, áreas de la economía, sectores de la producción y actividades específicas, donde es fácil evaluar los resultados.

El fideicomiso ha tenido influencia en el ámbito nacional en todas las ramas de la actividad, empezando por la industria, la agricultura, la ganadería, la agroindustria, la infraestructura económica, los servicios, el desarrollo y el mejoramiento socio-económico de los sectores sociales determinados y el fomento cultural, en ejemplos tangibles que van desde la habitación popular, la producción y distribución de productos básicos, el financiamiento del consumo de los trabajadores, hasta el apoyo a las empresas para enfrentar eventualidades cambiarlas por la inestabilidad económica y financiera internacional."

## NOTAS

1. CARRILLO Roura, Oswaldo. El fideicomiso y su aplicación en Venezuela. Revista RELABAN. Bogotá, N°18, JULIO 1974. P. 35.
2. RODRIGUEZ Azuero. El Fideicomiso Bancario y el financiamiento del Desarrollo. Ponencia presentada en el Seminario Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del fiananciamiento del desarrollo. Rosario, Santa Fe. Argentina, Junio de 1983. Fotocopias.
3. BAEZ Carrera, Peopoldo. Suscripción y colocación de emisiones de valores, inversión temporal en el patrimonio de empresas. Ponencia presentada en el Seminario Nuevas Modalidades de Financiamiento para el Desarrollo de América Latina. Quito, Ecuador, Octubre - Noviembre de 1979, fotocopias.
4. MALACARI, Ester. Inversiones Extranjeras y Fideicomiso. Ponencia presentada en el Seminario Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo. Rosario, Santa Fe. Argentina, junio de 1983. Fotocopias.
5. Banco de los trabajadores de Venezuela C.A. El fideicomiso como instrumento para la captación de recursos internos, función social del fideicomiso conforme a la ley de trabajo de Venezuela. Ponencia presentada en la séptima reunión ordinaria de la Asamblea General de la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo. Santiago de Chile, marzo - abril de 1977. Fotocopias.
6. AMERENA lagunes, Eduardo. El fideicomiso con instrumento para el fomento del desarrollo económico. En: Memoria del VII Seminario sobre financiamiento y promoción Industrial. México, México, julio de 1984. Pp. 460 - 464.

## CAPITULO 4

### EL FIDEICOMISO EN EL PERÚ

#### 4.1. EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Aun cuando en nuestra doctrina el fideicomiso es prácticamente desconocida, esta institución si se encuentra presente en nuestra legislación unas veces sólo mencionada tangencialmente, otras regulada específicamente para casos concretos. Además, podemos encontrar en ella instituciones que, sin estar relacionados con el fideicomiso, utilizan términos que podrían llamar a confusión. En el presente. Haremos un breve recuento de dichas disposiciones.

##### 4.1.1. LEGISLACIÓN BANCARIA.

El numeral 14 del artículo 94° de la ley de bancos N° 7159 establece que los bancos que sean autorizados a

desempeñar comisiones de confianza pueden ser nombrados como " *ejecutor(es) de fideicomisos de cualquier otro carácter cuando lo permita la ley*".

La presencia de este inciso en la ley de bancos llamar la atención pues el fideicomiso, tanto el romano como aquel a que se refiere la presente tesis, eran completamente desconocidos en la legislación peruana cuando se dictó dicha ley.

Como se sabe, la ley de bancos fue elaborada por una misión americana, la misión Kemmerer, que visitó diversos países de América Latina a fin de sistematizar y actualizar las normas que regulan la actividad bancaria. En la exposición de motivos de dicha ley, refiriéndose a las comisiones de confianza, se expresa:

"la idea de ocupar a una compañía para las comisiones de confianza es nueva en el Perú, a pesar de que ya está aceptada ampliamente en los Estados Unidos de Norteamérica en Inglaterra, y que su práctica ha sido adoptada en cierto número de países latinoamericanos como Chile, Ecuador y Colombia. El empleo de particulares para comisiones de confianza encierra muchos peligros, ya que por muy competente que sea una persona al tiempo de su nombramiento, puede muy bien, en el curso de pocos años, resulta incapaz, ya sea por edad o por impedimento físico".<sup>1</sup>

Juan Carlos Dulanto Swayne, es tesis de bachiller " *el fideicomiso y la Comisión de confianza en las legislaciones peruana y comparada*" señala que la presencia del numeral 14 en el artículo 94° de la ley de bancos puede tener dos explicaciones: " *o se trata de permitir a los bancos ir introduciendo progresivamente el trust en nuestro medio, ya que es la única oportunidad en que la parte positiva de la ley de bancos habla de "fideicomiso"; o bien se trata simplemente de evitar las limitaciones que toda enumeración acarrea*".<sup>2</sup>

Dulanto se inclinó por la segunda explicación, sosteniendo que se trataría de una confusión de términos que obedecería probablemente al empleo de la traducción literal del fideicomiso, en latín *fideicommissum*, es decir Comisión de confianza.<sup>3</sup>

Nos parece que abona en favor de la tesis de Dulanto la redacción del inciso, pues cuando se señala " *fideicomisos de cualquier otro carácter*", se estaría dando a entender que todas las funciones enumeradas antes de dicho inciso son consideradas también como fideicomisos.

Consideramos por ello, al igual que Dulanto, que la presencia del fideicomiso en la ley de bancos se debe

más que nada a una confusión de términos, y es que trust, en el derecho anglosajón, tiene dos excepciones una estricta, que es la institución a la que nos vemos referido en el primer capítulo; y otra lata, que se refiere a todas aquellas situaciones jurídicas en las que la confianza es (en inglés "trust") desempeña un papel importante, como el mandato, el depósito, el albaceazgo, etc., es decir, los negocios de confianza.

En todo caso como señala Betti, " debe considerarse como contenido normativo todos y sólo aquellos efectos que la norma es capaz de producir, puesto en relación con todos las demás diligencias y en contacto con la vida práctica, la cual con el movimiento continuo que la impulsa puede dar a una norma en efecto nueva y diverso del que pensaron sus autores". 4 Por ello, aun cuando se aceptase que el legislador, al utilizar el término fideicomiso en la ley bancaria se estaba refiriendo a las comisiones de confianza, ello no sería óbice para qué, al amparo de la norma bajo comentario, los bancos pueden desempeñarse como fiduciarios.

Posteriormente, sin embargo, el fideicomiso ha sido mencionado en diversas normas bancarias en las que, en nuestra opinión, no puede haber dudas acerca de que la institución a la que se refieren es el fideicomiso de que tratamos en el presente trabajo, pues en su

formulación no hubo intervención alguna por parte de la misión Kemmerer y coinciden más bien con la época del "redescubrimiento" del fideicomiso.

Así por ejemplo, en la ley orgánica del banco minero del Perú, sustituida por decreto supremo N° 298-68-HC (artículo 42°, inciso b: " el banco está facultado para (...) recibir del Estado, de las instituciones particulares o extranjeras, fondos de fideicomiso para la realización de programas específicos destinados a la promoción y fomento de la minería") ; en la ley orgánica del banco industrial del Perú, decreto legislativo 202 (artículo 19°, inciso n: " para el cumplimiento de sus fines del banco podrá realizar las siguientes operaciones (...) recibir fondos y bienes en un fideicomiso y para finalidades y operaciones determinadas que maneja o administra el banco industrial del Perú, se regirán por las normas que nos crearon y sus modificatorias, complementarias y reglamentarias. Según su naturaleza, se consideran fondos propios del banco o como fondos en fideicomiso"): en la ley orgánica del banco de la vivienda del Perú, decreto legislativo 203 (artículo 20°, inciso k: "*El banco está facultado para realizar las cintas operaciones (...) realizar operaciones de fideicomiso*"); y en la ley del sistema de fomento y

Apoyo Financiero del Desarrollo Empresarial, Decreto legislativo 206 (artículo 11º; inciso a: "*La Corporación Nacional de Desarrollo podrá obtener otros recursos (...) en fideicomiso, del estado o de cualquier entidad nacional, extranjera o internacional para su utilización temporal o permanente, informa amplia o se destinada a finalidades especiales o a operaciones específicas relacionadas con los fines de CONADE*"),

#### 4.1.2. LEGISLACIÓN SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA.

En la legislación sobre el tratamiento a las inversiones extranjeras hemos encontrado una norma que contiene una regulación bastante detallada de una figura jurídica a la que se denomina fideicomiso y que podríamos asociar con los fideicomisos para fines políticos-económicos que tratamos en el punto 3.1.9., Del capítulo anterior.

En efecto, el decreto supremo N° 579-B3-EFC de 21 diciembre 1983 estableció que las empresas extranjeras con convenios de transformación vigentes a esa fecha cumplían con las condiciones de los mismos cuando diesen en fideicomiso a instituciones bancarias o financieras del país las acciones participaciones o derechos necesarios para el cumplimiento del proceso de



transformación.

Es importante destacar el contexto en el que se dicta este decreto, pues nos da una idea de la utilidad que puede tener el fideicomiso. Los artículos 28° y 30° de la decisión 24 de la Comisión del acuerdo de Cartagena permitiría a las empresas extranjeras que celebran convenios con la autoridad competente del país miembro del acuerdo mediante los cuales sus accionistas o socios se comprometían a enajenar a inversionistas nacionales una proporción de acciones o participaciones necesaria para convertir a la empresa en nacional o mixta, lo que les permitiría acceder al mercado ampliado que la decisión 24 reservaba a las empresas nacionales o mixtas o las empresas extranjeras con convenios de transformación.

Al amparo de dichas normas, muchas empresas extranjeras celebraron convenios de transformación con la Comisión nacional de inversiones y tecnologías extranjeras, CONITE. Sin embargo, a la fecha en que se promulgó el decreto supremo N° 579-83-EFC la gran mayoría de esas empresas estaban incumpliendo con dichos convenios no por causa imputable a ellas, sino porque la deprimida situación de nuestra economía impedía hallar compradores para las acciones o participaciones que se debía enajenar.

En vista de ello, se dictó el decreto mencionado el cual establecía, en su artículo 1º, que CONITE consideraba cumplidos los convenios de transformación cuando las empresas extranjeras dieran en "fideicomiso" las acciones o participaciones necesarias para cumplir los alguna institución financiera no bancaria del país autorizada para ello por la superintendencia del banco y seguros, la misma que quedaba obligada, conforme señalaba el artículo 9º, a realizar los esfuerzos necesarios con la finalidad de que inversionistas nacionales adquirieran las acciones, derechos o participaciones objetivos del fideicomiso.

Aunque la figura no se crea mediante el decreto supremo N° 579-83-EFC resulte bastante similar debemos dejar claramente establecido que no es fideicomiso. En efecto, aun cuando por ejemplo, las reglas sobre las obligaciones del fiduciario (al que se denomina "fideicomisario") o sobre la terminación del "fideicomiso" son prácticamente una aplicación al caso concreto de lo visto en el capítulo segundo de este trabajo, las disposiciones de los artículos 2º y 3º desvirtúan toda la estructura, pues señalan:

*"Artículo 2º: en virtud del fideicomiso, el fideicomitente hace entrega de las acciones, participaciones o derechos, que son administrados*

*por el fideicomiso de conformidad con el presente decreto supremo y con el contrato que al efecto celebrar el fideicomitente y el fideicomisario (debe entenderse fiduciario)".*

*"Artículo 3º: los bienes objeto del fideicomiso no pertenecen al fideicomisario (fiduciario) ni a la prenda común de los acreedores (...)"*.

Como puede verse, en este "fideicomiso" no hay transferencia de titularidad del patrimonio fideicomitado al fiduciario la que, como hemos visto en el capítulo segundo, es una de las características del fideicomiso. Se trataría, entonces, no de un verdadero fideicomiso sino de un mandato que le da el "fideicomitente" al "fideicomisario" para que enajene a inversionistas nacionales las acciones, participaciones o derechos materia del "fideicomiso".

Justamente por ese motivo -que no había una efectiva transferencia de las acciones, participaciones o derechos- que el sistema nunca llegó a aplicarse, tal como se señaló en el decreto supremo N° 300-86-EF que lo derogo, pues se consideró que si la decisión 24 exigía una viva transferencia, no podía modificarse tal condición por la vía de un decreto supremo, por lo

que este resultaba inaplicable.

#### 4.1.3. EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

Tanto en el código civil como en la ley General de sociedades podemos encontrar referencias a una figura jurídica que puede llamar a confusión con el fideicomiso; nos referimos al " fideicomisario" de que trata el artículo 1108 del código civil y los artículos 228° y siguientes de la **Ley General de Sociedades**.

El artículo 1108° del código civil establece: "*La escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos más visibles por endoso o al portador consignada, además de las circunstancias propias de la constitución de hipoteca, las dos relativas al número y valor de los títulos que se emitan y que garanticen la hipoteca: la serie o series que corresponden; la fecha o fechas de la emisión; al plazo y la forma en que se deben ser amortizados; la designación de un fideicomisario; y las demás que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos*".

Esta noche es una repetición casi textual del artículo 1014° con código civil derogado el mismo que, según señala Jorge Eugenio Catañeda. 5 estaba referido a los bonos hipotecarios, y que debían necesariamente concordarse

con las disposiciones de los artículos 1802° y siguientes referidos a los títulos al portador, entre cuyas normas el artículo 1807° señalaba: "Solo las corporaciones públicas y sociedades debidamente constituidas pueden emitir bonos hipotecarios. La emisión será por escritura pública y con la intervención de un fideicomisario, que será el Banco Central hipotecario del Perú. La intervención del fideicomisario se refiere a verificar la regularidad legal de la emisión y la suficiencia económica de la garantía, apreciada conforme a la ley orgánica del precisado banco, sin perjuicio de la amplitud del mandato que puede conferírsele para los efectos de la presentación de los actuales y futuros poseedores de los títulos".

El nuevo código civil, en cambio, no contiene ninguna disposición adicional en la que se aclare cuál es la función o se regule la actuación de ese fideicomisario a que se refiere el artículo 1108°, por lo que consideramos que, por analogía sería aplicables las normas que contiene la ley General de sociedades.

Dicha ley se refiere al fideicomisario en el título IX del libro I que norma la emisión de obligaciones por los sociedades anónimas, estableciendo lo siguiente:

*“Artículo 228°: las condiciones de cada emisión, así como la capacidad de la sociedad para formalizar las, cuando no hayan sido regulados por la ley, se someterán a lo que disponga el estatuto y lo que acuerde la junta General con sujeción al artículo 134°.*

*Serán condiciones necesarias la constitución de un sindicato de obligacionistas y la designación, por la sociedad, de una institución de crédito que, con el nombre de fideicomisario, concurra al otorgamiento del contrato de inversión en nombre de los futuros obligacionistas”.*

*“Artículo 231°: los títulos de cada emisión deben ser iguales y expresarán el (...)*

*Los títulos serán firmados por persona o personas autorizadas, en todo caso, por el fideicomisario. (...).”*

*“Artículo 232°: la emisión de obligaciones el hará constar en escritura pública, con la intervención de fideicomisario. (...).”*

*“Artículo 235°: La asamblea de obligacionistas debidamente convocada en las siguientes facultades:*

1. Remover al fideicomisario y nombrar su

sustituto:(...) <sup>6</sup>

*“Artículo 237º: la asamblea de obligacionistas podrá ser convocada por el directorio de la sociedad o por el fideicomisario.*

*Este, además, deberá convocarla siempre que lo soliciten obligacionistas que representen, por lo menos, la vigésima parte de las obligaciones en circulación. El fideicomisario podrá requerir la asistencia del directorio de la sociedad. Los miembros del directorio pueden asistir aunque no hubieran sido convocados.”*

*“Artículo 239º: El fideicomisario, tan pronto como quede inscrita la escritura de emisión, convocara a la asamblea de obligacionistas, la que deberá aprobar o desaprobar su gestión, confirmarlo en el cargo o designar a quien habrá de sustituirlo, y establecer el reglamento interno del sindicato, ajustándose en lo previsto al régimen establecido en escritura de emisión.*

*“Artículo 240º: el fideicomisario será presidente del sindicato de obligacionistas. Además de las facultades que le habían sido conferidas en la escritura de emisión y las que le atribuyen la asamblea de obligacionistas, tendrá la*

*representación legal del sindicato y podrá ejercer las acciones que correspondan.*

*En todo caso el fideicomisario será el órgano de relación entre la sociedad y el sindicato y, como tal, podrá asistir con voz pero sin voto a las deliberaciones de la junta General de la sociedad emisora, informar a esta de los acuerdos del sindicato y solicitar de la misma los informes que, a su juicio o al de la asamblea de obligacionistas, interesen a estos.*

*El fideicomisario intervendrá en los sorteos que hubieren de celebrarse en relación con los títulos, en el pago de los intereses y del principal, en su caso y en general cautelara los derechos de los obligacionistas.*

*Cuando se da participación en el directorio de la sociedad a un representante de los obligacionistas, actuará como tal el fideicomisario, salvo si la escritura de emisión o la asamblea de obligacionistas dispusiesen otra cosa. Es de aplicación para el fideicomisario lo dispuesto en el artículo 183º.<sup>6</sup>*

*“Artículo 241º: Cuando la emisión se haya hecho sin ninguna de las garantías a que se refiere el artículo 227º,<sup>7</sup> el fideicomisario tendrá la facultad de examinar, por sí o por otra persona que*



*designe, la contabilidad de la sociedad, y de asistir con voz pero sin voto a las reuniones del directorio de la sociedad."*

*"Artículo 242º: cuando la sociedad se hubiese atrasado más de seis meses en el pago de los intereses vencidos o en la amortización del principal, el fideicomisario podrá convocar a la junta General de la sociedad emisora."*

*"Artículo 243º: si la emisión se hubiera garantizado en la forma prevista en el artículo 227º y la sociedad demorarse el pago de los intereses o la amortiguación del principal por más de seis meses, el fideicomisario, previo acuerdo de la asamblea de obligacionistas, podrá ejecutar los bienes que constituyen la garantía para pagar el principal, intereses y demás obligaciones derivadas de los títulos."*

Excede de los alcances del presente trabajo el analizar la antigua controversia sobre la naturaleza jurídica de este fideicomisario; baste decir que, como puede verse, es un representante de los obligacionistas y, salvo por la denominación, no tiene relación alguna con el beneficiario de un fideicomiso.

Resulta interesante, sin embargo, destaca lo señalado por Augusto Durand Palacios en una tesis "*El fideicomisario en la ley de sociedades mercantiles*", donde dice que "*la expresión fideicomisario (que) es usada por nuestro derecho comercial nos viene del derecho anglosajón, en el cual se designaba en esa forma a las personas que tienen la representación y defensa de los obligacionistas ante las sociedades que emiten debentures.*"<sup>8</sup> y es que en el derecho anglosajón al representante de los debenturistas se le llama trustee, lo que debería traducirse como fiduciario y no como fideicomisario.

En todo caso, consideramos que resultaría conveniente modificar la denominación de este representante a fin de evitar confusiones. Por lo demás, tal denominación no es inherente al representante de los obligacionistas pues, como señala José Ignacio de Arrillaga, para denominarlo se utiliza indistintamente los nombres de comisario, fiduciario, síndico, fideicomisario, preferentemente de la masa, etc."

#### 4.1.4. LOS FONDOS EN FIDEICOMISO

Coincidentemente con la época en que cobra un nuevo auge el fideicomiso, se edifica en el Perú un dispositivo legal que crea el -hasta donde tenemos conocimiento-

primer fondo de fideicomiso en el Perú y que puede compararse con los fondos de desarrollo que hemos tratado en el punto 3.1.1.2.

En efecto, el artículo 1° del decreto ley 18,203 dictado en 1970, que modificó el artículo 176° del decreto ley 17,716, estableció:

"Corresponde al ministerio de industria y comercio:(...)

f. Normar la estructura y funcionamiento de un fondo de fideicomiso en el banco industrial del Perú. El que se denominará "Fondo de financiación para la promoción de empresas industriales", la finalidad de este fondo es:

1. financiar las empresas industriales públicas destinadas al pago de la deuda agraria.
2. Financiar a los tenedores de bonos de la deuda agraria que hagan aportaciones no menores del 50% en efectivo o en activos cancelados, de nuevas inversiones en empresas industriales existentes y de nuevas empresas industriales que serán calificadas por el ministerio de industrias y comercio.

g. Asegurar que el "Fondo de financiación para la promoción de Empresas Industriales" cuente con

*recursos suficientes para cumplir su finalidad. Tales recursos son:*

- 1. Una suma no menos del 1% del presupuesto funcional de la República y otros aportes que el Estado ponga a su disposición.*
- 2. El importe de los pagos que realicen los adjudicatarios de la reforma agraria.*
- 3. El importe de bonos de la deuda agraria que reciba del banco de fomento agropecuario del Perú, para la amortización de la deuda agraria, aceptados para financiar empresas industriales, conforme el artículo 181° de este decreto ley."*

Como puede verse, se encuentran presentes en el citado dispositivo los elementos esenciales en la constitución de un fideicomiso: el patrimonio, la finalidad y los beneficiarios.

Después del "Fondo de financiación para la promoción de empresas industriales", empero, los fondos en fideicomiso no vuelvan a aparecer en nuestra legislación hasta las postrimerías de la década, en que se crean el Fondo Metropolitano de inversiones en fideicomiso INVERMET y los Fondos de Inversiones en fideicomiso, FINVER.

El INVERMET y el FINVER fueron creados, respectivamente, por los Decretos Leyes 22830 y 22831; la estructura de ambos es prácticamente idéntica, diferenciándose básicamente en que en el INVERMET el fideicomitente es el Concejo Municipal Provincial de Lima y en los FINVER el comitente es cada Concejo Municipal Provincial. De la República, con excepción del de Lima. En vista de ello, el análisis de ambos lo haremos en base a las disposiciones del decreto Ley 22830 estableció lo siguiente:

*"Artículo 3º: El Consejo Municipal Provincial de Lima, actuando como fideicomitente, designará a una empresa bancaria o financiera de carácter mayoritariamente estatal que reciba y administre el INVERMET en calidad de fiduciario, en beneficio de la comunidad urbana de la capital"*

*"Artículo 2º: constituye objeto del INVERMET proporcionar los recursos para el financiamiento del programa de inversiones y obras urbanas del concejo municipal provisional de Lima y de sus consejos distritales, de conformidad con los requisitos y modalidades que precisa el presente decreto ley y que establezca su reglamento"*

*"Artículo 5º: Son recursos del INVERMET:*

- a. *el rendimiento del impuesto al rodaje de la Provincia de Lima;*
- b. *los ingresos por el cobro de tasas por el uso de obras públicas municipales;*
- c. *la recaudación de los derechos de mejoras y recuperación de inversiones, originadas en las obras públicas financiadas con el fondo y con recursos públicos;*
- d. *los ingresos provenientes de la administración, explotación y venta de los bienes integrantes del Fondo;*
- e. *los intereses de sus depósitos y valores;*
- f. *los fondos que se obtengan en el mercado financiero, mediante la emisión y colocación de los bonos de inversión metropolitana o que se refiere el artículo 7° del presente decreto ley;*
- g. *los créditos internos y externos que obtengan la entidad fiduciario y el gobierno central para los fines propios de INVERMET;*
- h. *las transferencias del gobierno central que se consignen en el presupuesto general de la República;*
- i. *las transferencias que realice el Consejo Provincial de Lima de su presupuesto para obras; así como todo excedente o superávit que arroje su presupuesto;*
- j. *los fondos constituidos por los aportes*

pecuniarios que señala el reglamento de provisión de estacionamiento colectivo, para los propietarios que no cumplan con las exigencias de estacionamiento que establece la reglamentación de zonificación y la de licencias de construcción;

k. las donaciones, aportes y contribuciones voluntarias que realicen las entidades y personas interesadas en el desarrollo humano de la provincia; y

l. Los que sean creados por ley para este efecto."

"Artículo 10º: Los recursos del INVERMET no podrán destinarse en ningún caso para financiar gastos corrientes ni a otro fin que no sea el de inversiones y obras autorizadas por el presente Decreto Ley".

"SEGUNDA DISPOSICIÓN TRANSITORIA: en tanto no se dicte una ley general sobre fideicomisos, se aplicarán al INVERMET las siguientes normas:

a. el fideicomitente, sin expresión de causa, podrá subrogar libremente a la entidad fiduciaria sustituyéndola por otra al término de un ejercicio económico anual, dándole previo aviso con un mínimo de tres meses;

- b. *El fiduciario sólo podrá renunciar por justa causa, a juicio del juez. La renuncia se ventilará por el trámite de los incidentes y se entenderá con el fideicomitente. Una vez firme la resolución que apruebe la renuncia de fiduciario, este podrá hacer dejación de sus funciones sólo después de transcurridos 90 días desde que la resolución judicial quede consentida o ejecutoriada y se modifique al fideicomitente la resolución que le ordena cumplir;*
- c. *el fiduciario que cese en el cargo está obligado a rendir cuentas al fideicomitente;*
- d. *en el contrato de fideicomiso podrá pactarse las demás estipulaciones ilícitas que acuerden las partes y que no contravengan normas imperativas de este decreto ley y su reglamento. Las comisiones que cobre el fiduciario no excederán de los límites que señala el Banco Central de reserva del Perú;*
- e. *El INVERMET sólo podrá ser disuelto por ley. En tal caso, una vez ligado, sus bienes y recursos pasaran al dominio del fideicomitente."*

Llegados a este punto quisiéramos resaltar una norma del decreto ley 22830 que, aparentemente al igual que lo que sucede con el decreto supremo N° 579-83-EFC, desvirtuaría este fideicomiso; nos referimos al



Artículo 5° que establece que "los bienes a que se refiere el artículo anterior (el patrimonio del INVERMET) serán adquiridos y/ o contabilizados a nombre del fideicomitente, quien se reputará propietaria de ellos". Esta disposición, empero, es totalmente contradictoria con los en el lado en el inciso E de la segunda disposición transitoria antes citada, pues sigue el fideicomitente el reputado propietario no tiene sentido que se disponga que, al disolverse el fideicomiso, sus bienes y recursos vuelven al dominio del fideicomitente.

En nuestra opinión lo que sucede es que no se comprende claramente la separación de patrimonios y que conlleva el fideicomiso, dando lugar a este tipo de contradicciones.

Finalmente debemos negar que, por razones que desconocemos, todas las disposiciones del decreto ley 22830 que se referían al INVERMET como un fideicomiso fueron derogadas por la primera disposición final de la ley orgánica de municipalidades, decreto legislativo 51.

#### 4.1.5. LOS FONDOS.

Después de los "fondos en fideicomiso", hacen su

aparición en esta legislación una serie de dispositivos creando los "fondos", instituciones que tienen exactamente la misma estructura de los "fondos de fideicomiso" -y que, en nuestra opinión debería ser considerado como fideicomisos- pero que ya no utilizan los términos propios del fideicomiso, como si de alguna manera se pretendiese evitar toda alusión a esta institución.

Los fondos aquí nos referimos se ha multiplicado rápidamente en la presente década; a modo de ejemplo, revisaremos brevemente algunos de ellos.

#### 4.1.5.1. Fondo de Consolidación Minera

Este Fondo, creado por Decreto Supremo N° 040-81-EM/AJ (dictado al amparo del inciso 20 del artículo 211° de la Constitución), tiene por finalidad otorgar ayuda financiera a los productores de la mediana y pequeña minería a fin que puedan restituir parte de su liquidez perdida por la baja de los precios internacionales de los productos dos minerales. Su patrimonio está constituido por la suma de US\$ 40'000.000 y es administrado por el banco minero del Perú.

#### 4.1.5.2. Fondo de Desarrollo Agrario, FONDEAGRO

El fondo de desarrollo agrario fue creado por el artículo 134° de la ley 20430 que establece las normas

de financiamiento para el sector público para 1985.

Dicho dispositivo establece que el objeto de FONDEAGRO es el de financiar los proyectos y programas de interés dura básica para el agro, referente mente para otorgar precios de garantía y refugio en la sierra; que serán ministrado por un directorio y una secretaría ejecutiva y señalar los recursos de dicho Fondo.

Adicionalmente, el artículo 13° del reglamento de FONDEAGRO, aprobado por decreto supremo N° 074-85-AG precisa que son beneficiarios del fondo los productores individuales y asociativos y las entidades públicas descentralizadas que tengan relación con el desarrollo agrario.

#### 4.1.5.3. Fondo de reactivación pesquera.

Creado por decreto supremo N° 005-85-PE (dictado al amparo del inciso 20 del artículo 211° de la constitución. El fondo de reactivación pesquera tiene por finalidad otorgar apoyo financiero a las empresas dedicadas a las actividades de extracción y transformación, otorgando préstamos para la adquisición de embarcaciones destinadas a la pesca de consumo humano directo y su equipamiento y para equipos y maquinarias destinadas la perfeccionamiento tecno lógico de la industria pesquera.

Dicho Fondo, según señala el citado dispositivo, se constituye con los recursos que se recauden por concepto del impuesto creado por decreto legislativo 167 y es administrado por un comité presidido por un representante del ministerio de pesquería.

#### 4.1.5.4. Fondo de desarrollo de la ganadería lechera.

Según establece el decreto supremo N° 101-85-AG (dictado al amparo del inciso 20 del artículo 211° de la constitución, el fondo de desarrollo de la ganadería lechera tiene propuesto fomentar el desarrollo de la producción lechera orientada a lograr el autoabastecimiento nacional.

El patrimonio de este fondo fue constituido por un aporte de 50,000 millones de soles para el periodo agosto - diciembre de 1985, que se incrementarían de 12,500 millones de soles mensuales a partir de enero de 1986.

La misma norma dispone que el fondo de desarrollo de la ganadería lechera se administrado por la empresa nacional de comercialización e insumos. Siendo sus beneficiarios los productores individuales y asociados que entreguen leche fresca a las plantas industriales.

#### 4.1.5.5. Fondo Nacional de Inversiones y Empleo FIE

El Fondo Nacional de Inversiones y Empleo puede ser considerado como una suerte de mixtura de fondeo de inversión y fondo de desarrollo, con la variante de haber sido creado por el estado y no por particulares.

Las normas del derecho supremo N° 047-87-EF (dictado al amparo del inciso 20 del artículo 211° de la constitución) que creo el Fie tienen gran coincidencia con lo que hemos señalado en el capítulo anterior al tratarlos fideicomisos de inversión.

En efecto, el FIE es constituido por el Estado, pero su patrimonio puede ser incrementado por cualquier persona natural o jurídica a través de la adquisición de certificados de depósito convertibles (CED) emitidos por el fondo. Los recursos así obtenidos, deberán ser aplicados por el administrador del fondo, la cooperación financiera de desarrollo S. A., En proyectos de inversión descentralizados en actividades realizadas en los planes nacionales de desarrollo vigentes o a la adquisición de acciones de las empresas no financiadas del Estado.

Los CED adquiridos por personas naturales o jurídicas, además de ser transferibles a través de la bolsa de valores, devengan un interés pagadero trimestralmente, y serán remitidos mediante su canje por acciones de las

Empresas en las que COFIDE había invertido en los recursos del Fondo.

#### 4.2. CONVENIENCIA DE UNA LEY GENERAL DE FIDEICOMISOS

Hemos visto hasta ahora que es el fideicomiso, como es utilizado en otros países latinoamericanos y cuál es nuestra legislación a este respecto. Ahora bien, es necesario mejorar esa legislación, es a esa interrogante a la que se pretende dar respuesta en el presente punto.

##### 4.2.1. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO EN LAS CIRCUNSTANCIAS ACTUALES.

Un principio que caracteriza la actividad bancaria en Latinoamérica es el de la especialidad del objeto de los intermediarios financieros, que se ha traducido en la práctica en la creación sucesiva de entidades distintas, cada una con un objeto específico y restrictivo y con mecanismos propios de captación y colocación de recursos.

Este sistema, que en el Perú ha significado la existencia de una banca comercial, banca de fomento,

financieras, etc., ha producido resultados positivos al profesionalizar a cada uno de los intermediarios financieros, obligándolos a perfeccionar sus mecanismos, formar expertos en áreas particulares y desarrollar nuevos sistemas de captación y colocación de recursos.

Sin embargo el sistema producido también inconvenientes, pues la superposición frecuente de facultades e instrumentos ha conducido a varios intermediarios a competir por un mismo mercado, cuando en teoría debía atender a sectores distintos; pero además, ha obligado a los usuarios a tener que entenderse con un número crecido de entidades para obtener finalmente un solo servicio; el financiero, lo que se traduce en un encarecimiento de los servicios y la ineficiencia en su prestación.

De otro lado, existe un fenómeno que, aunque presente en todos los tiempos, se ha presentado en los últimos años con especial agudeza; la inflación. Ella ha conducido al encarecimiento del costo del dinero, pues al interés real debe agregarse una compensación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a fin de hacer rentable cualquier operación de crédito.

Además, la inflación ha producido un efecto muy

importante que es la transformación en los hábitos de los depositantes. En efecto, los depósitos en cuenta corriente, a la vista y usualmente no remunerados, han cedido su lugar a los depósitos onerosos (ahorros y plazo), que han pasado a constituir la principal fuente de recursos de los sistemas bancarios.

Como consecuencia de esta situación dichas entidades se ven empujados a colocar fondos en actividades de mayor riesgo relativo, con consecuencias particularmente graves pues por lo general esto produce un incremento en la cartera pesada de las instituciones financieras -es decir, aquellos créditos que difícil o dudosa recuperación- lo que a la larga puede traducirse en la liquidez sino en la quiebra de la institución.

A todo esto debemos agregar que ante la inflación, las autoridades económicas se ven obligadas a utilizar todos los medios a su alcance para combatirla, y uno de los medios más utilizados es la de aumentar el encaje bancario a fin de disminuir la cantidad de dinero en circulación, lo que disminuye los recursos disponibles para prestar.

Todo lo anterior ha ocasionado que la banca comercial, la más afectada por ser la que tradicionalmente opera en el corto plazo, haya perdido gran parte del interés



por la intermediación crediticia, pues las disponibilidades disminuyen, se reducen los márgenes de utilidad y aumentan los riesgos. Por ello, los bancos comerciales han empezado a evolucionar incrementando la prestación de servicios financieros y de información, mediante la celebración de negocios productores de comisiones antes que generadores de intereses.

De otra parte, no sólo la banca comercial se ha visto afectada, la banca de fomento, orientada tradicionalmente a proporcionar recursos financieros y asistencia técnica a los sectores productivos y movilizar el ahorro público y privado para canalizarlo hacia el financiamiento de la inversión, también se ve afectada en la actualidad por circunstancias que afectan al cumplimiento de sus objetivos.

Como señala Báez Carrera, la naturaleza del crecimiento económico de los países en vías de desarrollo ha supuesto un incremento de las inversiones en sectores productivos caracterizados por una mayor densidad de capital y, consecuentemente, una demanda cada vez mayor de recursos financieros de mediano y largo plazos, lo cual hace que, a medida que evoluciona en las economías de tales países aumente la importancia relativa de los bancos de fomento.<sup>10</sup>

Esto empero, no ha ido aparejado con un incremento proporcional en los recursos destinados a los bancos de fomento, ante lo cual éstos se ven obligados o a dar menos recursos para cada operación o a dejar operaciones sin atender por falta de recursos, siendo cualquiera de las dos posibilidades igualmente negativas para la economía, pues mientras que los recursos insuficientes retrasan e incluso pueden hacer peligrar el buen éxito de una empresa, la falta de una provisión oportuna de recursos puede ocasionar el descalabro de una empresa ya constituida por la pérdida de una buena oportunidad de inversión productiva.

Debido a ello, las autoridades monetarias se han visto precisadas a iniciar mecanismos que permitan a la banca comercial destinar parte de sus recursos al financiamiento de operaciones tradicionalmente atendidas por la banca de fomento, mientras que ésta se ha visto en la necesidad de encontrar mecanismos que le permitan, de una parte, una mayor captación de recursos privados y por otro lado, poder participar en las empresas que fomenta no en forma permanente sino transitoria, a fin de poder distribuir mejor sus disponibilidades en el tiempo entre el mayor número posible de actividades productivas.

Pero no sólo es el sector financiero el que enfrenta

problemas. Como se señala en el Informe Final del seminario " *El Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*", será muy difícil alcanzar en los próximos años los niveles de crecimiento económico experimentados por América Latina en general en las décadas pasadas: el actual contexto económico internacional presenta -y sobre todo en el caso del Perú- una significativa reducción de los flujos de recursos externos destinados a financiar proyectos de desarrollo, lo que vuelve imperativa la necesidad de contar con nuevos mecanismos que permitan una mayor colaboración entre los países del área, a fin de lograr un desarrollo, por lo menos, equilibrado.

Frente a todo esto, el fideicomiso constituye un instrumento sumamente apropiado y flexible; la administración de recursos de origen estatal para fines de desarrollo, la canalización del ahorro interno a finalidades de desarrollo, la movilización de inversiones externas en que se combinan aportes de capital y tecnología, el establecimiento de fórmulas en cooperación financiera entre países y entre entidades de un mismo país, el establecimiento de mecanismos de garantía que sustituyan a los tradicionales en los casos que éstos se hagan de difícil o inconveniente aplicación, el permitir a la banca comercial la intervención en negocios nuevos que excedan su

tradicional papel del corto plazo, todo ello a través del fideicomiso, son entre otras, algunas de las posibilidades que ofrece esta institución.

Por otra parte, el fideicomiso presenta ventajas intrínsecas, como su estructura finalista y la presencia de un gestor profesional. En lo que se refiere a los primeros, como señala Rodríguez Azuero *"en el mundo en que vivimos los problemas requieren respuestas, no sólo posibles esperanzas sino realizaciones que satisfagan necesidades. Dolorosamente, no son pocas las ideas que se esbozan con gran entusiasmo y que se agotan en el nivel de planeación. O las realizaciones tardías, ineficientes, que llegan lentamente a su fin excediendo presupuestos, provisiones y, frecuentemente, la paciencia de los destinatarios"*.<sup>11</sup>

Ante este problema el fideicomiso aparece como un instrumento ideal por su estructura finalista, pues todo en él se orienta a la consecución de la finalidad señalada por el constituyente y todo aquel fideicomiso subsista y no se frustre.

Esta estructura finalista permite un mayor grado de seguridad de que el fin deseado va a ser conseguido y permite, asimismo, que tanto quien desea la consecución

de dicha finalidad como quien se va a beneficiar de ella mantenga un estricto control sobre la entidad encargada de su realización, ya que, sin embargo, se mantiene independiente de ellos.

De otro lado, en el mundo comercial la gestión profesional resulta un elemento insustituible dentro de la organización de cualquier empresa, sea cual fuera el fin que ésta tenga. Pero además, en el fideicomiso esta gestión se encarga a una entidad especializada, vigilada por el Estado y, por regla general, con comprobada experiencia en el campo de los negocios, con relaciones evidenciadas con el mundo económico y usualmente con equipos directivos de alta calificación profesional.

La presencia del fiduciario, entonces, se convierte en una gran ventaja pues, será una entidad financiera pública o privada, sus recursos profesionales le permiten comprometerse y participar en la ejecución del fideicomiso con criterios empresariales claros y presentes a lo largo de todo el desarrollo del proyecto respecto de aspectos tales como costos, productividad, controles, etc.

Por lo demás, el fideicomiso no es una institución novísima con los consiguientes riesgos que ello

implica; países como México, Venezuela o Colombia, muy similares al nuestro, muestran numerosas y comprobadas experiencias positivas en su utilización.

Debe tenerse presente, empero, que el fideicomiso no será, de por sí, una panacea contra todos los problemas que aquejan a nuestra economía; pero consideramos que, dependiendo del manejo que se le dé, puede construirse en un excelente instrumento para el mejor manejo de nuestros escasos recursos económicos.

#### 4.2.2. DEFECTOS DE NUESTRA LEGISLACIÓN SOBRE FIDEICOMISO.

Aun cuando en al revisar nuestra legislación referida al fideicomiso no nos hemos detenido a analizar todas y cada una de las normas que se han dictado relacionadas con dicha institución, consideramos que la selección ha sido bastante representativa y nos pueda dar una buena idea de cuáles son sus rasgos característicos.

En primer lugar, hemos podido comprobar que el fideicomiso no ha sido comprendido cabalmente por el legislador lo que se ha manifestado, por ejemplo, al regular incongruentemente la titularidad del patrimonio del fideicomiso.

Esta falta de comprensión se traduce a su vez, consideramos, en una especie de temor hacia el fideicomiso de tal modo que, a pesar que se ha utilizado, se obvia toda mención a esta institución.

En segundo lugar, el fideicomiso ha sido legislado para casos específicos, impidiéndose que una herramienta el juicio utilidad ha sido comprobada en otros países y en nuestro pueda ser usadas libremente por personas distintas del Estado, es que han monopolizado la institución utilizándola sólo para los fines que ha creído conveniente, impidiendo el mayor desarrollo que, en nuestra opinión, con llevarla su práctica por entidades no estatales, como podría ser el caso del fideicomiso laboral.

La inexistencia de una norma que sirva de marco general a cada fideicomiso en particular ha dado lugar a una legislación incompleta y a la falta de uniformidad entre dispositivos que, se supone, están regulando una misma institución lo que, si bien hasta ahora no ha originado problemas porque todas las entidades involucradas están, de una forma u otra, sujetas al control del Estado, impide también su expansión fuera de ese ámbito.

#### 4.2.3. LA LEY GENERAL DE FIDEICOMISOS.

Vemos pues, tanto por razones de orden práctico como por razones de orden jurídico, es necesario mejorar nuestra legislación a fin de permitir un uso más difundido del fideicomiso.

Esta mejora consideremos, debe producirse a través de una norma que regule el fideicomiso con carácter general y que, uniformados criterios, defina claramente cuáles son las características de la institución.

En este último punto veremos cuáles son las características que debería tener esta norma.

Por un lado, como hemos visto, una de las notas principales del fideicomiso es la constitución de un patrimonio separado.

Estos patrimonios separados, según ya hemos señalado, son excepciones al principio general según el cual todo el patrimonio de una persona responde por sus obligaciones (responsabilidad patrimonial ilimitada): por ello, los casos en que pueda constituirse un patrimonio separado no pueden quedar al libre arbitrio de las personas, pues si no una persona podría burlar fácilmente a sus acreedores "separando" su patrimonio.



Por esa razón, como señala Messineo, el individuo no puede quedar patrimonios separados si no existe un ley que se lo permite.<sup>12</sup>

De otra parte, hemos visto que, eventualmente, el fideicomitente podría revivir al fiduciario la transferencia de los bienes o derechos fideicomitidos. Esta prohibición, conforme a lo dispuesto por el artículo 883° del código civil, debe estar permitida por una ley.

En tercer lugar, hemos visto al revisar la legislación peruana sobre el tema que existen en ella instituciones que, de extenderse el uso del fideicomiso, podrían crear confusión: nos referimos al caso del "fideicomisario" a que se refieren el código civil y la ley General de sociedades. A fin de evitar ese problema señalamos también que sería recomendable modificar el término con que dichas normas denominan al representante de los tenedores de obligaciones o de los títulos a que se refiere el artículo 1108° del código civil.

Por tales razones, consideramos que la norma que regula se con carácter general el fideicomiso debe tener rango de ley.

En otro aspecto, Mario Carregal es de la opinión que, al regularse el fideicomiso, no debe legislarse minuciosamente la materia, "hasta tanto la práctica fecunda haga vivir esta institución y se detecte la real necesidad de corregir, encauzar o enfatizar determinadas tendencias o variables jurídicas económicas", pues de lo contrario se corre el riesgo de crear normas divorciadas de la realidad. <sup>13</sup>

Agrega dicho autor que "primero debe darse el fenómeno científico, económico o social y recién después debe darse las normas destinadas a reglamentarlo según el interés general". <sup>14</sup>

Aún cuando no discrepamos totalmente con el autor citado, consideramos que al legislar sobre el fideicomiso hay que tener presente que es una institución sin mayores antecedentes en nuestro derecho y, lo que es más importante. Sin un estudio profundo por parte de nuestra doctrina que pudiese suplir la ausencia de una legislación más o menos detallada.

Debe tenerse en cuenta, además, que por la peculiar estructura del fideicomiso la protección de las partes contra el abuso por parte del fiduciario adquiere una importancia capital, pues de lo contrario al uso de la institución podría anular todas sus ventajas y

volverla inútil, por la desconfianza de las personas hacia ella.

Ello no impide, creemos, que una vez que la doctrina y las personas en general hayan adquirido una mayor familiaridad con la institución, se pueden corregir o enfatizar las tendencias o variables jurídicas o económicas a las que se refiere Carregal.

Por ello somos de la opinión que una ley sobre fideicomisos, además de contener aquellas normas que fijen sus principios esenciales y aquellas destinadas a la protección del fideicomitente y del fideicomisario, estas últimas interrogables por la voluntad de las partes, debe servir de guía para las personas que vayan a utilizar el fideicomiso.

Como anexo insertamos al final de esta tesis un anteproyecto de ley que es la cristalización de estas ideas y de las que hemos expuesto a todo lo largo de este trabajo.

## NOTAS

1. Citado por: DULANTO Swayne, Juan Carlos. *El Fideicomiso y las Comisiones de Confianza en las Legislaciones Peruana y Comparada*. Tesis para optar el Grado de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1967. P.95.
2. DULANTO Swayne, Juan Carlos. ob. cit,. P. 94.
3. DULANTO Swayne, ob. cit,. P.96
4. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975. P. 240.
5. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil; Los Derechos Reales de Garantía*. Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica, 1967, Tomo II, p. 460.
6. El artículo 183° de la Ley General de Sociedades establece: "Cuando se designe gerente a una persona jurídica esta debe nombrar inmediatamente a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades que señalan los artículos 181°, 182° y 186°, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente de ésta"
7. El artículo 227° de la Ley General de Sociedades señala que la emisión de obligaciones puede ser garantizada por medio de hipoteca, prenda de afectos públicos, prenda con desplazamiento o sin ello garantía del Estado, de personas jurídicas de derecho público o de alguna entidad para - estatal, otorgada conforme a la legislación pertinente.
8. DURAND, Palacios, Augusto. *El fideicomisario en la ley de Sociedades Mercantiles*. Tesis para optar el grado de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1970. P. 23.
9. DE ARRILLAGA, José Ignacio. *Emisión de Obligaciones*

- y *Protección de los Obligacionistas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. P. 255.
10. BAEZ Carrera, Leopoldo. *Suscripción y colocación de emisiones de Valores. Inversión temporal en el patrimonio de empresas*. Ponencia presentada en el seminario *Nuevas Modalidades de Financiamiento para el desarrollo de América Latina*. Quito, Ecuador, octubre - noviembre de 1979, fotocopias.
  11. RODRIGUEZ Azuero, Sergio. *EL Fideicomiso Bancario y el Financiamiento del Desarrollo*. Ponencia presentada en el *Seminario Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*. Rosario, Santa Fe, Argentina, Junio de 1983, fotocopias.
  12. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil Y Comercial* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 197, tomo II. p. 263.
  13. CARREGAL, Mario. *El Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982. p.14.
  14. CARREGAL, Mario. ob. cit., loc. cit.

## CONCLUSIONES

1. En Roma el fideicomiso era una institución del derecho sucesorio, que consistía en el ruego que el testador (fideicomitente) hacía un heredero o legatario (fiduciario) para que hiciera una determinada prestación o entregada un bien determinado o una parte o toda la herencia o legado a una tercera persona (fideicomisario).

Originalmente eran encargados basados exclusivamente en la buena fe del fiduciario, pero con el tiempo los fideicomisarios recibieron la protección del derecho, reconociéndoles entre otros el derecho a exigir la entrega del fideicomiso.

El fideicomiso pasa a través del derecho romano a la Europa feudal y, al hacer crisis el sistema de propiedad feudal, fue utilizado como una forma de

estancar la propiedad inmobiliaria en poder de las clases altas por lo que, con el advenimiento de la revolución francesa y el liberalismo se prohibió definitivamente.

2. Paralelamente al fideicomiso existía en Roma la fiducia, que era un acto entre vivos mediante el cual una persona (fiduciante) transmitía a otra (fiduciario) la propiedad de un bien, agregándose un convenio por el cual aquél que percibía la propiedad se comprometía a devolver la a quien se la había transferido o a darle el fin acordado por las partes cuando se produjera determinadas circunstancias.

Al igual que en el caso del fideicomiso, la fiducia era inicialmente una obligación puramente moral, pero luego se concedió al fiduciante una acción que le permitirá exigir al fiduciario la restitución del bien o una indemnización con no la restitución fuese imposible.

Con la aparición del mandato, la prenda y el depósito, la fiducia cayó en desuso.

3. El trust es una institución desarrollada en Inglaterra como un esquema algo similar al

fideicomiso y la fiducia romanos, pero que parte de una base distinta.

Durante muchos siglos coexistieron en Inglaterra dos jurisdicciones, la de Derecho Común y la de Equidad. Ambas serán aplicadas por tribunales distintos, tenían sus propios principios y fueron totalmente independientes hasta 1873, cuando las jurisdicciones fueron fusionadas aún que manteniéndose sus principios autónomos. La diferencia entre ambas jurisdicciones que tuvo mayor influencia en el desarrollo del trust era que, mientras la sentencia recaída en un juicio de Derecho Común creaba y declaraba derecho en el actor, la recaída en el juicio de Equidad imponía deberes al demandado.

El trust se desarrolla del uso, que originalmente era un pacto de orden moral que consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre (feoffee to use), y en quedaba obligado a poseerlas en provecho de un tercer (cestui que use) que era quien en realidad se beneficiaban con la propiedad. Estos pactos no eran reconocidos por el derecho común pero, ante los reclamos de los beneficiarios contra feoffees infieles, recibieron



la protección de los Tribunales de Equidad.

Ello dio origen a una singular situación que es, en esencia, el fundamento del trust: si bien los tribunales de equidad no podía modificar los derechos legales del feoffee podrían castigarlo si se obstinaba en hacerlos efectivos en contra del pacto por lo que, finalmente, la persona a la que correspondía el título legal de determinados bienes podía ser obligada a ejercitar sus derechos en beneficio de otra persona.

A partir de ese momento el uso comienza a desarrollarse rápidamente -pese a algunos intentos por eliminarlo pues también podría ser usado con fines ilícitos y que dieron lugar al surgimiento del trust que era una variedad de uso- se precisaron los derechos del beneficiario y las obligaciones del trustee y se desarrollaron nuevas variedades de trust que permitieron utilizarlo en cualquier situación en la que fuese aconsejable separar la administración de los bienes de su provecho económico.

4. A comienzos de este siglo, el incremento de la representación norteamericana en América Latina llevó a juristas de esta parte del continente aún mayor

contacto con el derecho privado anglo-sajón, entre cuyas instituciones encontraron el trust. La versatilidad y utilidad que había alcanzado esta figura indujo a estos abogados a intentar incorporarlo a sus propios sistemas jurídicos de base romano-germánica la primera vez que se hace es en Panamá en 1925, y de ahí se extenderá por diversos países americanos.

Esta versión romanista del trust se denominó fideicomiso, pese a la escasa vinculación con la figura romana. Empero, pese a las críticas de tal denominación original, se ha impuesto en todos los países que lo han legislado con excepción de Colombia.

5. No es posible dar un concepto único de fideicomiso por cuanto los países que lo han incorporado a sus legislaciones han adoptado distintas nociones de acuerdo a la teoría sobre la naturaleza jurídica a la que se han adscrito. Todas las definiciones, sin embargo, coinciden en una misma esencia: *una figura jurídica por la cual Quinn tiene las facultades que confiere la titularidad de un patrimonio (fiduciario) o la CFC para su propio beneficio, como normalmente sucede, sino que está obligado a ejercerlas para la consecución de un fin*

*predeterminado por el constituyente del fideicomiso (fideicomitente) en beneficio de sí mismo o de un tercero (fideicomisario), quedando ese patrimonio separado de todo otro de tal forma que este exclusivamente dedicado a lograr la finalidad y no pueda tener efectos sobre aquél los actos no relacionados con ese fin.*

6. Los juristas han comprado grandes dificultades para definir la naturaleza jurídica del fideicomiso y es porque es, en el fondo, ello implica definir con principios y elementos propios de nuestro derecho una institución que tenga las mismas características que el trust, que es una institución completamente ajena a nuestro derecho, tanto por su desarrollo como por su estructura.

En realidad, hasta ahora no ha podido elaborarse una explicación que satisfaga plenamente y que quede libre de objeciones. Consideramos que esto se debe a que se analiza el fideicomiso con la idea preconcebida de encasillarlo en alguna figura jurídica preexistentes o en una combinación de estas. El fideicomiso es una distinta y original, porque en realidad no tiene relación con ninguna otra figura conocida de nuestro derecho y porque ha sido creada para cumplir funciones que no

podrían lograrse o cuya realización resultaba demasiado complicada si se utilizaban los instrumentos tradicionales que el derecho vigente proporcionaba.

Resulta ilógico, entonces, pretender encontrar analogías dentro del sistema jurídico o una institución que se origina, justamente, por una carencia del sistema. Por ello, si hemos podido comprobar que la naturaleza y efectos del fideicomiso no son asimilables a los de otras figuras jurídicas, debemos aceptar que es una figura original, con sus propias características.

7. Las características del fideicomiso son las siguientes:

a. se constituye por acto entre vivos o mortis causa. Además, algunas legislaciones permiten a los jueces constituir fideicomisos y se admite también que un fideicomiso pueda ser constituido por la ley.

b. Es irrevocable, salvo que el fideicomitente se hubiese reservado el derecho de revocarlo en la constitución.

- c. Es una afectación de Patrimonio. Esta afección es definitiva, porque ya no se podrá cambiar el destino del patrimonio fideicomitado, y exclusivo porque dicho patrimonio no podrá ser dedicado a una finalidad diferente de aquella para la cual se constituyó el fideicomiso.
  
- d. La titularidad de los bienes o derechos fideicomitados recaerá exclusivamente en el fiduciario por lo que, en caso que éste sea una persona distinta del fideicomitente, éste deberá pedirle dicha titularidad.
  
- e. Confiere el fideicomisario un derecho de crédito pero con protecciones especiales pues éste tiene una especie de derecho de persecución sobre los bienes y derechos fideicomitados y su derecho debe ser referido a cualquier otro constituido con posterioridad, siempre que el titular de este último lo hubiese adquirido a título gratuito o hubiese conocido del fideicomiso.
  
- f. Es oponible a terceros, la oponibilidad es relativa porque no puede oponerse al tercero adquirente a título oneroso de buena fe, pero si se tiene en cuenta que el fideicomiso generalmente se inscribe en el registro al que

corresponden los bienes o derechos fideicomitidos, en la práctica puede resultar oponible a todos.

g. Es una operación bancaria. Aunque esta no es una característica esencial del fideicomiso, casi todos los países que lo han legislado han establecido que el fiduciario debe ser necesariamente una institución bancaria o financiera autorizada por el Estado.

Concordamos en que ello resulta más prudente por tratarse de una institución nueva en la que la confianza desempeña una función muy importante.

8. Como ya hemos señalado, el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o mortis causa. Éste es un acto unilateral del fideicomitente y debe contener, por lo menos, la designación del patrimonio sobre el cual va a recaer, la finalidad del fideicomiso y la determinación del o los beneficiarios del fideicomiso o por lo menos la forma en que éstos serán determinados. Todos los demás aspectos pueden ser suplidos por la ley o por el juez.

Esta constitución debe sujetarse a las mismas formalidades que la donación, puesto que generalmente implica un acto de disposición a

título gratuito de bienes; además, cuando los bienes o derechos sobre los cuales recaigan serán registrados o registrales deben inscribirse en el registro respectivo.

9. El fideicomiso puede constituirse con cualquier tipo de bienes o derechos cuya transmisibilidad esté permitida por la ley. Estos bienes o derechos se constituyen en un patrimonio separado, es decir se separan del patrimonio del fideicomitente pero no se integran al resto del patrimonio del fiduciario o del fideicomisario, pues no puede ser destinado a una actividad no relacionada directamente con el fin del fideicomiso ni responde por obligaciones ajenas a ella.

Esto no significa que el patrimonio del fideicomiso carezca de titular, el titular es el fiduciario y él es quien puede ejercer todas las facultades inherentes a tal titularidad, con la limitación de ejercerlas en función de la finalidad del fideicomiso.

10. El fideicomiso puede tener cualquier finalidad, siempre que ésta sea lícita y esté determinada en la constitución del fideicomiso.

Pueden establecerse fines alternativos o consecutivos de tal manera que concluirá la finalidad original o habiéndose vuelto este imposible, el fideicomiso es una nueva finalidad.

11. Las partes del fideicomiso son tres: fideicomitente, quien constituye el fideicomiso, fiduciario, quien lo administra; y fideicomisario, quien recibe los beneficios. Empero, basta con que participen en el sólo dos personas, pues se admite que el fideicomitente se designe asimismo como fiduciario o que constituyan el fideicomiso en su propio beneficio. Se admite también la pluralidad de cada una de las partes.

12. El fideicomitente debe necesariamente tener la facultad de disponer libremente de los bienes o derechos con los que constituye el fideicomiso. Cuando existe pluralidad de fideicomitentes estos deben ser considerados como acreedores de una prestación indivisible.

El fideicomitente tiene derecho a fiscalizar la gestión del fiduciario, entre otros derechos y además de aquellos que se puedan reservar al constituir el fideicomiso. En cambio, la única



obligación a su cargo sería la de perfeccionar la transferencia al fiduciario de los bienes o derechos fideicomitidos.

13. El fiduciario es el titular del patrimonio fideicomitido y quien se encuentra obligado a administrarlo para la consecución del fin. En general, debe ser una institución bancaria o financiera debidamente autorizada por el Estado para desempeñar tal tipo de funciones.

Su designación y la de su sustituto, cuando sea el caso, la efectúa el fideicomitente y a la falta de ésta la hace el juez a solicitud de parte interesada.

Puede designarse más de un fiduciario para que actúen conjunta o sucesivamente. Cuando actúan conjuntamente, sus decisiones se toman por mayoría. Todos son solidariamente responsables por cualquier violación del fideicomiso, salvo que, pese a un desempeño diligente del cargo hubiese ignorado del acto violatorio o no hubiese podido hacer nada para impedirlo.

El fiduciario de todas las facultades sobre los bienes o derechos fideicomitidos salvo prohibición

expresa por parte del fideicomitente. Dichas facultades deben ser ejercidas en función de la finalidad del fideicomiso y de acuerdo a las instrucciones que la hubiese dejado el fideicomitente.

Su principal obligación es la de ejecutar todos los actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. Además tiene las siguientes obligaciones:

- a. Mantener el patrimonio del fideicomiso separado del suyo y de los demás fideicomisos que administrase;
- b. Desempeñar su función con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar;
- c. Conservar adecuadamente los bienes fideicomitidos, oponerse a toda acción que se promueva contra el patrimonio del fideicomiso y adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar o hacer efectivos los créditos que formen parte de aquel;
- d. Hacer productivo el patrimonio fideicomitado;
- e. llevar una contabilidad separada para el fideicomiso; y
- f. rendir cuentas periódicamente al fideicomitente

y al fideicomisario.

El cumplimiento de sus obligaciones no puede ser delegado, salvo que se hubiese autorizado expresamente.

El fiduciario tiene derecho a una remuneración, salvo disposición expresa en contrario, y a solicitar al juez instrucciones en caso de duda sobre el alcance de sus facultades o cualquier otro término del fideicomiso.

Su renuncia se tramita ante el juez y sólo puede ser formulada por causa justificada. Del mismo modo, su remoción se tramita ante el juez y sólo puede ser requerida por falta grave.

14. El fideicomisario deben ser determinado en la constitución del fideicomiso o, cuando menos, se deben dar las pautas para su determinación. En general, puede ser fideicomisario cualquier persona que tenga capacidad de goce de los beneficios que para ella se deriven del fideicomiso.

Por lo general el fideicomisario no tiene obligación alguna que cumplir, salvo que se hubiese establecido expresamente alguna cuyo cumplimiento

condicione su derecho a percibir los beneficios relativos del fideicomiso.

Los derechos del fideicomisario son los siguientes:

- a. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de su obligación y hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento;
- b. Solicitar que se declare la ineficacia de los actos realizados por el fiduciario en violación del fideicomiso y exigir la restitución al patrimonio fideicomitido de los bienes o derechos indebidamente salidos de él;
- c. Impugna toda medida preventiva o de ejecución contra el patrimonio del fideicomiso por obligaciones no derivadas del mismo;
- d. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas;
- e. Exigir la remoción del fiduciario;
- f. Renunciar a los beneficios que para él se deriven del fideicomiso; y
- g. Transferir sus derechos, salvo que el fideicomitente dispuesto de modo distinto o que de la naturaleza del fideicomiso se derivase su transferibilidad.

15. El fideicomiso de mina por las siguientes causales:

- a. Por la consecución de la finalidad para la cual se constituyó un por tornarse está imposible;

- b. Por el vencimiento del plazo por el que fue constituido;
- c. Por el cumplimiento de la condición resolutoria que este sujeto;
- d. Por la revocación por el fideicomitente, cuando se hubiese reservado el derecho de hacerlo;
- e. Por acuerdo entre el fideicomitente y el fideicomisario; y
- f. Por falta de fiduciario, cuando se imposible sustituirlo.

A la terminación del fideicomiso el fiduciario debe **restituir el patrimonio del mismo al fideicomitente o a** quien este hubiese designado.

16. Desde la introducción del fideicomiso en los países latinoamericanos se han desarrollado diversas modalidades del mismo, contándose entre las principales del fideicomiso de inversión, que es utilizado para asignar recursos a áreas determinadas de la economía o para permitir la inversión de instituciones extranjeras; el de garantía, que ha reemplazado comentadas a la prenda o la hipoteca, etc.

En general, la realización de este tipo de operaciones ha tenido efectos muy beneficiosos,

Permitiendo por ejemplo a los bancos comerciales salieron de su ámbito tradicional del corto plazo incursionar en el financiamiento del desarrollo a largo plazo, amén de nuevos negocios y operaciones; la banca de fomento no ha utilizado como mecanismo de captación y asignación de recursos; ha servido para canalizar inversión extranjera o para beneficiar a los trabajadores, para la canalización de ahorro interno a finalidades de desarrollo, la movilización de inversiones extranjeras que se convienen con aportes de capital y tecnología, el establecimiento de fórmulas de cooperación financiera entre países y entre entidades financieras del mismo país, etc.

17. Es importante destacar que el fideicomiso representa un claro ejemplo de la forma como las necesidades de cada medio incluyen sobre las instituciones jurídicas pues, mientras que en Roma el fideicomiso era una institución exclusiva del derecho sucesorio y el trust, modelo del actual fideicomiso, es utilizado básicamente como una fundación con fines privados, en Latinoamérica el fideicomiso se ha desarrollado principalmente como un mecanismo que permite separar un determinado patrimonio para afectarlo o una finalidad específica sin recurrir a la creación de una

persona jurídica.

18. En el Perú enfrentamos una serie de problemas que afectan nuestro desarrollo, principalmente la escasez de recursos y sí difícil e ineficiente asignación para áreas prioritarias. Las instituciones del sistema financiero enfrentan también problemas ocasionados por la creciente inflación y el encarecimiento y escasez de recursos. Todos ellos problemas a los que en otros países se ha enfrentado exitosamente utilizando el fideicomiso.

19. Sin embargo, nuestra legislación sobre el tema se ha caracterizado por la falta de una comprensión cabal de la institución y por su regulación exclusiva para casos específicos.

La ausencia de una norma que sirva de marco general para cada fideicomiso en particular ha dado origen a una legislación incompleta y falta de uniformidad y ha impedido su expansión fuera del ámbito del Estado y de las entidades sujetas a su control, lo que ha limitado enormemente su desarrollo.

20. Por ello consideramos que es necesario mejorar nuestra legislación a fin de permitir un uso más

difundido del fideicomiso. Esta mejora debe producirse a través de una norma que regule el fideicomiso con carácter general y que, uniformando criterios, defina claramente las características de la institución.

Esta norma debe tener rango de ley, principalmente, porque el fideicomitente eventualmente puede prohibir el fiduciario transferir o gravar los bienes o derechos fideicomitados y porque sería necesario modificar el código civil y la ley General de sociedades a fin de modificar la denominación del representante de los obligacionistas y de los tenedores de los títulos a que se refiere el artículo 1108° del Código Civil.

Dicha norma, además de contener aquellas normas que exigen sus principios esenciales y las destinadas a la protección del fideicomitente y el fideicomisario -estas últimas de orden público-, debe contener una regulación detallada de la institución a fin que puedan servir de guía para las personas que vayan a utilizar el fideicomiso.



**APÉNDICE**  
**ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL**  
**DE FIDEICOMISOS**

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Por el fideicomiso, el fideicomitente afecta ciertos bienes o derechos a una finalidad determinada en beneficio del fideicomisario. La administración de los bienes o derechos fideicomitados para la consecución del fin del fideicomiso era encargada al fiduciario, quien será el titular de dichos bienes o derechos.

Artículo 2º.- El fideicomiso se constituye por ley o por acto entre vivos o mortis causa.

Artículo 3º.- La Constitución de un fideicomiso podrá hacerse verbalmente cuando verse sobre bienes muebles cuyo valor no exceda de \_\_\_\_\_ Unidades Impositivas Tributarias vigentes en el momento de la constitución.

Cuando se constituye el fideicomiso sobre bienes muebles o derechos cuyo valor exceda del señalado en el

Párrafo anterior hasta un máximo de \_\_\_\_\_ Unidades Impositivas Tributarias, la constitución deberá constar por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, debiendo especificarse y valorizarse los bienes o derechos en el instrumento respectivo.

Si el fideicomiso se constituye sobre bienes muebles o derechos cuyo valor sea superior a \_\_\_\_\_ unidades impositivas tributarias sobre bienes inmuebles, la constitución deberá constar por escrito pública en la que se individualicen y valoricen los bienes o derechos fideicomitidos, bajo sanción de nulidad.

Artículo 4º.- Se puede construir fideicomiso sobre cualquier tipo de bienes o derechos que sean libremente transmisibles por el fideicomitente.

Artículo 5º.- En caso de que recayese sobre bienes o derechos sujetos al registro, la constitución del fideicomiso y la aceptación del fiduciario, en su caso, deberá inscribirse en el registro respectivo. La partida correspondiente deberá contener las facultades del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado.

Artículo 6º.- Los bienes y derechos fideicomitados se constituye en un patrimonio separado afectado a la finalidad del fideicomiso; no puede ser dedicado a

actividades ajenas a dicha finalidad ni responderá por actos ajenos a ella.

Artículo 7º.- La finalidad del fideicomiso debe ser lícita y estar claramente establecida en la constitución del mismo.

Artículo 8º.- El juez competente para reconocer de los asuntos relacionados con el fideicomiso será el de primera instancia del domicilio del fiduciario.

El procedimiento a seguir en todo asunto relacionado con el fideicomiso se regirá por las reglas del procedimiento de menor cuantía.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el fideicomitente podrá establecer, en la constitución del fideicomiso, un comité técnico que cumpla las funciones que en la presente ley se atribuye al juez. Dicho comité estará conformado cuando menos por tres personas, las cuales serán solitariamente responsables de las decisiones que adopten.

Artículo 9º.- El fideicomiso no podrá constituirse por un plazo superior a treinta años, cualquier plazo superior se entenderá reducido a este, salvo que se hubiese constituido con fines de interés social.

## CAPÍTULO II

### DEL FIDEICOMITENTE

Artículo 10.- Puede constituir un fideicomiso cualquier persona que tenga la libre disposición de los bienes y derechos sobre los que estén va a recaer.

El fideicomitente puede designarse asimismo como fiduciario o como fideicomisario.

Artículo 11º.- Son derechos del fideicomitente:

- a. Designar el fiduciario o a su sustituto, si fuere el caso;
- b. Exigir la rendición de cuentas por el fiduciario;
- c. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario; solicitar la declaración de ineficacia de los actos realizados por este en violación del fideicomiso y exigir la restitución al patrimonio del fideicomiso de los bienes indebidamente salidos de este;
- d. Exigieron la remoción del fiduciario;
- e. Impugnar toda medida preventiva o de ejecución contra el patrimonio del fideicomiso por obligaciones no derivadas del mismo;
- f. Incrementar o probar el incremento por un tercero del patrimonio del fideicomiso y ampliar la

finalidad del mismo;

g. Revocar el fideicomiso, cuando se hubiese reservado al derecho; y

h. El general, todos los derechos que se pudiese preservar en la constitución del fideicomiso y que no sean compatibles con los del fiduciario o del fideicomisario o con el fideicomiso mismo.

### CAPITULOS III

#### DEL FIDUCIARIO

Artículo 12º.- El fiduciario deberá ser necesariamente una institución bancaria o financiera debidamente autorizada por la superintendencia de bancos y seguros.

El fiduciario será designado por el fideicomisario y, en caso que éste no lo hiciese, la designación la hará el juez de instancia de parte interesada.

Artículo 13º.- El fideicomitente puede designar más de un fiduciario para quienes tuve conjunta o sucesivamente.

A falta de mención expresa los fiduciarios actuarán conjuntamente y tomaran sus decisiones por mayoría. En caso de empate, si el número de fiduciarios fuese par, decidirá el designado en primer lugar.

Artículo 14º.- Los fiduciarios conjuntos son

solidariamente responsables por su actuación en el desempeño de su función. El fiduciario que al acreditarse que, pese al desempeño diligente de su función, no pudo impedir la ejecución del acuerdo violatorio del fideicomiso quedará exonerado de responsabilidad.

Artículo 15°.- El fiduciario tendrá todas las facultades sobre el patrimonio fideicomitado que sean necesarias para la consecución de la finalidad del fideicomiso, salvo prohibición expresa en la constitución del fideicomiso, y deberá ejercerlas de acuerdo a lo que hubiese señalado el fideicomitente.

Artículo 16°.- El fiduciario está obligado a ejecutar todos los actos necesarios para el fiel cumplimiento del fideicomiso.

Además, son obligaciones del fiduciario cuando menos las siguientes:

- a. Mantener el patrimonio del fideicomiso separado del suyo propio y del de los demás fideicomisos que administre;
- b. Desempeñar su función con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar;
- c. Conservar adecuadamente los bienes fideicomitados,

oponerse a toda acción que se promueva contra el patrimonio del fideicomiso y adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar o hacer efectivos los créditos que formen parte de aquel;

- d. Hacer productivo el patrimonio fideicomitado;
- e. Llevar una contabilidad separada para el fideicomiso; y
- f. Rendir cuentas por lo menos una vez al año al fideicomitente y al fideicomisario.

Artículo 17º.- Son derechos del fiduciario:

a. Percibir una remuneración, salvo que en la constitución se hubiese establecido expresamente lo contrario, de no ser así y en caso que no se hubiese establecido una remuneración, esta será determinada por el juez en proporción al valor del patrimonio del fideicomiso;

b. Solicitar instrucciones al juez en caso de duda sobre el alcance de sus facultades o sobre cualquier otro de sus términos del fideicomiso. En tal caso, quedará exonerado de la responsabilidad que pudiese ocasionar su actuación conforme a lo resuelto por el juez.

Artículo 18º.- El fiduciario sólo podrá renunciar por causa justa a criterio del Juez.

Artículo 19º.- El fiduciario sólo podrá ser removido de su cargo por causa grave tal como:

- a. Incumplir sus obligaciones;
- b. Tener intereses incompatibles con los del fideicomitente o del fideicomisario;
- c. Incapacidad sobreviviente para desempeñar la función; o
- d. Inhabilidad comprobada en el manejo de fideicomiso o de otros negocios.

La remoción del fiduciario surtirá efectos desde que quede consentida la resolución que la declara, pero a solicitud de parte podrá designarse un administrador provisional en tanto termine el procedimiento.

Artículo 20º.- El fiduciario sustituto no será responsable de los actos de su predecesor salvo en los siguientes casos:

- a. Si ilícitamente el predecesor adquirió bienes que el sustituto, a sabiendas, conserva;
- b. Si omite llevar a cabo las gestiones necesarias para constreñir al predecesor a que le transfiera los bienes o derechos objeto del fideicomiso; y
- c. Si se abstienen de promover las diligencias conducentes a que su predecesor reparo cualquier incumplimiento en que hubiere incurrido en su gestión.



CAPÍTULO IV  
DEL FIDEICOMISARIO

Artículo 21º.- Puede ser fideicomisario cualquier persona natural o jurídica que tenga capacidad de goce de los beneficios que para ella se deriven del fideicomiso.

El fideicomisario debe estar determinado en la constitución del fideicomiso o, cuando menos, deben darse la pautas para su determinación dentro del término del fideicomiso.

Artículo 22º.- El fideicomitente puede designar más de un fideicomisario. A falta de mención expresa los fideicomisarios designados gozarán conjuntamente de los beneficios del fideicomiso.

En caso de designarse fideicomisarios sucesivos, todos ellos deberán estar vivos o concedidos al momento de la muerte del fideicomitente.

Artículo 23º.- Cuando deban ser consultados los fideicomisarios a quienes interese una decisión y la constitución no disponga otra cosa, se procederá de la

siguiente manera:

- a. Si tuvieran la misma clase de derechos, sus acuerdos se tomarán por mayoría de votos, consultados por intereses, y en caso de empate decidirá el juez;
- b. si fueren sucesivos o tuviesen diversas clases de derechos, en caso que tuvieren opiniones discrepantes resolverá el juez. En todo caso el fiduciario tomará las medidas urgentes que exija el inmediato interés del fideicomiso.

Artículo 24º.- Son derechos del fideicomisario:

- a. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento;
- b. Solicitar que se declare la ineficacia de los actos realizados por el fiduciario en violación del fideicomiso y exija la restitución al patrimonio del fideicomiso de los bienes o derechos indebidamente salidos de aquel;
- c. Impugnar toda medida preventiva o de ejecución contra el patrimonio del fideicomiso por obligaciones no derivadas del mismo;
- d. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas;
- e. Exigir la remoción del fiduciario;
- f. Renunciar a los beneficios que para él se deriven del fideicomiso; y

g. Transferir sus derechos, salvo que el fideicomitente dispusiese de modo distinto o queda la naturaleza del fideicomiso se derivarse su intransferibilidad.

## CAPÍTULO V

### DE LA TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO

Artículo 25º.- El fideicomiso termina por las siguientes causas:

- a. Por la consecución de la finalidad para la cual se constituyó o por tornarse esta imposible;
- b. Por el vencimiento del plazo por el que fue constituido;
- c. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la que este sujeto;
- d. Por la revocación por el fideicomitente, cuando se hubiese reservado del derecho de hacerlo;
- e. Por cuerdo acuerdo entre el fideicomitente y el fideicomisario; y
- f. Por falta de fiduciario, cuando fuese posible sustituirlo.

Artículo 26º.- A la terminación del fideicomiso el fiduciario deberá restituir el patrimonio fideicomitado al fideicomitente, a sus herederos o a quién el

fideicomitente hubiese designado.

#### DISPOSICIÓN FINAL

Sustitúyase el término " fideicomisario o" contenido en el artículo 1108° del código civil y los artículos 228°, 231°, 232°, 235°, 237°, 239°, 240°, 241°, 242°, y 243° de la ley General de sociedades por el de fiduciario.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA Romero Miguel. *Derecho bancario*. México: editorial Porrúa S.A. 1978.

ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español común y foral*. Barcelona: Librería Bosch, 1877.

ALFARO, Ricardo. *El Fideicomiso: Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglés*. Panamá; Imprenta Nacional, 1920.

ALVAREZ, Morales, Eduardo. *Políticas de Fideicomiso Bancario en América Latina. Modalidades Operativas. Ponencia presentada en el seminario El fideicomiso bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*. Rosario, Argentina, junio de 1983, fotocopias.

AMERENA Lagunes, Eduardo. *El fideicomiso como instrumento para el fomento del desarrollo económico*. En : memoria del VII Seminario sobre financiamiento y promoción Industrial. México, julio de 1984.

AROCHA Morton, Carlos. *Mecanismos de Co-inversión vía fideicomisos. Renuncia presentada en el Seminario El fideicomiso Bancario para el financiamiento del Desarrollo*. Montevideo, Uruguay, diciembre de 1981 fotocopias.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DE DESARROLLO. Secretaria General. *Fondos Financieros y/o Fideicomisos en Bancos Centrales de América Latina*.

octubre de 1980. Fotocopias.

BAEZ Carrera, Leopoldo. *Suscripción y colocación de emisiones de valores. Inversión temporal en el patrimonio de empresas.* Ponencia presentada en el Seminario *Nuevas Modalidades de Financiamiento para el Desarrollo de América Latina.* Quito, Ecuador, octubre-noviembre de 1979. fotocopias.

BANCO DE LOS TRABAJADORES DE VENEZUELA C.A.. *El fideicomiso como instrumento para la captación de recursos internos, función social del fideicomiso conforme a la ley de trabajo de Venezuela.* Ponencia presentada en la Séptima Reunión Ordinaria de la Asamblea General de la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo, Santiago, Chile, marzo-abril de 1977. fotocopias.

BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso.* 2a. Edición. México D.F. Editorial Libros de México S.A., 1973.

BAUCHE Garciadiego, Mario, *Operaciones Bancarias.* 4a. Edición. México: Editorial Porrúa S.A. 1981.

BERGES, Frederich E.. *Nuevos mecanismos e instrumentos para movilizar recursos internos por la banca de fomento. Operaciones financieras adicionales. Experiencias y perspectivas de la Banca de fomento en la República Dominicana y en particular la Nacional Financiera S.A..* Ponencia presentada en el Seminario *Nuevas modalidades de Financiamiento para el desarrollo de América Latina,* Quito, Ecuador, noviembre de 1979. Fotocopias.

BETTI, Emilio, *Interpretación de la Ley de los Actos jurídicos.* Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

BONFANTI, México Alberto, *Perspectivas del Fideicomiso Bancario.* Ponencia presentada en el Seminario *El fideicomiso bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo Bancario,* Argentina. Junio de 1983. Fotocopias.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* 15a edición Buenos Aires Editorial Heliasta S.R.L., 1982.

CAMRBELL Black, Henry. *Black's Law Dictionary.* 5th. edition. St. Paul, Minnesota west publishing Co., 1975.

CARREGAL, Mario. *El fideicomiso* Buenos Aires: Editorial

Universidad, 1982.

CARRILLO Roura, Oswaldo. *El Fideicomiso y su aplicación en Venezuela*. Revista FELABAN. Bogotá, N° 18, julio 1974.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Instituciones de Derecho Civil; los Derechos Reales de Garantía*. Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gorzaga de Ica, 1967.

CUYAS, Arturo. *Nuevo Diccionario Cuyas Inglés-Español y español-Inglés de Appelton*. 5a. Edición. U.S.A.: Grolier, INC.

CHIAUZZI, Onorato, *Derecho Romano*. Lima: Ediciones Peisa, 1979.

DE ARRILLAGA, José Ignacio. *Emisión de Obligaciones y Protección de los Obligacionistas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

DE LA PEZA, José Luis, *El Fideicomiso en México como Institución Jurídica*. Revista FELABAN. Bogotá, N°40, 1981. P.87.

DE LA PUENTE y Lavalle, MANUEL, *Estudios del Contrato Privado*. Lima; Cultural Cuzco S.A., 1983.

DIEZ-PICASO, Luis. *Fundamentos de Derechos Civil Patrimonial*, 2a edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1983.

DIEZ-PICASO, Luis. *Dictámenes Jurídicos*, Madrid: Editorial Vicitas S.A., 1981.

DULANTO Swayne, Juan Carlos. *El Fideicomiso y las comisiones de confianza en las legislaciones peruana y comparada*. Tesis para optar el Grado de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1967.

DURAND Palacios, Augusto. *El fideicomisario en la ley de Sociedad Mercantiles*. Tesis por optar el grado de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1970.

GARRIGUES Diaz-Cañabate, Joaquin. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978.

GOLDSCHIMIDT, Roberto y Eder Phenor, *El Fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*. Buenos Aires

*Instituciones de Justiniano*. Lima: Mesa redonda Editores, 1986.

LOZANO de Cuéllar, Florencia. *Fideicomiso, características y aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo*. Ponencia presentada en la Quinta Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda. Fotocopias.

MALACARI, Ester. *Inversiones Extranjeras y Fideicomiso*. Ponencia presentada en el Seminario *Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*. Rosario, Santa Fe, Argentina, junio de 1983. fotocopias.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

MORALES, Joaquín. *Fideicomiso de Conjuntos, Parques, Ciudades Industriales y Centros Comerciales (FIDEIN)*. En: Memoria del VII Seminario sobre Financiamiento y Promoción Industrial. México, México, julio de 1984.

MOSSET Iturraspe, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1975.

MUJICA, Rafael, *Fideicomiso laboral*. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Apéndice, Tomo III. Buenos Aires: Driskill S.A., 1981. PP. 388-399.

MUÑOZ, Luis. *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981.

DROPEZA Y SEGURA, Mauricio. *Instrumentos Jurídicos para la Promoción Industrial en México con referencias especiales a las actividades de la Nacional Financiera*. Ponencia presentada en la IX reunión ordinaria de la Asamblea General de la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo. Santo Domingo, República Dominicana, abril de 1979, fotocopias.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. *Fideicomiso*. En: Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XII. Buenos Aires: Driskill S.A., 1980. PP. 196-203.

PEREZ, Carlos Andrés. *Fideicomiso Laboral*. En: enciclopedia jurídica OMEBA. Apéndice, tomo IV, Buenos Aires: Driskill S.A., 1982. PP. 285-291.



PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derechos Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1977.

QUINTERO, Carlos. *El Fideicomiso en México, Aspectos Económicos y Legales de su Desarrollo*, Potencia presentada en el IX Reunión del Consejo de Gobernadores de la Federación Latinoamericana de bancos. Revista FELABAN. Bogotá, N°22, octubre 1975. Pp. 289-317.

ROBB, Louis A. *Diccionario de Términos Legales Español-Inglés e Inglés-Español*. México: Editorial LIMUSA, 1982.

RODRIGUEZ Azuero, Sergio, *Contratos Bancarios*, Bogotá: Biblioteca FELABAN, 1977.

RODRIGUEZ Azuero. *El Fideicomiso Bancario y el Financiamiento del Desarrollo*. Ponencia presentada en el Seminario *Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*. Rosario, Santa Fe, Argentina, Junio de 1983. fotocopias.

RODRIGUEZ Rodriguez, Joaquín. *Derecho Bancario*, 5a. edición. México: Editorial Porrúa S.A., 1978.

RUGELES de Behrman, Marielisa. *La ley de Fideicomisos venezolana*. Revista FELABAN. Bogotá, N°18, Julio 1974. Pp.13-23.

SANCHEZ MEDAL. *Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano*. Revista de las Investigaciones Jurídicas. México, Año 4, N° 4, 1980.

SSCOTT, Austin, *the law of trusts*. Boston: Litle, Brown and Co., 1939.

TAMI, Felipe. *Perspectivas y Problemas Económico-Financieros del Fideicomiso Bancario*. Ponencia presentada en el Seminario *Fideicomiso Bancario y su utilización como mecanismo del financiamiento del desarrollo*, Rosario, Santa Fe, Argentina, junio de 1983, fotocopias.

THOMAS Torres, Lorenzo. *Naturaleza del fideicomiso y principales fondos de NAFINSA para el fomento de las actividades industriales*. En: Memoria del VII Seminario sobre Financiamiento y Promoción Industrial. México, México, julio de 1984.

URIBE Michel, José *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis de Licenciatura. México D.F.: Escuela libre de Derecho, 1948.

VARIOS. *Mesa Redonda sobre Fideicomiso Bancario*.  
Revista del instituto Peruano de Derecho y Técnica  
Bancaria. Lima: Vol. V, N°5, ABRIL 1981. PP. 13-84.

Velásquez de la Cadena Mariano *Nuevo Diccionario de*  
*Pronunciación de las lenguas inglesa y española*. New  
Jersey: Prentice-Hall, Inc. 1967.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Compendio Jurídico, Técnico y*  
*Práctico de la Actividad Bancaria*. Buenos Aires: Ediciones  
Depalma, 1985.