

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO
“INSERCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LAS
INSTITUCIONES BANCARIAS”

(TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO)

Postulante: CYNTHIA JACQUELINE BUSTILLOS SILVESTRE
Tutor: Dr. ALBERTO LUNA YAÑEZ

La Paz – Bolivia

2008

DEDICATORIA

El presente trabajo de Grado ha sido culminado con el fin de cumplir una más de mis metas trazadas, y dedico todo mi esfuerzo y trabajo, especialmente a mi Mamita Viky, quien me enseñó a luchar pese a cualquier adversidad y cumplir mis objetivos.

A Eric y Dianita que son la razón de mi vida, a mi Papito que aún que estemos separados nuestros corazones siempre estarán juntos, a mi pequeña Nany y por último a Jenny y Ricardo, mis hermanos y amigos.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer al Dr. Arturo Vargas Flores, quien me apoyó en cada gestión de estudio y formó los cimientos de mis conocimientos, a cada uno de mis Docentes, en especial a mi Tutor el Dr. Alberto Luna, de quien conservo todas las enseñanzas impartidas a lo largo de mi carrera y en la elaboración del mi Tesis.

Al Dr. Oscar Ballón y al Dr. Sandro Solíz, que gracias a sus conocimientos y ayuda logré culminar el presente trabajo.

A Julio, Anita, Javier, Rodrigo, Juanqui y a todos mis amigos que incondicionalmente me dieron su ayuda material y moral.

RESUMEN O ABSTRACT

En este nuevo trabajo me propuse ofrecer al lector una tesis siguiendo los lineamientos de países Latinos que al igual que el nuestro, buscan innovar y surgir en cuanto a su economía y sus relaciones financieras, más aún sobre un tema que durante los últimos años ha dado resultados exitosos en su aplicación, es por este motivo que nos referimos al Fideicomiso, tomando como muestreo el Fideicomiso de Garantía.

Mi objetivo es demostrar que la Institución Fiduciaria, establecida en el Derecho Romano, con una buena aplicación llega a ser un impulsador como servicio auxiliar de la Banca, pero también demostraré la falta de norma específica que precautele su naturaleza y su fin mediato para que el Fideicomiso no pueda ser desvirtuado.

Es notable destacar que para algunas Instituciones Bancarias el Fideicomiso es una herramienta jurídica importante para apalancar la desestabilización económica del país, puesto que esta figura se va dando continuamente en nuestro medio y por diferentes grupos sociales, con el Fideicomiso las Instituciones Bancarias pretenden dar forma a negociaciones complejas de diversa escala que abarcan intereses muy diferentes y a veces opuestos.

Con la sincera esperanza de que la presente Tesis pueda ser de utilidad, tanto a los estudiosos del Derecho como a sus distintos operadores y con la certeza de que el debate que pueda generar se convierta en un enriquecimiento de los conocimientos adquiridos y poder tener soluciones legales aplicando Instituciones emergentes en el Derecho Romano, es importante destacar que los hechos sociales impulsan a los profesionales a buscar soluciones alternativas que permitan precautelar sus bienes bajo el resguardo de las Normas Legales bajo una buena y correcta aplicación

INDICE

Portada	
Dedicatoria.....	I
Agradecimientos.....	II
Resumen o Abstract.....	III
Indice	
Introducción.....	1
Diseño de la Investigación.....	3
1. Identificación del Problema.....	3
2. Problematización.....	4
3. Delimitación del Tema.....	5
3.1. Delimitación Temática.....	5
3.2. Delimitación Espacial.....	5
3.3. Delimitación Temporal.....	6
4. Fundamentación e Importancia del Tema.....	6
5. Objetivos del Tema.....	7
5.1. Objetivo General.....	7
5.2. Objetivos Específicos.....	7
6. Marco Teórico.....	8
7. Hipótesis de Trabajo.....	8
7.1. Variables.....	8
7.1.1. Independiente.....	9
7.1.2. Dependientes.....	9
8. Métodos.....	9
8.1. Método Universal.....	9
8.2. Método Social.....	9
8.3. Método Específico.....	9
9. Técnicas a utilizar en la Investigación.....	10

CAPITULO I

Antecedentes Históricos del Fideicomiso y el Trust

1. Orígenes y antecedentes Históricos.....	11
1.1. Derecho Romano.....	11
1.2. Derecho Germánico.....	14
1.3. Derecho Inglés.....	15
1.3.1. El Trust y el Use.....	15
1.3.2. El Trust y la Doble Propiedad.....	17
1.3.3. Sujetos del Trust.....	19
1.3.4. Objeto del Trust.....	21
1.3.5. Clases de Trust.....	21
1.4. La Quiebra del Trustee (Fiduciario) en el Derecho Angloamericano.....	24
1.5. Los Acreedores del Fiduciario y del Fideicomisario.....	25
1.5.1. Acreedores del Fiduciario.....	25
1.5.2. Acreedores del Fideicomisario.....	26
1.6. El Trust Anglosajón y los Negocios Fiduciarios de Origen Romano.....	26
1.7. El Dominio Fiduciario.....	27
1.7.1. Naturaleza.....	27
1.7.2. Características.....	30
1.7.2.1. Absoluto.....	30
1.7.2.2. Exclusivo.....	32
1.7.2.3. Temporario.....	34
1.7.3. Sujetos y/o Partes del Dominio Fiduciario.....	37
1.7.4. Objeto del Dominio Fiduciario.....	38
1.8. Negocio Fiduciario en General.....	39
1.9. Diferencia entre el Dominio Fiduciario y el Negocio Fiduciario.....	41
1.10. El Negocio Fiduciario y el Fideicomiso.....	42
1.11. La Fiducia Legal.....	43

CAPITULO II

El Patrimonio Fiduciario y las Concepciones Doctrinales

2. Aspectos Teórico Doctrinales y Conceptuales del Patrimonio Fiduciario.....	46
2.1. Reconocimiento del Trust.....	46
2.2. Trayectoria del Fideicomiso Latinoamericano.....	47
2.3. El Patrimonio Fiduciario, Conceptos y Teorías.....	50
2.3.1. Teoría Clásica del Patrimonio de la Personalidad.....	51
2.3.2. Crítica a la Teoría Clásica.....	51
2.3.3. Teoría de Domínguez Martínez.....	54
2.3.4. Teoría de Navarro Martorell.....	54
2.3.5. Teoría de Mario Carregal.....	55
2.3.6. Teoría del Desdoblamiento de la Propiedad.....	57
2.3.7. Teoría que sostiene que no hay transmisión de Propiedad.....	58
2.3.8. El Patrimonio Autónomo sin sujeto titular.....	59
2.3.9. Teoría del Patrimonio Autónomo.....	60

CAPITULO III

El Fideicomiso en la actualidad y algunas acepciones de Países Latinoamericanos

3. Normas Jurídicas Nacionales e Internacionales.....	65
3.1. Concepto del Fideicomiso.....	65
3.2. Participantes del Fideicomiso.....	66
3.2.1. Fideicomitente.....	66
3.2.1.1. Capacidad.....	66
3.2.1.2. Obligaciones.....	66

3.2.1.3. Derechos.....	66
3.2.2. Fiduciario.....	67
3.2.2.1. Designación y aceptación.....	67
3.2.2.2. Obligaciones.....	68
3.2.2.3. Derechos.....	68
3.2.2.4. Renuncia.....	68
3.2.2.5. Responsabilidad.....	69
3.2.3. Beneficiario o Fideicomisario.....	69
3.2.3.1. Capacidad.....	70
3.2.3.2. Obligaciones.....	70
3.2.3.3. Derechos.....	70
3.3. Aspectos del Fideicomiso.....	71
3.3.1. La causa fuente de la Propiedad Fiduciaria.....	71
3.3.2. La causa fuente del Dominio Fiduciario..	71
3.4. Características del Patrimonio del Fideicomiso.....	71
3.4.1. Autonomía.....	72
3.4.2. Titularidad.....	72
3.4.3. Inembargabilidad.....	72
3.5. Características según el Lic. Roberto Paz Alvarez.....	72
3.6. Fines del Fideicomiso.....	73
3.7. El Fideicomiso como Negocio Jurídico.....	73
3.8. Algunas formas de Fideicomiso.....	73
3.8.1. Fideicomiso de Inversión.....	74
3.8.2. Fideicomiso Testamentario (Fideicommissum).....	74
3.8.3. Fideicomiso de Garantía.....	75
3.8.4. Fideicomiso de Administración.....	75
3.8.5. Fideicomiso Público.....	76
3.9. Algunas acepciones del Fideicomiso.....	76
3.10. Visión Mexicana sobre la Influencia del Trust.....	78
3.10.1. Primera Etapa.....	79

3.10.2. Segunda Etapa.....	81
3.10.3. Tercera Etapa.....	81
3.11. Influencia del Common Law y del Derecho Alemán.....	84
3.11.1. Legislación comparada de Paises Latinos.....	84
3.11.1.1. Europa.....	84
3.11.1.2. Canadá.....	85
3.11.1.3. Ecuador.....	86
3.11.1.4. Panamá.....	86
3.11.1.5. Paraguay.....	88
3.11.1.6. Perú.....	90
3.11.1.7. Puerto Rico.....	91
3.11.1.8. Brasil.....	92
3.11.1.9. Chile.....	92
3.11.1.10. Bolivia.....	93
3.12. Cronología Jurídica del Fideicomiso en Bolivia.....	94

CAPITULO IV

El Fideicomiso de Garantía, su aplicación en las Instituciones Bancarias y la Fundamentación

4. Idea Preliminar del Fideicomiso.....	96
4.1. Concepto y Características.....	96
4.2. Sujetos del Contrato.....	104
4.2.1. Constituyente, Fiduciante o Fideicomitente.....	104
4.2.2. Fiduciario o Fideicomitido.....	104
4.2.3. Beneficiario o Fideicomisario.....	104

4.3. Partes del Contrato.....	105
4.4. Implicaciones en la Práctica.....	107
4.4.1. Transmisión.....	107
4.4.2. Patrimonio Autónomo.....	107
4.4.3. Condicionalidad.....	107
4.4.4. Administración de Bienes por un Tercero.....	108
4.4.5. Beneficio para un Tercero.....	108
4.5. Ventajas del Fideicomiso de Garantía.....	108
4.6. Estructura del Fideicomiso de Garantía.....	109
4.6.1. Primer Tipo de Estructura.....	109
4.6.2. Segundo Tipo de Estructura.....	110
4.7. Composición del Departamento Fiduciario en las Instituciones Bancarias.....	111
4.7.1. Funciones para el área Fiduciario del Banco.....	112
4.7.2. Estructura organizativa.....	113
4.8. Elementos del Negocio.....	114
4.8.1. Elemento Real.....	114
4.8.2. Elemento Personal.....	115
4.8.3. Elemento Teleológico.....	115
4.9. Conflicto de Interés.....	115
4.10. Culminación del Fideicomiso.....	115
4.11. El enfoque como producto Fiduciario.....	116
4.11.1. Exposición de Fundamentos para la Normativa Jurídica especial.....	116
4.11.1.2. Fundamentación Jurídica.....	116
4.11.1.3. Fundamentación Teórica.....	118
4.11.1.4. Fundamentación Práctica.....	119

CAPITULO V

Tabulación de Datos, Resultados y Resultados

5. Esquematización de encuestas, Datos y Resultados.....	120
5.1. Cuadro No. 1.....	120
5.2. Cuadro No. 2.....	121
5.3. Cuadro No. 3.....	121
5.4. Cuadro No. 4.....	122
5.5. Cuadro No. 5.....	123
5.6. Cuadro No. 6	123
Conclusiones y Recomendaciones.....	126
BIBLIOGRAFÍA.....	IV

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

La presente investigación está enfocada al Sistema Bancario y las repercusiones económicas que se generan a consecuencia de los conflictos sociales, puesto que el desarrollo Financiero tradicional de nuestro país siempre hace énfasis en la regulación prudencial relacionada con las Instituciones Bancarias. La inestabilidad económica que nuestro país va presentando en grados mayores o menores de acuerdo al momento de la crisis social, me lleva a analizar a las Instituciones Jurídicas, en este caso el Fideicomiso y su inserción en las Instituciones Bancarias con el objeto de salvaguardar el movimiento y estabilidad económica del país.

La inestabilidad económica a la que va enfocada la aplicación del Fideicomiso en nuestro país se remonta al año 2003 como repercusión de una crisis política, económica y social, generada por el denominado “Octubre negro”, es en este escenario que se desarrolla la inestabilidad económica y se ven afectadas muchas áreas de desarrollo, entre ellas están las Instituciones Financieras puesto que estas crisis provoca especulaciones e inestabilidad en la sociedad.

Luego de la aplicación del Fideicomiso en algunas Instituciones Bancarias, puede percibir que si bien fue aceptada la figura del Fideicomiso y su aplicación logró buena aceptación, existen procedimientos que desfavorecen y desvirtúan el fin y la naturaleza del mismo, es decir que la norma general provoca vacíos legales para su reglamentación, existiendo instituciones que desvirtúan sus beneficios, por ejemplo, la norma establece una exención impositiva al patrimonio autónomo Fiduciario y el ente Impositivo desvirtúa este fin como una vulneración a una carga impositiva.

Entonces puedo señalar que el Fideicomiso nace en el derecho y evoluciona como negocio, poniéndose al servicio de los más variados intereses comerciales y financieros,

cuya Gestión Administrativa está a cargo, esencialmente, de entidades bancarias o sociedad de objeto especial debidamente reguladas por las normas legales.

El Fideicomiso al igual que cualquier otro negocio financiero es un negocio que conlleva riesgos en su gestión, así tenemos el Riesgo Operativo que se refiere a los riesgos de pérdidas resultantes de procesos internos inadecuados o defectuosos, de recursos humanos, sistemas o como resultado de acontecimientos externos, una cuenta de orden fiduciaria mal administrada puede convertirse en una contingencia o un pasivo para el Fiduciario, entonces debemos tomar en cuenta que la estructura del negocio, es como se organiza, instrumentaliza y mercadea el fideicomiso, se debe cumplir con estándares mínimos en lo que respecta a políticas, procedimientos, recursos, controles, normas y todo aquello que garantice un servicio de calidad y rentabilidad.

Claramente podemos notar la importancia que existe en la reglamentación específica que requiere la Institución del Fideicomiso con el fin de salvaguardar su naturaleza y su fin mediato, en la medida en que exista la norma específica, se proliferará la conciencia y conocimiento de la sociedad, desarrollando así una seguridad y estabilidad económica no sólo para las Instituciones Bancarias sino también para la población en su conjunto.

“INSERCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS”

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

La política económica implementada a partir de año 1885, denominado “modelo económico neoliberal” ha generado una serie de problemas de diferente índole, entre los cuales se encontraba la desestabilización económica y como lógica consecuencia ha motivado para que los diversos sectores y movimientos sociales, exijan una serie de reivindicaciones, empero el fundamento doctrinal del modelo económico no pudo resolver las expectativas y satisfacer las necesidades esenciales para el desarrollo social, económico, técnico, científico, cultural, etc.

En este contexto las entidades bancarias se vieron obligadas a aplicar el Fideicomiso como fuente de ingreso activo y crediticio, pero la inexistencia de disposiciones legales que regulen de manera clara, precisa y específica, ha motivado que la banca maneje el fideicomiso de forma arbitraria y abusiva, desvirtuando su naturaleza jurídica y su fin social, donde los sectores de microempresarios, artesanos, comerciantes y otros similares se han convertido en doblemente víctimas, debido a que la banca no cuenta con normas jurídicas que se adecuen a la realidad, lo que hace que impongan una serie de obligaciones que por la crisis económica se hace imposible de cumplir, poniendo en riesgo su sustento de garantías ofrecidas a la banca, por otro lado la crisis económica, el contrabando, la ausencia de mercados internos y externos, la competencia desleal, y otros aspectos, se constituyen en la causa para que los deudores en algunos casos pierdan sus bienes y otros de descapitalice, a los aspectos señalados se suma la ausencia de información y una norma específica que regule esta aplicación del fideicomiso, dentro de un marco de seguridad jurídica para los sujetos contractuales.

Por otra parte, se debe señalar que el fideicomiso ha recibido una serie de críticas y cuestionamientos, fundamentalmente en el campo impositivo, toda vez que con la aplicación de este instituto jurídico por la banca nacional, se considera que se estuviese evadiendo cargas impositivas, con resultados negativos para el Estado y sus Instituciones, razón por la cual una norma específica tendrá la misión de efectuar un análisis en la perspectiva de reglamentar su correcta aplicación y uso.

Lo anteriormente manifestado, y el proceso de investigación nos han demostrado que el fideicomiso es un instituto jurídico que tiene virtudes y características que pueden satisfacer los requerimientos de quienes requisen de este servicio, pero para evitar la arbitrariedad, el descontrol, la inseguridad jurídica, y otros aspectos que no se adecuan a nuestra realidad, se precisa normas jurídicas específicas, enmarcadas en la naturaleza jurídica que la sustentan y fines con compromiso social, destinadas al fortalecimiento económico de los fideicomitentes y el desarrollo económico de la sociedad en las perspectivas de contar con mejores condiciones de vida y desarrollo.

En consecuencia la temática tiene su importancia, debido a las normas existentes que tienen vacíos jurídicos y que no permiten un equilibrio racional entre los sujetos del fideicomiso, algunas entidades recaudadoras de Impuestos se ven afectadas por dicha proliferación puesto que las cargas impositivas se ven evadidas en su pago.

2. PROBLEMATIZACIÓN.

A lo largo de la investigación se considerarán las siguientes interrogantes:

¿Será que la existencia de una Norma específica que regule el uso y aplicación del Fideicomiso de Garantía, evitará la mala práctica y su desvirtuada aplicación en las Entidades Financieras?

¿Será que el Fideicomiso de Garantía, está enfocado a la administración de los bienes transferidos, con los que se respalda el cumplimiento de las obligaciones o dentro de su aplicación busca beneficiar a los clientes vulnerando el pago de cargas impositivas?

¿La norma que reglamenta el Fideicomiso es clara, precisa, específica y racional en la información y el uso para los sujetos del fideicomiso de garantía?

¿La información clara y específica del uso del Fideicomiso de garantía logrará que la sociedad tome conocimiento y conciencia para satisfacer sus necesidades de crecimiento, económico y desarrollo en las actividades productivas y el Sistema Financiero?

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA.

3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.

La presente investigación ha tomado como sujeto de investigación el fideicomiso de garantía y su estudio se ha enmarcado dentro del Derecho Bancario debido a que éste instituto jurídico se está aplicando por la banca nacional, sin embargo no se cuenta con una información clara, precisa, y las normas que regulan su aplicación tienen vacíos jurídicos que se hacen necesarios analizarlos y reflexionarlos en la perspectiva de proponer una normativa específica acorde a nuestra realidad.

3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.

El desarrollo geográfico de la investigación ha contemplado la ciudad La Paz, debido a que en ésta se encuentran las principales instituciones del poder ejecutivo y de la banca

nacional, por tal razón se ha tomado como universo específico de investigación que permitió contar con una muestra en dos instituciones Bancarias Nacionales que son, el Banco Bisa S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.

Se tomará desde el año 2.004 (Presidencia de Carlos Meza) como consecuencia de las repercusiones del año 2003 con el denominado “Octubre Negro” y el surgimiento de una constante crisis política, económica y social generada en nuestro país, repercutiéndose desde el año 2004, 2005 y 2.006, periodo en el cual el Fideicomiso ingresa como consecuencia de la inestabilidad económica en las Instituciones bancarias enfocado en un servicio auxiliar y que a la fecha se va mostrando como alternativa de producción en el actual Gobierno de Señor Juan Evo Morales Ayma.

4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA.

Los efectos de la crisis, económica y política surgen a partir de los conflictos sociales generados el año 2003 en la presidencia de Gonzalo Sánchez De Lozada con el denominado “Octubre Negro”, el cual ha provocado una confrontación Política y más aún la desestabilización económica en nuestro País, todos estos acontecimientos paulatinos impulsó a las Instituciones Financieras Bancarias para la aplicar el Fideicomiso como fuente esencial de ingreso Activo y Crediticio, con el objetivo de salvaguardar el nivel de crecimiento dentro del comercio, sin embargo en los últimos años esta Institución Fiduciaria ha sido manejada en forma errónea y abusiva debido a la falta de una Norma específica que reglamente su naturaleza y su fin.

De continuar con esta situación, las repercusiones en el mal uso del Fideicomiso afectarán los intereses directos del Estado puesto que cualquier carga impositiva es generada para ingreso y mejora económica en el País, las personas que se acogen al uso del Fideicomiso desvirtuando su naturaleza estarían vulnerando responsabilidades establecidas por Ley, en este caso cuando se aplica el Fideicomiso de Garantía por ser un Patrimonio Autónomo esta exento de Impuestos o cargas Impositivas y esta exención esta amparada por la Norma la cual, no contempla límites ni restricciones dentro de los casos concretos.

En consecuencia frente a la ambigüedad existente de la Norma que reglamenta la Institución del Fideicomiso es necesario reglamentar en forma específica su uso y aplicación, para que no sea desvirtuada.

5. OBJETIVOS DEL TEMA.

5.1. OBJETIVO GENERAL.

Demostrar que la desestabilización económica y los conflictos sociales han impulsado a las Entidades Financieras la aplicación del Fideicomiso como servicio auxiliar de la Banca, desvirtuándose su Naturaleza y Finalidad a consecuencia de una falta de Norma especial que la regule y también influye el poco conocimiento sobre el destino final al cual esta enfocado, el mismo que esta basado en el interés social.

5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

Proponer fundamentos Jurídicos, Teóricos y Prácticos con la finalidad de elaborar una Normativa Jurídica especial que regule el uso y la aplicación del Fideicomiso de Garantía en las Instituciones Bancarias.

Es también necesario contar con una clara información, personal idóneo y profesional en el campo de la Banca, quienes tendrán como objetivo principal aclarar el uso y la práctica del Fideicomiso de garantía en las operaciones financieras para que estas no puedan ser desvirtuadas.

6. MARCO TEÓRICO.

En los últimos años, entre las consecuencias de la crisis política, económica y social que se generó en nuestro país, se presenta una caída en el sistema bancario, que se manifestó a través de la falta de crédito o el encarecimiento del mismo. Por esta razón el trabajo de las Entidades Financieras Bancarias se enfoca en la búsqueda de otras alternativas de financiamiento, a fin de obtener recursos para reactivar las actividades productivas, ya que toda economía necesita del crédito para funcionar.

Es en este sentido que el Fideicomiso se aplica dentro de las Operaciones Bancarias como servicio auxiliar financiero destacando en la presente investigación el Fideicomiso de Garantías

7. HIPÓTESIS DE TRABAJO.

“El conocimiento y la existencia de Disposiciones Normativas generales y ambiguas dentro del contexto del Fideicomiso de Garantía en el Sistema Financiero, provoca la proliferación en su aplicación, desvirtuando su objetivo final, por lo que es necesario capacitar, documentar y Normar específicamente el Fideicomiso.”

7.1. VARIABLES.

7.1.1. INDEPENDIENTE.

La inserción del Fideicomiso de Garantía a consecuencia de los conflictos económicos, políticos y sociales se aplica en la Banca como servicio auxiliar crediticio.

7.1.2. DEPENDIENTES.

La falta de Norma específica provoca la proliferación del Fideicomiso de Garantía desvirtuando su naturaleza.

8. MÉTODOS.

Se aplicarán los siguientes métodos:

8.1. MÉTODO UNIVERSAL.- Dentro de su conjunto aplicaré el método Deductivo, por que partiremos de la Norma general para poder conocer el problema específico, en este caso el Fideicomiso en general para poder llegar al Fideicomiso de Garantía.

8.2. MÉTODO SOCIAL.- Dentro de su conjunto aplicaré el método Comparativo, realizando la semejanzas y diferencia de las Instituciones Financieras que aplican el Fideicomiso.

8.3. MÉTODO ESPECÍFICO.- Para su aplicación tomaré el método Gramatical, esto con el objeto de demostrar la Naturaleza del Fideicomiso, también

aplicaré el método Exegético para poder establecer el fin y la voluntad del legislador al normar dicha Institución y la aplicación del método Teleológico podrá ayudar a mi investigación a descubrir el bien Jurídicamente protegido por el Derecho.

9. TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA INVESTIGACIÓN.

Los recursos o instrumentos para el uso de mi investigación serán los intelectuales por el uso de los Libros establecidos para el Fideicomiso y los materiales para poder basarnos en las Leyes que regulan, la recolección de información cuantitativa nos servirá para poder obtener el muestreo por medio de las entrevistas, también tomare la técnica experimental en el uso de las entrevistas que serán establecidas puntualmente y así poder demostrar la falta de cultura y conocimiento sobre el Fideicomiso.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

DEL

FIDEICOMISO Y EL TRUST

1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1 DERECHO ROMANO.

Dentro de los antecedentes históricos de la aplicación del “Fideicommissum”, tenemos que este instituto se remonta a principios del Derecho Romano, notamos que en esta época no aplicaban por falta de conocimiento las distintas formas de garantías tales como: Hipoteca, prenda, fianza etc., por lo que el deudor en virtud a su principio de responsabilidad personal, respondía con su persona de sus eventuales incumplimientos, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor, el derecho romano entra en una etapa de crisis en materia de obligaciones, puesto que el acreedor, al no existir garantía que la recuperación de su acreencia, se encuentra en total abandono jurídico.

De acuerdo con los antecedentes tratados, corroboramos que el Fideicomiso es de origen Romano, tenemos que dicha práctica Jurídica se introdujo principalmente con dos objetivos en materia sucesoria: primero, facilitó los actos de última voluntad buscando un medio por el cual dispusiesen de sus bienes los peregrinos, o quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano; segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecían ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores.

La forma de negocio de confianza que adoptó el derecho romano fue el “Pactum Fiduciae” por el cual el acreedor o fiduciario se obligaba bajo su palabra “fides” a devolver la cosa al deudor o fiduciante cuando fuera satisfecha o cumplida la deuda, disponía el obligado, de una acción personal que era la “actio fiduciae”, para reclamar del acreedor la restitución del bien dado en garantía, dicha práctica tomó las figuras de la “fiducia cum creditore contracta” que tenía la finalidad de garantizar al acreedor el pago de una deuda mediante la entrega en propiedad de una cosa, la que debía serle restituida al hacerle efectivo el pago y, la “fiducia cum amico contracta” que, al contrario de la anterior, el acto de entrega en propiedad de la cosa a un *amico* se constituía en interés del fiduciante. La fiducia daba al fiduciario la custodia o administración, pero frente a los terceros fiduciante era el propietario del bien.

Dentro de las especies descritas anteriormente nos interesa destacar por su mayor vinculación con el crédito, la “fiducia cum creditore” o de garantía, teniendo siempre presente que la transmisión de las cosas se hacían en garantía de una obligación, el acreedor fiduciario recibía de su deudor bienes y la autorización o facultad para que, en caso de incumplimiento, el acreedor pudiera mantenerlos en su propiedad definitivamente, o enajenarlos para cobrar la deuda, aún cuando en uno u otro caso el valor de la cosa excediese el de la deuda garantizada.

Los abusos en la práctica de la “fiducia cum creditore” eran esperados como en toda práctica jurídica, pero en su aplicación fueron limitados por la “actio fiduciae” emergente del pacto de “fiduciae” que obligaba al acreedor a restituir la cosa o, indemnizar los daños y perjuicios originados cuando la restitución se hacía imposible por culpa del acreedor. La enajenación “cum fiducia” que desapareció sin duda con la mancipación, en el último tramo del período clásico del derecho romano, constituyó una sólida y eficaz garantía para el acreedor, ya que tenía la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa y, consecuentemente, el ejercicio de la “reivindicatio”, pero para el deudor no dejaba de presentar evidentes desventajas, así cuando el acreedor hubiera enajenado la cosa, el deudor, que satisfacía la deuda no estaba seguro de recuperarla, por carecer de

una “actio in rem” para perseguir a terceros adquirentes, pues sólo contaba con una acción personal, la “actio fiduciae” contra el acreedor.

Los inconvenientes señalados debilitan la aplicación de la fiducia hasta que el propio “ius civile” llegó a modificar su aplicación admitiendo un procedimiento más simple y menos desventajoso para el obligado, se pudieron establecer los contratos reales de garantía como la prenda y la hipoteca, por los cuales el deudor entregaba al acreedor, a título de prenda o hipoteca la posesión de la cosa, obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito, de esta manera la prenda y la hipoteca consistió en la transferencia material de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor, con el derecho de éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho o cumplido sustituyendo así a la “fiducia cum creditore”.

Posteriormente a fines del período Republicano aquella relación de hecho fue tutelada por el pretor, protegiendo no sólo la posesión del acreedor sobre la cosa, sino también la situación del deudor, a quien le otorgaba una acción para lograr la restitución del bien después de extinguida la obligación, es decir se daba total garantía al deudor para recuperar su bien siempre y cuando se de cumplimiento de su obligación.

En el transcurso de la aplicación del “Fideicommissum” se ven en la necesidad de ampliar dicha práctica a nuevas formas de protección de los bienes de acuerdo a las necesidades, es por este motivo que se aplica en la práctica del testador, cuando éste deseaba beneficiar “mortis causa” a una persona que carecía de capacidad hereditaria, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario, entonces el testador en su testamento para establecer esta institución usaba los términos “rogo fideicommitto”, al heredero “graciado”, quien era al que se le encomendaba el deseo del testador, al testador se lo denominaba fiduciario y aquel a quien debían transmitirle los bienes era el fideicomisario o beneficiario, estando así el cumplimiento sujeto a la buena voluntad del fiduciario, también en esta figura se produjeron muchos abusos obligando al emperador

Augusto, quien era el responsable de velar y vigilar el cumplimiento del Fideicomiso establecer disposiciones legales que pudieran asegurar el fin del “rogo fideicommitto”, quedando sujetos a la intervención de los Cónsules, y luego de un pretor especial denominado “praetor fideicommissarium” quienes eran designados como supervisores del correcto desenvolvimiento del “rogo fideicommitto”.

Con Justiniano, el heredero fideicomisario pasó de tener un derecho personal a adquirir un derecho real, el instituto del fideicomiso testamentario fue recogido por las legislaciones que siguieron la tradición romana, bajo la denominación de sustitución fideicomisaria, se denominaba así a toda disposición por la cual el autor de una liberalidad encarga a la persona gratificada de conservar toda su vida los bienes que le dona para transmitir a su muerte a una segunda persona designada por el instituyente, con el transcurso del tiempo fue prohibida su aplicación por el Código Napoleón esto con el fin de impedir, como en el transcurso de la práctica sucedía , la reunión o acumulación de importantes riquezas en pocas personas.

1.2. DERECHO GERMÁNICO.

Para poder determinar el Fideicomiso en esta época, fue situado en tres institutos que llegaron a ser relevantes en su desarrollo: el primero es la prenda inmobiliaria, el segundo el “manusfidelis” y el tercero el “Salman o treuhand”, dentro del esquema germánico el poder atribuido al fiduciario (treuhander) es limitado en función de su finalidad, en el negocio fiduciario germánico la transmisión se hace bajo condición resolutoria, es decir que se va estableciendo una propiedad limitada en virtud de la modificación automática a que queda sujeto el bien a favor del fiduciante, que restablece su primitiva condición de titular del derecho, lo que le permite incluso reivindicar el bien de cualquier tercero que lo detente, es un claro ejemplo de lo que se denomina patrimonio de destino o afecto.

Podemos resumir que la estructura de la fiducia de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante, se fracciona el derecho de propiedad en “dominium legitimum y dominium material”, esta concepción, de tipo feudal, pasó al derecho inglés, y más precisamente al “trust”.

1.3. DERECHO INGLÉS.

1.3.1 EL TRUST y EL USE.

En los antecedentes sobre la designación antigua de “trust”, podemos ver que se emplea comúnmente este término para designar a las grandes combinaciones económico-financieras, su verdadera acepción jurídica implica el derecho de propiedad de cosas muebles e inmuebles que una persona tiene a favor de otras.

En la definición más generalizada el “trust” es un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo, lo característico del “trust” y probablemente una de las diferencias más importantes que lo distinguen del fideicomiso de origen romano, es la existencia de dos propiedades que concurren sobre los mismo bienes, el “trustee” es el propietario legal y el “cestui que trust” es el beneficiario que recibe protección como propietario en equidad.

El antecedente directo del “trust” es el “use”, cuya aparición se remonta a la Edad Media, como medio para eludir las confiscaciones en tiempos de las guerras dinásticas y de persecuciones políticas que se abatían sobre los vencidos, así como la exención de tributos feudales y el rigor de las leyes contra las “manos muertas” (status of mormain), que prohibía a las congregaciones religiosas la propiedad de inmuebles.

El “use” es un término curioso que se podría pensar que proviene del latín “usus”, pero en realidad deriva de “opus”. Ya en los siglos VII y VIII se puede comprobar en documentos jurídicos, la utilización de la expresión “ad opus” como equivalente a en su representación, con ello llega a quedar descartada la idea de que el “fideicommissum” romano sea el antecedente del “use”.

El “use” consistió básicamente en que una persona llamada “settlor” propietaria de tierras, traspasase a otra denominada “feoffee to use” el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuere el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona denominada “cestui que use” tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas del verdadero propietario, entonces el cesionario denominado “feoffe” recibía la plena propiedad de la cosa pero no debía aprovecharla en su propio beneficio sino en el trabajo confiado a su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo del “cestui que use”, que podía ser el mismo “settlor”, en el origen de la institución las obligaciones del “feoffee to use” quedaban sujetas sólo a imperativos morales y religiosos, ya que al no existir el instituto para el “common law” (derecho común), quedaba sólo el comportarse como cualquier propietario, la imposibilidad de resolver con equilibrio los conflictos entre el “feoffee” y el “cestui”, debido a que las soluciones se inclinaban a favor del primero por aplicación del “common law” se resolvió con el remedio de la equidad (ex aequo et bono).

El derecho común (common law), producto del Sistema Feudal, mediante el cual se impartía justicia para todos, resultó ser sumamente rígido y formal frente al crecimiento de una nación que había dejado de ser puramente rural, las peticiones de justicia de los súbditos que buscaban ante el rey el remedio que no les era otorgado por las Cortes, fueron trasladadas al Canciller quien hacía justicia por medio de la equidad, dando soluciones que el derecho común no había podido encontrar.

Entonces dentro de este sistema tenemos que, la equidad fue la corrección de lo que dentro de la ley que no podía otorgarse, por razón de su universalidad llega a ser deficiente, de esta forma se desarrollo un sistema de jurisprudencia separada y distinta, misma que da origen al “equito” como norma separada del Derecho Sajón Común.

A comienzos del siglo XV durante el reinado de los Tudor, el Tribuna de la Cancillería asumió tal función, el sistema de doble jurisdicción se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo pasado, momento en que fue unificado, la Cancillería por medio de la equidad moderó los abusos del “use”, su cumplimiento no dependió ya sólo de la conciencia del “feoffee to use”, sino que el Canciller podía compelerlo a cumplir sus obligaciones, cuyo incumplimiento estaba sancionado con la pena de prisión hasta que el rebelde obedeciera, para acabar con dicha práctica convertida en derecho consuetudinario de los *uses*, se dispuso que quien gozaba de un *use* sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, durante algún tiempo se impidió la existencia de los dos propietarios, legal y equitativo, respecto de una misma cosa, que caracterizaba el *use*, no obstante de lo expuesto, la aplicación de la ley quedó limitada por una serie de excepciones vigorizadas por las cortes de equidad, puesto que la aplicación aún llevaba consigo falencias prácticas que confundían el derecho propietario.

1.3.2 EL TRUST Y LA DOBLE PROPIEDAD.

El “trust” puede constituirse mediante dos segregaciones del dominio pleno:

- 1) Traspasando el título legal a determinada persona, condicionando el fideicomiso a favor del otorgante o de un tercero;
- 2) Sin ningún traspaso, separando el llamado “patrimonio-equitativo” fundado en el derecho de equidad, del dominio legal apoyado en el “common law” y convirtiéndose el primitivo propietario en el “trustee” o fiduciario del propio bien

a favor del fideicomisario designado por él mismo, en quien ambas categorías de dominio están fusionadas.

Como consecuencia del sistema jurídico dualista del derecho angloamericano, el “common law” que es el derecho común sólo se ocupa de la propiedad legal, al regular los derechos relativos a esta clase de dominio, no toman en cuenta al fideicomisario, de tal suerte que frente al fiduciario o propietario legal, el fideicomisario ocupa el lugar de un tenedor si está en posesión del bien a quien el titular permite la tenencia material de la cosa, y frente a terceros el fideicomisario posee a nombre del fiduciario. Los bienes constituidos en fideicomiso son de propiedad del fiduciario, quien tiene la facultad de disposición de ellos y mientras están en su poder quedan sujetos a todas las consecuencias jurídicas que se derivan del título de propiedad.

Pero en el “derecho-equidad” (equito) y en los tribunales que ejercen su jurisdicción, aun cuando se reconoce al fiduciario como propietario legal de los bienes, lo colocan en subordinación absoluta a los derechos del propietario-equitativo (fideicomisario), que es quien goza del patrimonio constituido en su favor, recibe los frutos y tiene capacidad de disposición en las condiciones previstas en el acto constitutivo del fideicomiso.

Los tribunales de equidad impiden que el fiduciario extralimite sus facultades legales en su provecho, pudiendo obligarlo a ejercer o transmitir el título dominial con el objeto de preservar y hacer efectivos los derechos del fideicomisario, todos los que reciban del fiduciario un bien fideicomitado (cesionarios, herederos, legatarios, etc.) quedan obligados por el fideicomiso, los acreedores del fiduciario no pueden hacer efectivo sus créditos sobre tales bienes, y si llegan a recibirlos lo hacen con carácter de fiduciarios. Los mismos efectos se producen en el caso de quiebra del fiduciario, sin embargo, el fideicomiso no es oponible al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, en tal caso el fideicomisario sólo tendrá una acción personal contra el fiduciario por incumplimiento del fideicomiso.

Reitero que en el fideicomiso angloamericano hay dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes que subsisten concurrentemente, así tenemos el legal y el equitativo, pero el dominio legal se tiene supeditado al de equidad, en consecuencia, para que el título de dominio sobre una cosa o la propiedad sobre un bien sea perfecto, debe ser reconocido por los dos sistemas jurídicos, así, todo el que adquiere un bien por compraventa tiene derecho a exigir que el vendedor le transmita un título de propiedad que sea válido tanto para el “common law” como para el derecho-equidad.

El derecho del fideicomisario, y la acción para hacerlo efectivo son de orden “equitativo” y no “legal”; por ello debe accionar (bill in equity) ante las “Cortes de Equidad”, pudiendo dirigirse contra el fiduciario y no contra terceros, entonces el fideicomiso genera un patrimonio que pertenece al fideicomisario, de carácter “sui generis”, no idéntico a la plena propiedad frente a la ley común, el derecho del fideicomisario es inexistente y sólo es eficaz por la actuación legal del fiduciario; pero desde la ley más amplia, la “equity”, el derecho del fideicomisario existe en toda su plenitud, y sigue a la cosa donde se halla, hasta el límite que le impone la existencia de un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, el derecho del fideicomisario es real en tanto sigue a la cosa y es personal en relación al fiduciario, su naturaleza, como se puede observar es mixta, el fideicomisario es acreedor del fiduciario, y no dueño, en derecho estricto, de la cosa.

1.3.3. SUJETOS DEL “TRUST”.

Para una mejor comprensión en el estudio del “Trust” detallaremos los sujetos en su aplicación.

- a) El settlor = fideicomitente o fiduciante.

- b) Creator o trustor = es el constituyente y quien transmite la propiedad para la realización de un cierto fin que encomienda al “trustee”.

Generalmente una vez constituido el “trust” desaparece, salvo que fuere el beneficiario del “trust” (living trusts) o se reserve el derecho de revocar el “trust”, alterarlo o enmendarlo, se puede reservar el derecho de dirigir al “trustee” en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que a su juicio lo requieran, el “trustee” es quien se constituye en titular legal del bien, cualquiera puede serlo; basta tener la capacidad para ejercer y gozar de los derechos que son materia del “trust”, también las personas jurídicas pueden cumplir esa función, pueden coincidir los caracteres del “settlor (fiduciante) y “trustee” cuando dicho “settlor” se nombra a sí mismo “trustee”, siempre que tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes materia del “trust”, a un tercero, en este caso no existe transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de ellos dentro del patrimonio personal del “settlor-trustee”, al crearse el patrimonio propio del “trust”.

No es esencial que el “settlor” designe el “trustee” en el momento de la celebración “trust”, en virtud a que el tribunal competente tiene la facultad de designar al fiduciario según las reglas de equidad en caso de omisión, o si el designado con posterioridad no aceptara el cargo propuesto, en caso de incumplimiento de sus deberes, el “trustee” puede ser removido, y aun en ausencia de disposiciones legales o convencionales, la Corte de Equidad efectuará la remoción ordenándole que transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos al nuevo “trustee”, en Inglaterra y en algunos estados de Estados Unidos la cesión de este último se hace en ciertos casos sin una transferencia del antiguo “trustee” al nuevo fiduciario, entonces podemos notar que el principio que se aplica en las distintas circunstancias es el de conservación del “trust”, por ello sigue vigente aún cuando el “trustee” fuera incapaz o se rehúse aceptar, puesto que no está obligado a someterse al cargo, en caso de que no estuviera convencionalmente previsto, será el tribunal competente el que designe el nuevo “trustee”.

En la aplicación del “trust” el “trustee” sólo puede ser destituido por el autorizado en el acto de celebración o por el tribunal competente cuando cause perjuicio al interés del beneficiario, el principio que toman es siempre por la validez y subsistencia del “trust”, es decir la correcta aplicación dentro del principio de Legalidad y Equidad, la obligatoriedad del “trustee” es conducirse respecto de los bienes, como si fueran propios, teniendo como límite la licitud y la voluntad del “settlor”, esta obligado a desarrollar toda su buena fe, con la habilidad y la prudencia que se le suele exigir a un hombre probo y honesto en el cuidado de su patrimonio y en los negocios propios, en el caso de inversiones, el “trustee” puede recurrir a un consejo técnico, pero ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, ya que el consejo no opera como eximente de responsabilidad.

1.3.4. OBJETO DEL TRUST.

El objeto del “trust” es el conjunto de bienes (específicos) afectados a un fin determinado por el “settlor” y transmitidos al “trustee”, pueden ser objeto del “trust”, salvo prohibición legal expresa, los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales que están en el comercio, el derecho que el mismo “trust” le confiere al “cestui que trust”, hecho que prevaleció por la “equity”, induce a sostener tal como se advierte, la existencia de una doble propiedad; la del fiduciario según el “common law” – de carácter formal -, y la del beneficiario según la “equity” de carácter económico, sin embargo, este criterio se halla ya controvertido en Inglaterra, pues para algunos el beneficiario sólo goza de un derecho personal y, para otros, por la circunstancia de reconocérsele a aquél una acción real para obtener los bienes, excepto contra el tercer adquirente de buena fe, es titular de un “ius ad rem”.

1.3.5 CLASES DE TRUST.

Las dos grandes clases de Trust en el derecho anglosajon son el “express trust” y el “implied trust”, dentro de esta clasificación detallamos que los “implied trust” se subdividen en dos clases; “resulting trust” y “constructive trusts”, pero muchos reservan el calificativo de “implied” sólo para los “resulting trust”, y otros niegan tal calificativo tanto a los “resulting” como a los “constructive trusts”, y lo reservan para una variedad de “express trusts” formada por los “implied Express trusts” o “incompleted expressed trusts”.

En la categoría de “express trust” están aquellos que se constituyen por una manifestación expresa en tal sentido, o por expresiones que conducen a tal propósito (impliedly). A su vez, los “express trusts” se dividen en activos y pasivos, en los activos (active, alive, special, operative) el fiduciario o “trustee” tiene especiales deberes respeto al control, administración y disposición de los bienes fideicomitidos, en los pasivos actúa como mero depositario, aunque la distinción en la práctica no siempre resulte posible, también los “Express trusts” pueden ser completos (completed) e incompletos (incompleted), según se requiera o no instrumentos adicionales para el acto constitutivo del “trust”.

Los “trusts” expresos requieren para su existencia de un acto de voluntad del “settlor”, con palabras que revelen la intención manifiesta e incontrovertible de que el negocio se constituya, la constitución del “trust” es válida cuando el instrumento relativo no está en poder del “cestui que trust” ni se entregue al “trustee”, a menos que el ordenamiento legal exija un documento escrito para la transmisión del bien fideicomitido que se hace necesario cuando el “settlor” y el “trustee” son dos personas distintas, en este último supuesto, ni importa que el “trustee” no disponga del documento constitutivo del “trust”, siempre que por otros actos del “settlor” se evidencie la creación del negocio, en cambio, el negocio mencionado se frustrará cuando la transmisión de bienes fideicomitidos que pasaron al “trustee” no se hagan con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento vigente en la materia, formalidades que variarán conforme

al carácter de los derechos que se fideicomitan y la voluntad que el “settlor” manifieste al crear el “trust”.

Los “implied trusts” se dividen a su vez en “resulting” o “primitive trusts” y en “constructive trusts”, la Ley presume su existencia a partir de ciertos actos que denotan la intención de crearlos, cuando en una adquisición onerosa, el “status” de comprador corresponde a una persona, pero el precio ha sido pagado por otra.

Los “constructive trusts” surgen también de una presunción de la ley, pero no presumiendo intenciones de las partes, sino, al contrario, prescindiendo de ellas o contradiciéndolas, por razones de equidad, no es necesario una relación previa de “express trust”, pero si de confianza, quien recibe por error una cosa y la vende a un tercero de buena fe (trustee por el precio) o el caso de adquisición por fraude respecto del perjudicado, o cuando un ascendiente o testador expresa oralmente a su heredero o legatario su voluntad de dar a un derecho un determinado destino, y por los actos de dicho heredero o legatario, confía en que su voluntad será cumplida, omitiendo dar forma al acto constitutivo.

Es frecuente que en el ámbito de los negocios se emplee el calificativo de “trust” para caracterizar el contrato que guarda ciertas relaciones de confianza, así, por ejemplo los llamados “investment trusts” no constituyen aplicaciones del negocio fiduciario en sentido estricto, son sociedades que agrupan grandes masas de capital privado para invertir en títulos-valores que seleccionan y conforman así carteras variables, entre los capitalistas, que desean colocar su dinero en acciones u obligaciones, y la emisora de éstas, se interpone otra sociedad que desempeña funciones fiduciarias, convirtiéndose en propietaria de los títulos, en interés de sus propios accionistas, pero si la cartera de valores no se entrega a un verdadero fiduciario ajeno a la sociedad, la relación entre ésta y sus socios se halla en el ámbito del derecho societario, y no en el de un negocio fiduciario, las acciones que emiten estas sociedades no son otra cosa que títulos de participación en la sociedad, y los capitales que se colocan en ésta se convierten a su

vez en acciones o títulos de deuda de sociedades elegidas para inversión, sin embargo algunos tratadistas como Rodolfo Fontanarrosa en sus investigaciones ve en el “investment trust” una verdadera relación fiduciaria, donde la propiedad de los bienes del fondo son de titularidad del fiduciario bajo las condiciones el “trust agreement” (contrato de fideicomiso).

En cambio, el “voting trust” del derecho anglosajón es un verdadero negocio fiduciario, puesto que surge cuando la mayoría de los accionistas con derecho a voto transfieren sus acciones a un fiduciario, dándole amplios poderes de disposición sobre esos títulos, este último, a su vez, emite certificados a cambio de las acciones recibidas, que constituyen instrumentos perfectamente negociables, se trata de una institución distinta del sindicato de acciones, cabe advertir que en la práctica bancaria se suele utilizar la designación de fiduciario para ciertos negocios financieros o de administración, aprovechando el prestigio que gozan en las prácticas internacionales las sociedades que se dedican a ejecutar encargos de confianza de su clientela, cuando en realidad se trata de mandatos de mayor o menor amplitud, sin que los llamados fiduciarios se constituyan en propietarios.

1.4. LA QUIEBRA DEL TRUSTEE (FIDUCIARIO) EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

La quiebra o insolvencia del fiduciario declarada judicialmente por regla general, no opera la transmisión del dominio que el fiduciario ejerce sobre los bienes dados en fideicomiso, a favor de sus acreedores, si bien la ley ha conferido facultades para transmitirlos a terceros, lo ha hecho en subordinación absoluta al interés jurídico del beneficiario, por esta razón las deudas personales contraídas por el fiduciario sin ninguna relación jurídica con los bienes fideicomitidos pueden ser alcanzados por la acción de los acreedores, los beneficiarios del fideicomiso no son alcanzados por la quiebra del fiduciario, respecto de la quiebra de éste, tienen a su alcance la acción

reivindicatoria para reclamar sus derechos sobre los bienes fideicomitidos, ahora tomamos la misma figura a la inversa, cuando el fallido es el fideicomisario, su interés jurídico en el fideicomiso pasa “ministerio legis” a sus acreedores, salvo en dos supuestos de excepción que son:

a) El instituyente puede imponer en el acto constitutivo restricciones, en virtud de las cuales el beneficio otorgado al fideicomisario no puede ser alcanzado por los acreedores del mismo fideicomisario, estableciéndose limitaciones determinadas al inicio del fideicomiso.

b) Los “spendrift trusts” tienen por objeto evitar que los pródigos disipen el patrimonio que se transmite para proveer a su sostenimiento, y así los bienes fideicomitidos no pueden ser dispuestos ni alcanzados por la acción de los acreedores en forma individual o colectivamente.

1.5. LOS ACREEDORES DEL FIDUCIARIO Y DEL FIDEICOMISARIO.

1.5.1 ACREEDORES DEL FIDUCIARIO.

En principio el fiduciario administra un patrimonio que no es suyo, sino que se establece en favor de los beneficiarios, en virtud de la ficción legal del fideicomiso y de la dualidad del derecho anglosajón, así los acreedores del fiduciario por deudas contraídas en la vía exclusiva del “common law” pueden embargar los bienes que aquél tenga en fideicomiso, pero el fideicomisario puede presentarse por medio de los tribunales de equidad y obtener un mandamiento prohibitivo de la ejecución, logrando la suspensión del procedimiento o su anulación si ya está consumado, si los bienes ya han pasado al acreedor o a un tercer adquirente, éste se transforma en fiduciario forzoso y el

fideicomisario puede reivindicar sus bienes (salvo el caso de tratarse de tercer adquirente a título oneroso y de buena fe).

La figura es distinta si la deuda proviene de prestaciones para beneficio directo del patrimonio en fideicomiso, en principio surge para el acreedor el derecho de reclamo sobre los bienes del fideicomiso que quedan afectados, el acreedor se subroga al fiduciario y puede hacer valer los mismos derechos que aquél tenga con los intereses que administra.

1.5.2 ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO.

Surge el problema de la preferencia de los créditos de los acreedores con respecto al interés jurídico del fideicomisario en un fideicomiso, en el “common law” los acreedores que tenía un embargo sobre los bienes de un deudor insolvente tienen preferencia en el orden en que tales embargos se hubieran practicado; se resuelve por el grado de diligencia desplegada por los acreedores y la intención constituida.

Por la rama del derecho-equidad los acreedores personales del fideicomisario tendrán preferencia en el orden en que hubieran promovido cada uno su ejecución, o sea que el interés jurídico de los fideicomisarios responde por las obligaciones personales contraídas con sus acreedores, mediante los mismo procedimiento ejecutivos que la ley establece en general a favor de los acreedores para exigir a sus deudores el cumplimiento de su obligaciones.

1.6. EL TRUST ANGLOSAJÓN Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS DE ORÍGEN ROMANO.

Además de la diferencia ya observada acerca de la idea de una doble propiedad subyacente del “trustee” por un lado y del beneficiario por el otro, el negocio fiduciario

de origen romano admite el contrato a favor de terceros, mientras que en el derecho inglés no se admite la estipulación a favor de terceros, por ello en el “trust” se requieren tres personas: el constituyente (settlor), el fiduciario (trustee) y el beneficiario, aunque excepcionalmente el “settlor” puede instituirse a sí mismo como “trustee”, en el derecho anglosajón un “trust” puede ser constituido por el “settlor” por acto inter vivos unilateralmente, si bien para ser “trustee se requiere la aceptación, ésta no es asimilable a la aceptación de una oferta contractual, de ahí que el “trust” puede existir sin designación del “trustee” en el acto de constitución, el “trust” ha sido calificado como negocio fiduciario “impuro” por estar regulado legislativamente , ello hace que el beneficiario no se halle librado sólo a la fe o confianza depositada en el fiduciario, sino que cuenta con medios jurídicos para forzar al “trustee” a cumplir con sus obligaciones, por esa razón, para cierta doctrina el “trust” no encuadraría dentro del concepto de negocio fiduciario.

1.7. EL DOMINIO FIDUCIARIO.

1.7.1 NATURALEZA.

Se cuestiona que el dominio fiduciario sea un verdadero derecho de dominio teniendo en cuenta que el fiduciario puede ser removido y que éste debe obrar en beneficio de otra persona, que percibe una retribución, que sus facultades para disponer de la cosa se encuentran restringidas, los bienes fideicomitidos no pasan a sus herederos, se propone dotar de personalidad jurídica al patrimonio fideicomitido, ahora bien no se debe concluir que el dominio fiduciario sea un derecho real autónomo del dominio, sonó que es una especie de este último.

Conforme a los estudios realizados sobre el dominio fiduciario, se establece el dominio perfecto o pleno, o imperfecto o menos pleno, señala la norma que es imperfecto “cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al acaecimiento de una condición, o

si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real”, “el dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”, bajo esta acepción puntualizaré tres casos de dominio imperfecto:

- a) dominio fiduciario;
- b) dominio revocable;
- c) dominio gravado con uno o más derechos reales constituidos a favor de terceros.

Lo que comúnmente se denomina dominio desmembrado, y que comprende a todos los derechos reales sobre cosa ajena, en los primeros dos supuestos se halla afectado el carácter perpetuo del dominio, en el restante su carácter absoluto, analizando la acepción “dueño perfecto” de una cosa que enajena solamente su dominio útil, la norma induce a pensar que si quien grava con derechos reales a favor de terceros la cosa, éste no es su dueño perfecto, sino su titular fiduciario o revocable, no se estaría en presencia de un caso de dominio perfecto, cuando lo exacto a la denominación llega a ser lo contrario.

Por ejemplo, si el titular fiduciario grava su inmueble con una hipoteca, su dominio será imperfecto doblemente, primero por ser propietario doblemente y luego por haber desmembrado su dominio, este análisis nos demuestra que el dominio puede ser imperfecto, en algunos casos, debido a más de una causa o razón por la cual nos parezca ilógica la interpretación, en cuanto separan al dominio fiduciario y revocable del dominio desmembrado por medio de la conjunción “o” que denota diferencia, separación o alternativa entre dos supuestos, me parece más apropiada la conjunción copulativa “y”, cuyo oficio es la unión de dos conceptos en sentido afirmativo.

La propiedad se distingue en propiedad plena, y en propiedad imperfecta, una propiedad es plena y perfecta cuando ella es perpetua, y la cosa no está gravada con ningún

derecho real hacia otras personas que el propietario, sin embargo la propiedad es imperfecta cuando ella debe resolverse al fin de un cierto tiempo, o por el advenimiento de una cierta condición, o si la cosa que es el objeto de la propiedad es un inmueble gravado respecto de un tercero por cualquier derecho real, como de usufructo, uso o de servidumbre, en suma podemos establecer que el dominio es perfecto cuando no está afectado en su perpetuidad, es decir que no está sujeto a extinguirse por el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición, o no está gravado con ningún derecho real a favor de un tercero, entonces ahora podemos advertir que el dominio fiduciario es una especie del género del dominio imperfecto, puesto que el dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley que la rige.

Podemos notar que se trata del derecho real de dominio definido por la ley pero está desprovisto de uno de sus caracteres que es la perpetuidad, en la medida en que puede extinguirse por el cumplimiento de un plazo o una condición resolutorios, o por alguna otra causa de extinción del fideicomiso, en el pensamiento del codificador era posible la transmisión del dominio de manera temporaria, prueba de ello es la regulación del dominio revocable, determinando que en estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina, si bien notamos que esta disposición es equivocada, ya que en los casos contemplados por el precepto debe juzgarse que no hubo transmisión “ni siquiera” de manera interina, lo concreto es que denota que en la mente del legislador era posible la transmisión del dominio de manera que no fuese perpetuo, la perpetuidad del dominio transmitido de esa forma se puede afectar en virtud de dos modalidades; la condición o el plazo resolutorios, y de cumplirse aquélla o vencer éste, su efecto es que el dominio de la cosa debe pasar a manos de un tercero, que pueden ser uno o más beneficiarios o el mismo fideicomisario o el propio fiduciante, la fuente del dominio fiduciario es un acto o negocio fiduciario como lo había descrito anteriormente, si recordamos lo señalado el “*pactum fiduciae*” se materializa por medio de la condición o el plazo resolutorio.

En cuanto a su interés práctico, no puede sentarse reglas generales, ya que dependerá de los objetivos que persigan las partes del negocio al regular sus derechos por medio de la figura, todo dentro del marco de la autonomía de la voluntad, como ejemplo del uso de dominio fiduciario se puede citar el dado por Highton De Nolasco Elena y Areán de Días De Vivar Beatriz quienes señalan que: “una persona que posee cuantiosos bienes decide irse al extranjero, le preocupa sin embargo la situación de un sobrino estudiante de derecho, quien no progresa demasiado en su carrera, a efectos de estimularlo en el estudio y a su vez beneficiarlo, constituye dominio fiduciario de un inmueble apropiado para el estudio jurídico a favor de un amigo íntimo, quien siempre y cuando su sobrino se reciba de abogado, deberá entregarle el inmueble al mismo restringiendo a su amigo el derecho de use y goce”.

Podemos analizar que en el ejemplo transcrito el tío podría conseguir su finalidad por otros mecanismo menos riesgoso, así dar el inmueble en locación o usufructo hasta tanto su sobrino se recibiese de abogado, pero es menester recordar que la elección del medio a emplear está sujeta al ejercicio de la libertad contractual de los interesados y nada se debe objetar sobre la bondad o no de la elección.

1.7.2 CARACTERÍSTICAS.

A continuación señalaré las principales características del Dominio Fiduciario las cuales, deben ser tomadas en consideración para el buen desarrollo y cumplimiento.

1.7.2.1 Absoluto: Es sabido que el derecho de domino es absoluto, lo cual no significa que sea ilimitado y sujeto al arbitrio individual porque tiene un estatuto regulador que le impone restricciones y que conforman su contenido normal, el dominio es absoluto en tanto otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posible sobre una cosa y desde este punto de vista, el dominio fiduciario también lo es, la existencia en el título constitutivo de condición o plazo, no lo privan de

dicho carácter, pues pendiente de su cumplimiento el titular del dominio fiduciario goza, en principio de las mismas atribuciones que le corresponden al titular del dominio pleno, la única salvedad es que sus facultades se hallan limitadas temporalmente, pero mientras dure u derecho éstas le son inherentes.

Además de no ser así, el dominio fiduciario no merecería su denominación, ya que resulta incomprensible la existencia de un derecho de dominio en el cual su titular carezca de la facultad de disponer de la cosa y viceversa, si se reconoce al titular fiduciario el “ius abutendi” se está en presencia del derecho de dominio, por ser éste el único derecho real, que lo confieren, pues los demás derechos reales son tan sólo desmembraciones, conviene precisar, para disipar equívocos, que la caracterización del dominio como absoluto no significa que sea ilimitado en su ejercicio, con el transcurso de la práctica se puede notar que ha desaparecido el carácter absoluto del derecho de propiedad, lo cierto es que este criterio atribuye al concepto de absolutez un significado diferente, pues que el dominio sea absoluto no implica que sea ilimitado, sino que su verdadero sentido es el de conferir la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa.

En definitiva, el dominio fiduciario, al igual que el dominio pleno, confiere la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, pero limitadas temporalmente por la sujeción a una condición o plazo resolutorios, pero pendiente la condición o el vencimiento del plazo, es también absoluto, en el transcurso del tiempo las nuevas legislaciones han incorporado nuevas restricciones al mencionado carácter absoluto, pues el fiduciario se obliga a ejercer la propiedad de fiduciario “en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario)”, mientras que también ese determina que “el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”.

El dominio es el único de los derechos reales que faculta a su titular a disponer jurídica y materialmente de la cosa “ius abutendi”, los actos de disposición no se extinguen por el efecto retroactivo que suele encaminar el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria, sin duda el fiduciario puede disponer o gravar la cosa objeto del fideicomiso, claro que no se aparte de tener las limitaciones que no siempre serán fáciles de explicar, pues habrá que examinar en cada caso si los actos de disposición benefician a la persona designada en el contrato así como si su realización era necesaria para satisfacer los fines del fideicomiso, esto subordinado a lo que se hubiese pactado expresamente en el contrato, que por regla general es “ley para las partes”, tales facultades son subsidiarias de lo que las partes interesadas hayan previsto en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, podemos concluir que en las limitaciones no alcanzan para conmovir el carácter absoluto del dominio fiduciario, que es el dominio al final.

Entonces tenemos que se trata de un dominio restringido, pero es sabido que las restricciones y límites al dominio no lo privan de su condición de tal, mas al contrario el dominio y la absoluta autonomía se perfeccionan en cuanto la relación contractual este enmarcada en la buena voluntad.

1.7.2.2 Exclusivo: Para establecer el carácter exclusivo del dominio fiduciario mencionaremos que en la doctrina alemana en torno de los negocios fiduciarios se ha elaborado teorías que se vinculan con el establecimiento de dos derechos de propiedad distintos, uno en cabeza del fiduciante y otro en cabeza del fiduciario, así se establece que el fiduciario adquiere la propiedad externa o formal y que el fiduciante conserva la propiedad material, este criterio nos lleva a variantes, tales como considerar que el fiduciario es propietario de la cosa hacia fuera, lo cual le confiere plena legitimación para hacer valer su derecho, mientras que hacia el interior queda como simple apoderado, la cosa es ajena en relación a quien le concedió el poder y, así también se hace referencia a que el fiduciario recibe su

titularidad con el fin limitado de legitimarle para actuar como un verdadero titular, teniendo en cuenta la debida valoración de intereses, los motivos de equidad y la realidad económica de que la cosa confiada pertenece al fiduciario, se inclina por la solución más flexible de considerar que éste conserva un “especial derecho real”, a la manera del “beneficial owner” del derecho anglosajón, califica al fiduciario de “treuhänder”, con igual situación en el tráfico jurídico que la del titular por propio derecho, pero la cosa confiada se considera del fiduciante en derecho concursal, fiscal y comercial, también podemos afirmar que el fiduciario es propietario respecto de todos excepto del fiduciante, quien en la relación de ambos ha continuado siendo el dueño, otras acepciones proponen que el fiduciario adquiere bajo condición extintiva, y el fiduciante conserva un derecho real de expectativa a la recuperación de la cosa.

Se habla también que la propiedad fiduciaria concede un derecho de garantía preferente al fiduciario, mientras que en las relaciones entre fiduciante y fiduciario no tiene eficacia la transmisión de propiedad, sino lo convenido o finalidad de seguridad.

Como podemos apreciar en toda la explicación basada en la teoría de la legitimación, giran sobre la idea de que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo en algunos casos a la manera de un mandatario, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material, distinguiéndose correlativamente una relación interna entre fiduciario y fiduciante y otra externa entre fiduciario y terceros.

Si tomamos un sentido de transmisión del dominio bajo condición resolutoria aparejaba el fraccionamiento del derecho de propiedad desdoblándolo en dos partes, una perteneciente al enajenante bajo condición suspensiva, y otra al adquirente bajo condición resolutoria, al mismo tiempo se sostiene que existió oposición sobre este sentido y era en cuanto a su exclusividad, lo que implicaba

la imposibilidad de coexistencia de dos derechos de dominio sobre una misma cosa y al mismo tiempo, pues de no ser así se estaría en presencia de un condominio, dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa, mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, es imposible que lo que pertenece a una persona en el todo, pertenezca al mismo tiempo a otro, pero nada impide que la misma cosa que es debida, sea también debida a otro, no podemos desmembrar el derecho real del dominio, estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad, además llegamos a crear un “jura in re aliena” no admitido por el sistema, si tratamos de desmembrar el dominio que puede darse el caso siempre debe ser bajo las figuras admitidas por el ordenamiento, en cuyo resguardo está interesado el orden público, asimismo si se quisiera ver en cabeza del fiduciario la situación de un mandatario o de un gestor de negocios, también se cae fuera del dominio fiduciario, cuyo objeto es la transmisión de la propiedad, además la multiplicidad de dominios afectaría notablemente al sistema registral consagrado por Ley y provocaría inseguridad en los terceros, quienes no podrían determinar con claridad quién es el verdadero titular del dominio, como dos dominios no pueden coexistir porque el carácter exclusivo impone la incompatibilidad absoluta con la pertenencia a más de una persona, y como el titular fiduciario adquiere el dominio de la cosa transmitida, deben ser descartadas de plano aquellas teorías que indican la permanencia en cabeza del fiduciante de la propiedad material, tampoco es factible la idea de que el fiduciario sea propietario frente a todos menos frente al fiduciante, porque ha sido justamente este último quine le transmitió el dominio, razón por la cual no podría alegar la inoponibilidad de la enajenación, mientras que cuando se recurre a la idea de la inoponibilidad o, a la de titulares verdaderos o putativos, se trata de transmisiones “a non domino”.

1.7.2.3. Temporario: Se establece que el dominio fiduciario es un derecho real temporario porque no está sujeto a durar indefinidamente; al contrario, su

duración está subordinada al cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo resolutorio, en este punto se marca la principal diferencia entre el dominio pleno o perfecto y el fiduciario, disponiéndose que el dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo y se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición.

Al ser un derecho temporario, cabe preguntarnos si, como acontece con otros derechos reales de ese carácter, como por ejemplo el usufructo se extingue por el “no uso”, o si también le resulta aplicable, frente al dominio pleno, según el cual el dueño no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción, teniendo en cuenta que el fiduciario debe ejercer su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato y que debe actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, todo lo cual supone una conducta positiva, no puede adoptar una actitud de inercia, es decir que debe explotar las cosas objeto de su derecho con diligencia, debe extraer, o al menos intentarlo, tratar de tener beneficios de aquéllas como lo haría un buen hombre de negocios, de no ser así y de adoptar una actitud meramente pasiva, la consecuencia será la extinción de su derecho, ya que entre las causales de cesación se prevé la “remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante”.

En rigor, la causal de extinción no es el “no uso” sino el incumplimiento contractual, dado que no hay que confundir al contrato con el derecho real, es necesario aclarar que en la situación examinada el dominio fiduciario subsiste, pues sólo se extingue para quien hasta el momento de la remoción era su titular, pero continúa en cabeza del sustituto previsto en el contrato o en su caso será la

autoridad competente quien lo designe, podemos notar que esto marca una diferencia con el usufructo, donde el no uso determina su extinción sin posibilidad de reemplazo. Si bien la cuestión puede ofrecer dudas, cabe interpretar que el mero desuso no extingue al dominio fiduciario, pero puede acarrear consecuencias en el plano de la obligación que finalmente determinen la extinción del derecho real para su titular y, consecuentemente, su sustitución por otro fiduciario, la falta de uso o de ejercicio podrá incidir en la extinción del contrato de fideicomiso y, cesado éste, desaparecerá el dominio fiduciario para su titular por falta de causa o título de su derecho, mas que por el hecho del no uso.

En el mismo orden de ideas cabe preguntarnos si el dominio fiduciario dispone que el fiduciario cesará como tal por su muerte, se ha convertido en un derecho real vitalicio, es decir, sujeto a durar como máximo la vida de su titular, como acontece con otros derechos reales tales como el usufructo, dado que aquí también el fiduciario será reemplazado por un sustituto, es permitido optar por la respuesta negativa, que la propiedad fiduciaria continuará en cabeza del segundo, si no fuera así tendríamos que llegar a la conclusión de que todos los derechos reales son vitalicios, pues siempre la muerte del titular determina para éste su extinción, pero ello no es así respecto de aquellos derechos que subsisten como tales en cabeza de sus sucesores, sólo es aplicable la denominación en aquellos derechos reales que, a la muerte del su titular, se extinguen de manera definitiva, en el supuesto de muerte del dueño fiduciario, éste debía ser sucedido por sus herederos hasta tanto se verificase el evento resolutorio, por aplicación de los principios generales en materia sucesoria, ahora la situación es diferente, ya que, como se señaló, el derecho real subsiste en las mismas condiciones en cabeza del sustituto, de todas formas, sigue siendo un derecho temporario, la perpetuidad no es un carácter esencial del derecho de dominio, sino natural, la imposición de un plazo o de una condición resolutoria no paraliza el señorío del propietario, quien, en tanto perdura su derecho, ejerce sobre la cosa sus facultades de uso, goce y disposición. Si el dominio fuese esencialmente perpetuo, el legislador no habría

consagrado supuestos de propiedad temporaria, la circunstancia de que el dominio sea absoluto, en el sentido de ser el derecho que otorga la mayor cantidad de facultades posible sobre la cosa no se opone a que en algunos supuestos la propiedad sea temporaria “ad tempus”.

1.7.3. SUJETOS y/o PARTES DEL DOMINIO FIDUCIARIO.

Cuando indicamos a sujetos o partes, hay que distinguir según se trate del derecho real o del negocio que le sirve de causa, desde el punto de vista de los derechos reales hay que tener presente que en ellos no hay partes, pues atienden a la relación directa e inmediata entre la persona y la cosa, en este sentido, el único sujeto posible del dominio fiduciario es su titular, es decir, el dueño de la cosa transmitida, el que puede ser una persona jurídica o física, cuando en materia de derechos reales se alude al sujeto pasivo, ello sólo significa que sobre el resto de la sociedad existe un deber de abstención negativo, que no constituye una obligación de no hacer, sino en respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa.

El negocio fiduciario, que sirve de título al dominio fiduciario es donde aparecen los sujetos de la relación jurídica, requiriéndose por lo menos la intervención de dos partes: el “fiduciante, “fideicomitente” o “constituyente” del fideicomiso es quien transmite el dominio al “fiduciario” quien a su vez se convierte en titular del derecho transmitido hasta que deba traspasarlo a un tercero que recibe el nombre “beneficiario”, o a otro tercero que recibe el nombre de “fideicomisario”, o al propio “fiduciante”, cabe entender al fin del fideicomiso la cosa puede ser transmitida al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, según lo que se haya dispuesto en el contrato o en el testamento, y en tanto operen las aceptaciones necesarias, para la presunción de que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas, se prevé que el fideicomisario sea el beneficiario secundario, y que en caso de que tampoco el acepte o no llegue a existir, se atribuye la calidad de beneficiario al mismo fiduciante o instituyente del fideicomiso.

Por ejemplo, se instituye un fideicomiso respecto de un edificio en mal estado y desocupado con el objeto de que el fiduciario lo recibe con el dinero de inversores que se beneficiarán, una vez renovado y puesto en locación, con la renta que produzca el inmueble.

Al cumplimiento de un plazo o condición, seguramente vinculado al retorno de esa inversión, agotado el fideicomiso el inmueble será transmitido al fideicomisario designado en el contrato, beneficiario serían entonces quienes perciban hasta el cumplimiento del plazo o condición la renta locativa, mientras que aquél es el que se transmite el “residuo”, es decir, el dominio sobre el inmueble renovado.

De acuerdo a la norma el contrato debe individualizar al beneficiario, éste podrá ser una persona física o jurídica, que podrá o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato, en tal caso deberá constar los datos que permitan su individualización futura, podrá haber más de un beneficiario, y se puede designar beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte, si nada se dice en contra, los beneficiarios se beneficiarán por igual, el contrato debe determinar la persona del “fideicomisario”, ya que si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el beneficiario será aquél, si tampoco el fideicomisario llegara a existir, no aceptara o renunciara, el beneficiario será el propio fiduciante del derecho del beneficiario, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario al fiduciante.

1.7.4. OBJETO DEL DOMINIO FIDUCIARIO.

Como acontece en los derechos reales, el objeto del dominio fiduciario, está configurado por cosas, las que deben ser ciertas, individualmente determinadas y estar en el comercio, pueden ser muebles o inmuebles, la exigencia de que se trate de cosas individualmente determinadas se hallaba reforzada, en lo que respecta al dominio fiduciario, puesto que este se adquiere en un “fideicomiso singular”, existen algunas

discrepancias en torno de la posibilidad de transmitir el dominio fiduciario de cosas “fungibles”.

La acepción más convincente la da el tratadista Guastavino, quien indica que el dominio fiduciario es el que esta regulado por la norma, puesto que estaríamos en presencia de una fiducia legalmente constituida, en la que el negocio es típico, por otra parte, la posibilidad de que se transmita el dominio de cosas fungibles o consumibles, para luego restituir otras de igual especie y calidad, encuentra respuesta legislativa en la figura del usufructo imperfecto, de modo que no es necesario forzar la figura más allá de lo necesario, no cabe duda que lo explicado tiene sentido cuando pensamos en el derecho real de dominio, pero debemos establecer que la Ley nos permite transmitir la propiedad fiduciaria de toda clase de bienes, entre los que se encuentran las cosas fungibles, teniendo en cuenta que la gestión patrimonial del fiduciario puede ser dinámica, ya que puede enajenar una cosa y recibir dinero, mismo que ingresará al patrimonio separado, cabe aceptar la posibilidad de que las cosas fungibles sean objeto de un contrato de fideicomiso.

1.8. NEGOCIO FIDUCIARIO EN GENERAL.

La doctrina define el Negocio Fiduciario como la declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos, según el tratadista Koper Regelsberger establece que el negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico cuyos aspectos jurídicos como ellos ya saben exceden de aquél, podemos tomar como ejemplo la transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, el fiduciario se hace propietario, acreedor común o cambiario, el fiduciario recibe el poder jurídico, del cual

no deberá abusar para fines distintos del propuesto, y quien transmite lo hace en confianza de que aquél no lo hará, el aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible en el negocio fiduciario puro.

Un sector de la doctrina afirma que los negocios fiduciarios, se caracterizan por esa excedencia del medio empleado, frente al fin que se quiere conseguir, el fiduciante da al fiduciario para un fin determinado un amplio poder jurídico, a su vez, el fiduciario asume la obligación de usar de la posición jurídica real constituida, sólo dentro de los límites de aquel fin.

En realidad no se advierte la tan mentada desproporción entre el medio jurídico elegido y el fin económico o práctico perseguido por las partes del negocios, tomaremos como ejemplo la transmisión de la propiedad de un bien para garantizar el pago de una deuda, no hace otra cosa que lo que las partes han querido en la práctica que es transmitir la propiedad a otro, con la seguridad que ello implica, esta transmisión se realiza hasta que se cumpla la condición, es decir, el pago prometido y así recuperar nuevamente la cosa, no importa si ulteriormente la cosa vuelve o no al dominio del deudor, lo cierto y jurídicamente concreto es que la propiedad la detenta el fiduciario fáctica y jurídicamente, en forma incontestable, hasta tanto se cumpla la condición.

Es muy criticada la caracterización de los negocios fiduciarios por la potestad de abuso que conlleva, porque en realidad no es exclusiva del negocios fiduciario, por ejemplo la revocación del dominio sobre la venta de cosas muebles no es oponible a terceros de buena fe, o como ocurre con el mandato cuando se advierte la posibilidad de que el mandatario ejerza sus facultades en exceso.

Al final se caracterizan los negocios fiduciarios como aquellos en los cuales una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, y en interés suyo, y también en el del transmitente o de un

tercero, la opinión generalizada es que la característica relevante de los negocios fiduciarios es que son negocios de confianza, su denominación lo indica: “fiducia” proviene del latín “fides” que significa confianza.

1.9. DIFERENCIA ENTRE EL DOMINIO FIDUCIARIO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

El dominio fiduciario es una de las variantes posibles que puede resultar de la utilización de negocios fiduciarios, es necesario diferenciar al negocio fiduciario del dominio fiduciario, puesto que el negocio fiduciario está configurado por la relación contractual, mientras que el dominio fiduciario es el derecho real que surge del negocio fiduciario, pero también debemos aclarar que no todo negocio fiduciario tiene por fin constituir un dominio fiduciario.

No debemos olvidar que mediante el contrato de fideicomiso el fiduciante puede transmitir al fiduciario un derecho de dominio sobre una cosa u otra clase de derecho patrimonial, sólo en el primer caso se puede hablar de dominio fiduciario, el límite estaría dado en el objeto del contrato, si el negocio fiduciario tiene por fin transmitir el dominio de cosas, habrá dominio fiduciario, si se transmite al fiduciario otra clase de bienes, se aplicarán las normas que correspondan a su naturaleza, condición que nos llevaría a examinar según se presente el caso.

Se puede tomar como solución la teoría general de los derechos reales, pues éstos sólo pueden tener por objeto cosas ciertas, determinadas, actualmente existentes, que estén en el comercio, no se puede concebir el derecho real sobre cosas inciertas o futuras, sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de que se configuren otros negocios de fideicomiso distintos de los previstos que también puedan dar lugar a la transmisión de un dominio fiduciario, según la doctrina Italiana y la Española, una cosa es que los

derechos reales tengan o deban tener una estructura típica, y otra es deducir como consecuencia necesaria la tipicidad de los negocios traslativos.

1.10. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y EL FIDEICOMISO.

De acuerdo a las concepciones Mexicanas que son las que mayor desarrollo registra en la relación del fideicomiso con recepción legislativa, ve al instituto como una especie de negocio fiduciario, a continuación indicaremos los aspectos que ambos negocios tienen en común:

- a) La presencia de dos sujetos;
- b) La traslación de derechos de uno a otro como relación real;
- c) La obligación personal del adquirente para con el enajenante de destinar lo transmitido a un fin determinado;
- d) La afectación del bien a ese fin.

Dentro de las diversas corrientes de los países precursores del fideicomiso se explica que el fideicomiso es un negocio fiduciario porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio, existe una doble relación conformada por la transmisión de bienes al fiduciario (relación real) y la obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad de los bienes (relación obligatoria o personal).

Tanto el fideicomiso testamentario como el contractual (este último en variante estrictamente bilateral), en el cual netamente se produce una estipulación a favor de tercero (o coinciden fiduciante y beneficiario), son negocios fiduciarios, en todos esos casos se produce la traslación de la propiedad por una parte y la afectación a la finalidad proclamada, es decir, la doble relación dentro de un único negocio tal como sostiene la doctrina predominante, pero también podemos notar que otros autores como Raúl

Cervantes, establece que el negocio fiduciario es atípico por definición, mientras que el fideicomiso es un negocio típico, señala también que como diferencia a parte de lo apuntado, es que el negocio fiduciario se traduce en dos diversos negocios cuyos efectos son contradictorios, distinguiéndolos del oculto del aparente, mientras que al contrario, el fideicomiso está estructurado en un solo negocio, cuyos efectos no derivan de relaciones internas, secretas e ilícitas, sino que devienen de un acto constitutivo que se establece en ley, se afirma que el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros, mientras que el negocio fiduciario consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí, el primero es real, exteriorizado jurídicamente obligatorio, en tanto el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes.

También tomaremos a José Villagorda Lozano quien manifiesta estar en desacuerdo con la postura precedente, opina que no es esencial que el negocio fiduciario sea innominado para ser tal, sostiene además que la concepción de la duplicidad de contratos dentro el negocio fiduciario está superada por la doctrina que ve en él una unidad de dos relaciones subordinadas, una real y otra obligatoria, y por fin la excedencia en los efectos del negocio jurídico en relación con el fin perseguido por las partes, son en realidad medios adecuados más que excesivos.

El fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios y donde el fiduciario detenta la titularidad de ciertos bienes con la limitación de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual se instituyó, en cuanto al fiduciario, sin duda es el dueño de los bienes recibidos en fideicomiso, pero no económicamente, en el sentido de que ejerce las facultades dominiales, no en provecho propio, sino en provecho ajeno.

1.11. LA FIDUCIA LEGAL.

El negocio de transmisión fiduciario, tal como lo concibieron los Romanos y hasta cierto punto los van adoptando en la Legislación actual, es insuficiente en lo que respecta a la protección de los bienes fideicomitidos, especialmente en relación a la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario, las legislaciones latinoamericanas necesitadas de instrumentos útiles, sobre todo para el tráfico comercial y las inversiones, rescataron la fiducia Romana introduciendo las características que sobre este particular hicieron del “trust” una herramienta tan exitosa, así lo entendieron México, Panamá, Colombia, Puerto Rico, Costa Rica, Bolivia, Perú, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Québec (Canadá) y Liechtenstein.

Sin dejar de valorar el amplio margen de libertad económica y las posibilidades de elaboración jurídica que brinda el negocio fiduciario puro, tal como lo concibieron los romanos, entendemos que dejar sujeto el destino de los bienes fideicomitidos sólo a la buena fe y confianza del fiduciario es por lo menos ingenuo en un mundo donde la inversión, principalmente, está orientada hacia la seguridad y la racionalización del riesgo, aun cuando difieren los sistemas legales, el “trust”, como hemos visto, cubrió un desarrollo que la fiducia romana no cumplió, aun cuando se pueda alegar fundados motivos históricos, lo cierto es que el instituto anglosajón cumple funciones económicas de primera magnitud en los países de esa raíz.

Podemos indicar que la adaptación de la figura latinoamericana por medio de la adopción de algunas características del “trust” anglosajón, no sólo responde a una tendencia visible en el derecho en los últimos años, sino al reconocimiento del valor de ciertos elementos del “trust” de innegable practicidad, abandonar la sola confianza en el fiduciario en negocios de cifras astronómicas, no parece ser la más conveniente ni atraería inversiones a través de vehículos que no presenten un buen grado de confiabilidad.

Es de advertir que en el proceso de asimilación de elementos del “trust” a la figura de la fiducia, sobrevino cierta confusión en razón de que en aquélla se utiliza igual

denominación para identificar distintas especies, hay “trusts” que implican transmisión de propiedad en cabeza del “trustee”, mientras otros son mandatos, donde el “trustee” es sólo un representante, la misma denominación se utiliza para designar a las grandes combinaciones económicas y financieras que tienden a la creación de monopolios en la industria, la banca y el comercio.

CAPITULO II

EL PATRIMONIO FIDUCIARIO Y LAS CONCEPCIONES DOCTRINALES

2. ASPECTOS TEÓRICO DOCTRINALES Y CONCEPTUALES DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO.

En general los derechos latinos han sido reacios en admitir las ideas del sistema del “common law” o del derecho alemán, ocurre lo mismo en España, Francia, Italia, sin embargo el derecho Europeo da muestras de resultar permeable a las influencias del derecho anglosajó, que posee instrumentos “piu snelli” aplicados con mucha aceptación. Podemos indicar que el fideicomiso latinoamericano, no es el “fideicomissum” Romano ni el “trust” anglosajón, tiene mucho de uno y otro, pero el resultado es una figura novedosa que reviste características propias.

2.1. RECONOCIMIENTO DEL TRUST.

Se reconoce la existencia del “trust”, que implica como mínimo:

- a) Que los activos del “trust” constituyen un patrimonio separado, que el “trustee” puede comparecer en negocios y ser demandado en calidad de tal.

- b) Que los acreedores personales del “trustee” no pueden agredir los activos del trust.

c) Que los activos del “trust” no forman parte del patrimonio del “trustee” en su insolvencia ni de su régimen matrimonial ni de la masa sucesoria.

d) Los activos del “trust” pueden ser recuperados aún cuando el “trustee” incumpliendo su obligación, los ha confundido con otros bienes

e) Las normas de la convención no se aplicarán cuando ello sea manifiestamente incompatible con el orden público.

A principios del siglo XX, el contacto entre los hombres de negocios y profesionales del derecho de México y Estados Unidos, despertó en aquellos el interés de la figura del “trust” y sus aspectos técnicos, hasta ese entonces casi desconocidos para los latinoamericanos, no puede menos de sorprender que una institución de la antigüedad y la excepcional utilidad práctica del *trust* sólo haya venido a suscitar el interés de los juristas formados en la tradición del Derecho Romano hasta una época tan tardía.

2.2. TRAYECTORIA DEL FIDEICOMISO LATINOAMERICANO.

A partir del Proyecto Alfaro (1.920), fue Panamá (1.925) el primero que legisló el fideicomiso con características latinoamericanas, el fideicomiso latinoamericano y el “trust” tienen en común la transmisión del derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos en cabeza del “fiduciario” o “trustee”, así como en ambos supuestos el “fiduciario” es un dueño en interés ajeno ha otras similitudes y por ello a ambos institutos se los encuadra dentro de los negocios “fiduciarios”, sin embargo, las diferencias que señalamos al analizar el régimen legal del “trust” anglosajón impiden la identificación de ambas figuras, y de otras diferencias históricas y culturales.

El fideicomiso latinoamericano fue en realidad, como se dijera, el producto de la imposibilidad de adoptar el “trust” en los países de tradición jurídica Romana, el propósito existió, pero encontró un obstáculo insalvable; el “trust” exige para existir y ser comprendido el sistema de doble propiedad, concepto inaceptable para el derecho civil en el cual uno de los atributos el dominio, quizá el más definitorio, es el de la exclusividad, la propiedad fiduciaria del “truste” es compartida con el “beneficiario”, mientras que el “fiduciario” latinoamericano es dueño exclusivo, no obstante ello, el “trust” ha llegado a convertirse en la aportación angloamericana más trascendental en el campo del derecho.

El prestigio de la tradición del “trust” y la conveniencia impulsaron a los mexicanos a tratar de adaptarlo bajo la figura del fideicomiso, bajo la iniciativa del diputado Carlos Limantour que presentó un proyecto en el año 1.905, sin obtener eco favorable en el Congreso de ese país, entonces fue el mérito de Ricardo J. Alfaro, jurista panameño, haber propuesto, en un foro internacional como lo fue la tercera Conferencia Científica Panamericana de Lima en 1.924, la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los países Latinos una institución civil nueva, semejante al “trust” del derecho inglés, proponiendo para ello un proyecto de Ley de Fideicomisos consistentes en 38 artículos, puede decirse que la piedra basal del fideicomiso hispanoamericano, fue el Proyecto panameño de Alfaro (1.920), sancionado como ley en 1.925 y luego en Puerto Rico (1.928), como función bancaria lo adoptaron sucesivamente los siguientes países: Colombia (1.923), México (1.924), Chile (1.925), Bolivia (1.928), Costa Rica (1.936), El Salvador (1.937), Venezuela (1.940), Nicaragua (1.940), Guatemala (1.946), Ecuador (1.948), Honduras (1.950), Argentina (1.995) y Paraguay (1.996).

Ricardo Alfaro, jurista panameño, es considerado como el fundador de la doctrina latinoamericana del fideicomiso, fruto de la intención inicial de adoptar el “trust” a las legislaciones de estas latitudes, comenzó el desarrollo de ideas que dan forma a un instituto que, no obstante sus similitudes con la figura anglosajona, tiene características propias que lo diferencian y permiten su funcionamiento en sistemas latinoamericanos,

en un principio definió el fideicomiso como un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad de quien los entrega llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, la utilización de la figura del mandato para explicar la relación fiduciario no fue el fruto de un error conceptual ni una explicación diversa de las fuentes romanas del instituto, sino el intento de explicar, a los abogados latinoamericanos desconocedores de una figura tan peculiar como el fideicomiso que el fiduciario obraba en verdadero interés ajeno.

La aclaración posterior de Ricardo Alfaro vino para poder aclarar las críticas que en su momento recibió de parte de la doctrina como consecuencia de esa tesis, por motivos prácticos, anudó el fideicomiso al mandato irrevocable, y consciente de ello, completó la definición de la figura aclarando que en virtud del señalado mandato “se transmiten ciertos bienes”, más tarde el citado autor corrigió la definición diciendo que se trata de “un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, al beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

A Ricardo Alfaro se le criticó, con razón, que no se puede asimilar, y ni siquiera explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso en las legislaciones latinoamericanas, como mandato irrevocable utilizando la figura del “trust”, entre otras razones porque si bien el “trustee” desempeña un encargo, no lo hace como representante sino como dueño a quien se le trasmite los derechos para realización de los fines del fideicomiso, los actos del mandatario en nombre de su mandante hacen que los bienes pasen del patrimonio de este último al del tercero con quien aquél contrata cuando el “trustee” es utilizado como representante, lo que también ocurre en el derecho anglosajón, las figuras ya ni siquiera son comparables.

A partir del intento de Ricardo Alfaro, se ha tratado de elaborar una doctrina del fideicomiso latinoamericano que impregna la legislación que en la materia se ha dado en

la mayoría de los países de habla hispana del continente, y dentro de ella una explicación sólida a la particular naturaleza de los bienes fideicomitidos en relación al patrimonio.

En primer lugar, si los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio, entendido como universalidad de bienes si deben o no pertenecer a alguien, es decir, tener un sujeto titular, si los bienes que lo conforman se confunden o no con los bienes propios del fiduciario, etc.; partiendo de la premisa de que estamos frente a verdaderos derechos de propiedad, aun cuando tengan especiales características, si se lo compara con el dominio pleno sería una conformación patrimonial perfecta.

2.3. EL PATRIMONIO FIDUCIARIO, CONCEPTOS Y TEORIAS.

A partir del nombrado autor Alfaro se ha elaborado, principalmente entre los autores mejicanos, una doctrina del fideicomiso con concepciones modernas, tal como está legislado en los países latinoamericanos, dentro de esa doctrina el estudio que se debe dispensar a los bienes fideicomitidos se evidencia como de extremo interés, la seguridad y la protección de esos bienes, tanto respecto del fiduciario como de terceros, la relación con los demás bienes del fiduciario, el destino de éstos, etc, plantean la necesidad de abordar el análisis jurídico de la relación existente entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio como conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria, no se trata de discurrir doctrinariamente sobre una cuestión menor, sino de encontrar explicaciones de nivel científico que fortalezcan la figura del fideicomiso.

Las teorías ensayadas sobre el particular tratan los bienes fideicomitidos según la concepción que tengan del patrimonio, básicamente se plantean si esos bienes conforman o no una especie diferenciada dentro o fuera de él o si en sí mismo conforman o no un patrimonio como sujeto de derecho, en estas concepciones algunas sólo están diferenciadas por matices, dedicaremos algunas líneas, comenzando con las

más generales, como la clásica o personalista y la concepción de Brinz, acerca de los patrimonio especiales, para seguir con las teorías dedicadas específicamente a patrimonio fiduciario.

2.3.1. Teoría Clásica del Patrimonio de la Personalidad.

Recordamos que en la concepción clásica, en la escuela de la Exégesis de civilistas como Zachariae y Aubry y Rau, el patrimonio es un atributo de la personalidad, donde únicamente las personas, físicas o morales, pueden tener patrimonio, y además necesariamente aun cuando esa universalidad no contenga ningún bien concreto o sólo deudas, el patrimonio es inseparable de la persona, y sólo son transmisibles los elementos que lo conforman, salvo excepción hecha por la ley, las personas tienen un patrimonio, mientras la persona vive el patrimonio es inseparable de ella, sólo puede enajenar sus elementos pero no la universalidad, los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman una universalidad de derecho, el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los bienes y de las obligaciones que lo conforman.

2.3.2. Crítica a la Teoría Clásica.

La teoría clásica ha sido atacada criticándose su atipicidad, abstracción y el carácter abusivamente lógico, demasiado estrecha en una medida tal que se presenta como un obstáculo para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, la crítica más severa que se le formula con relación al tema que nos ocupa es respecto de la indivisibilidad que atribuyen al patrimonio a quienes sostienen la teoría, los críticos explican que se producen situaciones en que un titular tiene más de un patrimonio, como es el caso de la aceptación de herencia con beneficio de inventario donde se produce la dualidad de masas señalada (la del heredero y la de la sucesión), o bien, como en el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, o los bienes o pasivos que conforman la masa de la quiebra no se encuentra lógica ni hay razón de peso por lo cual no se puede segregar

alguno de los bienes que conforman el patrimonio, para afectarlos a un fin determinado o particular, es decir, patrimonios especiales que coexisten junto a un patrimonio general o dentro de él, desde un punto de vista más amplio, tampoco hay una razón determinante para que el patrimonio deba ser concebido como una cualidad de las personas.

En tal sentido el derecho alemán se aparta de la concepción tradicional, porque ya no ve al patrimonio como algo inherente a las personas, sino enfocado desde el punto de vista del fin que justifica la existencia de los bienes en particular, en la concepción de Brinz, el patrimonio general lo conforman los bienes que satisfacen cualquier fin que se proponga su titular mientras que los patrimonios especiales son bienes afectados a un fin determinado¹ .

Según Von Tuhr², el principio general en la conformación del patrimonio especial es que ingresan en él los derechos que la ley le asigna; todos los demás aumentan el patrimonio general.

Algunos autores recogen la teoría de Brinz acerca de la división de los patrimonios en dos categorías, una es la de los patrimonio de personas y la otra de los patrimonios impersonales afectos a un fin o patrimonios de destino, los primeros pertenecen a una persona, mientras que los segundos no tienen dueño, hay respecto de estos últimos derechos y garantías jurídicas, que no son de alguien sino de algo, si nos adscribimos a esta teoría y denominamos patrimonio independiente a los patrimonios de destino que carecen de sujeto y dependen de los que se hallan destinados a un fin concreto, estos últimos pertenecen a una persona e integran su patrimonio general, sin perder su autonomía.

¹ BRINZ. Pandekten, 1ª. ed., 226, citado por LLAMBIAS. Jorge J., Tratado de derecho civil, Parte general. T. II, 9ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 196

² VON TUHR, Andreas, Teoría general del derecho civil Alemán, T.I, vol. 1 Buenos Aires, 1946 p. 410

En la llamada teoría del patrimonio-afectación, derivación de la doctrina alemana, se toma en cuenta el destino dado a determinados bienes con relación a un fin jurídico, en virtud del cual se organiza legalmente su forma separada, una persona puede tener tantos patrimonios como grupo de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos, los llamados patrimonios separados presentan las siguientes características primarias.

- a) Necesitan previsión legal desde que son una excepción al principio general de que “el patrimonio es la prenda común de los acreedores”.
- b) Independencia del patrimonio general, aunque más preciso será para nosotros hablar de separación de bienes cuando de fideicomiso se trate.
- c) Responde sólo por las deudas contraídas en virtud del patrimonio especial.

Aún cuando la concepción tradicional o clásica del patrimonio penetró es interesante destacar que aun así resulta posible, en ese marco la existencia de patrimonios especiales en el régimen del Código Civil se vuelve necesaria en el sentido de que no hay nada en el citado Código que obligue a adoptar la denominada teoría clásica en forma excluyente, según el destacado maestro es compatible en nuestro sistema legal el reconocimiento de un único patrimonio general con diversos patrimonios especiales del mismo sujeto, el primero resulta ser un conjunto de bienes de una persona, que engloba todos los bienes que quedan a disposición del titular para cualquiera que sea el fines sin estar comprendidos en ningún régimen legal especial, los segundos patrimonios especiales, que son bienes afectados a un fin determinado previsto por la ley, que resulta ser la masa de bienes de la quiebra o la masa de bienes de un fondo de comercio son establecidos específicamente.

En definitiva es la ley la que prevé el grado de autonomía o separación, así como la inembargabilidad o la sustracción de los bienes de esa especie al régimen de garantía general de que gozan los acreedores respecto del patrimonio de las personas, podemos citar al patrimonio de los fondos de jubilaciones y pensiones, el patrimonio de los fondos

comunes de inversión, la teoría de los patrimonios especiales de destino autónomos ha sido objeto de críticas, la observación que se le formula es que en caso de tener realidad jurídica procederá sólo en el supuesto de que la ley reconozca mediante declaración expresa, la producción de efectos a la afectación de ciertos bienes a un fin determinado, de lo contrario el destino que un sujeto señale privadamente a sus bienes tendrá su límite en el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores.

2.3.3. Teoría de Domínguez Martínez.³

Este autor mejicano sostiene que a pesar de la previsión legal de una afectación, no se está ante la existencia de un patrimonio- afectación distinto del patrimonio general y único de la persona, que todas las masa de bienes afectados a un fin determinado representan ciertas universalidades, autónomas y legalmente organizadas, pero sin llegar a ser un patrimonio en sí mismos, según esta teoría establece que los sectores independientes dentro del patrimonio son universalidades jurídicas, no hay identidad entre patrimonio y universalidad jurídica, todo patrimonio es una universalidad jurídica, pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio, cada universalidad jurídica sería entonces una fracción del patrimonio.

2.3.4. Teoría de Navarro Martorell.⁴

Para este autor la propiedad fiduciaria no es una propiedad “especial”, sino una verdadera y plena, aunque con ciertas características particulares que la hacen merecedora de una denominación peculiar, no es una propiedad limitada ni dividida, por esa razón el fiduciario adquiere sobre los bienes fideicomitidos la pena e irrevocable propiedad, no sólo frente a terceros, sino también frente al constituyente.

³ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, El fideicomiso, cit., p. 199

⁴ NAVARRO MARTORELL, p. 109, notas 29 y 31.

En la concepción del citado autor las limitaciones relativas a la extensión de las facultades del título del dominio fiduciario, como lo relativo a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto, es decir, son obligaciones personales en cuyo nombre podrá el fiduciario en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, mas no una revocación de lo dispuesto por este último, ni menos la reivindicación de la cosa, en el negocio complejo fiduciario, al añadirse al contrato real transmisivo la convención obligatoria, el resultado de ambos se interpretará correctamente, concluyendo que el fiduciario no debe enajenar si el “pactum fiduciae” se obligó a no hacerlo, ello no significa que en la práctica no puede enajenar la propiedad fiduciaria, y el tercero adquirirla válidamente.

2.3.5. Teoría de Mario Carregal.⁵

Podemos notar que entre nuestros autores, Mario Carregal se mostró crítico respecto de la incorporación en nuestra legislación de un patrimonio autónomo o separado, en su crítica al Proyecto de Ley de Fideicomiso de 1969 en su Art. 2 establecía que; “Los bienes transmitidos y los que los sustituyan forman el patrimonio fiduciario y quedan afectados exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que deriven del fideicomiso o de gravámenes registrados al tiempo de su constitución”, afirmaba que la concepción de un patrimonio de esa naturaleza se oponía a nuestras costumbres jurídicas a la tradición romanista de nuestro derecho y a la estructura de nuestro ordenamiento legal, en su obra rechaza la posibilidad de un sistema de dualidad patrimonial, considerando más apropiado darle a los bienes fideicomitidos un tratamiento especial dentro del patrimonio único de las personas, afirma que los bienes de la sociedad conyugal en cuanto al patrimonio del fallido y los bienes inembargable por disposición de la ley, son un claro ejemplo de ese tratamiento especial, obviamente, el legislador no acogió esa crítica, que por otra parte no compartimos por su disfuncionalidad en cuanto a que dificultaría la separación de los bienes fideicomitidos de los que no lo son, a

⁵ CARREGAL, Mario, El fideicomiso, p. 109

menos que existan otras consecuencias propias de la ausencia de una normativa expresa que prevea los efectos de tal separación, no es casual que el régimen de separación o autonomía patrimonial del fideicomiso impere mayoritariamente en las legislaciones latinoamericanas que tratan la figura.

Mario Carregal en la concepción del patrimonio como unidad, establece que los bienes fideicomitidos ingresan en la universalidad de bienes sobre los cuales las personas tienen propiedad, sin perjuicio del distinto tratamiento que les confieren las leyes, para no recurrir a la teoría de la autonomía del patrimonio, el autor justifica la exclusión de los bienes fiduciarios del alcance de la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario, en virtud del efecto económicamente neutro que produce el ingreso de los bienes fideicomitidos en el patrimonio del fiduciario junto a los bienes de pertenencia de este último, el fiduciario recibe la propiedad a título de confianza, y no a título oneroso o gratuito, esta es la característica que producirá el efecto neutro referido, es decir, la intrascendencia económica de los bienes fideicomitidos en relación a la propiedad no fiduciaria del sujeto que cumple la función de fiduciario, esta particularidad de la transferencia de la propiedad no se debe confundir con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que para Mario Carregal ésta será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados o gratuito si no es acreedor a contraprestación alguna, la intención del constituyente no es que el fiduciario se quede con el bien o acrezca económicamente el patrimonio del último, sino que en forma transitoria está bajo su dominio hasta tanto se cumpla el plazo o la condición a que está subordinado, la transmisión existe el dominio también, pero es económicamente intrascendente para el fiduciario.

Dentro del esquema expuesto, los acreedores no podrían según Mario Carregal agredir los bienes fideicomitidos por deudas particulares del último, porque los bienes de ese carácter no forman la prenda común que los primeros tuvieron en mira al entrar en relación creditoria con el fiduciario, a menos de ser económicamente vacíos, sin embargo, por la posición de Alberti, que otorga importancia a la apariencia del bien

dentro del patrimonio del deudor cuando se trata de cosas muebles no registrables para hacer valer la fiducia frente a los acreedores del fiduciario en la quiebra del último.

2.3.6. Teoría del Desdoblamiento de La Propiedad.

Quienes se adscriben a esta teoría tratan de explicar la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria como un desdoblamiento del derecho de propiedad del que surgen dos titulares sobre el bien fideicomitado, el fiduciario tendrá la titularidad jurídica, mientras que el fideicomisario tendrá la economía, es evidente que los sostenedores de esta concepción intentan la adaptación extrema del “trust” a los regímenes continentales. El Italiano Remo Franceschelli es fiel exponente de esta corriente, Cariota Ferrara⁶ quien propone llamar “propiedad fiduciaria” a ese tipo de propiedad desdoblada en la cual coexisten dos titulares respecto del mismo derecho real.

Entre los autores mejicanos tenemos entre otros a Lizardi Albarran quien sostiene la posibilidad de rescindir el derecho de propiedad en dos derechos reales, pudiendo en ciertos casos perseguirlos y aun reivindicarlos, los dos derechos estarían relacionados entre sí, de tal suerte que al final del fideicomiso revertirían a favor del derecho de propiedad original, una doctrina colombiana impresa en publicaciones oficiales sostiene que la fiducia mercantil, incorpora positivamente esa escisión del derecho de propiedad, la propiedad formal pertenece al fiduciario que tiene titularidad y puede accionar en defensa de los bienes, al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario a lo que denominan “propiedad beneficios”, no obstante ello en tales publicaciones se reconoce que la característica descrita es bastante extraña a la tradición jurídica colombiana.

La teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad es pasible de una crítica central; que ella sólo es posible en el sistema anglosajón, caracterizado por la duplicidad de su

⁶ CARIOTA FERRARA, Luigi, I negozi fiduciari, Padua, p. 28.

orden jurídico, escindido en un derecho común y un derecho de equidad que lo corrige, en el derecho continental no es concebible la coexistencia de dos titulares respecto de la propiedad de un bien, dadas las características del derecho de dominio latino el desacierto de la teoría del desdoblamiento radica además en considerar un derecho personal cualitativo, como lo es el derecho del fideicomisario como un derecho real.

2.3.7. Teoría que sostiene que no hay transmisión de propiedad.

En la doctrina mexicana, a propósito de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) ordenamiento que contiene la regulación del fideicomiso Domínguez Martínez⁷ afirmaba que no hay en el articulado de esa ley norma que expresamente reconozca que el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario, sino, al contrario, según ciertas normas de la referida ley los bienes continúan en propiedad del fideicomitente, para el mencionado autor la afectación guarda relación con el “destino” que debe dársele a los bienes fideicomitados, concluye que el fideicomitente continúa siendo el propietario en estado latente de los bienes, que por imperio de la afectación quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo se podrá ejercer respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran a ese fin; de ello se excluye la posibilidad de que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el constituyente.

La ambigüedad de Ley mexicana posibilitó una doctrina como la expuesta, sin embargo, la Suprema Corte de aquel país rectificó hace años una posición inicial concordante con el mencionado autor, inclinándose por la buena doctrina que reconoce la existencia de transmisión de la propiedad del fideicomitente a la del fiduciario, así la Suprema Corte de México, en sus sentencias, al fiduciario lo llama “dueño fiduciario”, al mencionar el objeto del fideicomiso habla de “patrimonio autónomo y sui generis” y que “la fiduciaria

⁷ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, El fideicomiso, cita., ps. 210-213.

no actúa en nombre de otro sino que ejerce un derecho propio en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectados en fideicomiso”.⁸

2.3.8. El Patrimonio Autónomo sin sujeto titular.

El jurista mexicano Landerreche Obregón sostiene, respecto de los llamados patrimonios de afectación, que éstos no requieren necesariamente de un propietario determinado, sino como simple condición la que un órgano realice el fin perseguido, aduce que la transmisión del dominio de bienes en fideicomiso no se hace a favor de una persona determinada sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso, esa afectación guardaría similitud con el usufructo en el sentido de que impera como una especie de desmembración de la propiedad, en el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento que se destina al final del fideicomiso sin que haya una persona titular del dicho derecho, la facultad de ejercer los derechos y obligaciones referentes a los bienes fideicomitados para que se pueda realizar el fin del fideicomiso, propósito de la afectación, se atribuye al fiduciario como consecuencia de la referida desmembración.

El efecto de la afectación fiduciaria es el de constituir un patrimonio especial denominado patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados, respecto de los bienes no se puede ejercer sino los derechos y acciones que al fin del fideicomiso se refieran, salvo los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o terceros, el esquema diseñado por Landerreche Obregón lo conduce a sostener que tal autonomía deja al patrimonio del fideicomiso fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, a la vez que como patrimonio que puede ser objeto de quiebra, no siendo el fiduciario, el propietario, no puede disponer en su propio provecho del patrimonio del fideicomiso, sino que al contrario, está obligado a usar y disponer de él exclusivamente para el fin a que está

⁸ BATIZA, Rodolfo, El fideicomiso. Teoría y práctica, Asociación de Banqueros de México AC, México 1973, p.106.

afecto o dispuesto, el fideicomiso puede extinguirse sin la intervención del fiduciario y su falta no extingue el fideicomiso, sino que sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario, con lo que queda evidenciado que este último, como lo afirmaba Lepaulle, no es más que un simple medio en el pensamiento de Landerreche Obregón.

A esta teoría se le observa que todo derecho es, “a fortiori”, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado, el hecho de que ciertos patrimonios están destinados a un fin determinado no implica necesariamente que sean sujetos de derecho, instituciones como el fin de familia, la sociedad conyugal, el haber de la quiebra, son patrimonios destinados exclusivamente a ciertos fines, dentro del patrimonio general de las personas, y no por ello ascienden a la categoría de sujetos de derecho.

2.3.9. Teoría del patrimonio autónomo.

Para esta teoría los derechos transmitidos al fiduciario en virtud de la fiducia no ingresan en su propio “patrimonio personal”, denominación que adoptamos para diferenciarlo del patrimonio de bienes fideicomitidos, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso, esta teoría se basa en el pensamiento de Francisco Ferrara⁹, que sostiene que las personas pueden ser titulares de más de una masa patrimonial, con un tratamiento y finalidad jurídica diferentes, con capacidad para establecer relaciones y deudas propias, con aptitud para ser completamente ajenas a las vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe, el patrimonio autónomo no es una persona jurídica porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes, el patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad para que se pueda cumplir, la ley eleva a esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de

⁹ FERRARA, Francisco, La simulación de los negocios jurídicos, Madrid, 1926, ps. 121 y 122, nota 52.

sus elementos con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad, el patrimonio autónomo en caso de insuficiencia podría ser declarado en quiebra o liquidación, sin que ello apareje necesariamente la quiebra del fiduciario.

Angelo Grisoli¹⁰ sintetiza la mejor doctrina de este último origen, en su obra reproduce el pensamiento de Pigliatti, para quien sólo se puede hablar de patrimonio separado, siempre que la ley considere a determinado núcleo patrimonial como objeto de una disciplina jurídica particular, la separación tiene lugar para la consecución de determinadas finalidades, tal como aparecen recogidas en la concreta disciplina legislativa, constituyen la base, la medida y el límite de separación, el régimen jurídico que corresponde a la separación está constituido por normas que derogan no sólo la garantía ilimitada y genérica del patrimonio frente a los acreedores, sino contemporáneamente por normas que derogan un diverso principio que llega a ser el de su libre utilización por parte de su titular.

Las finalidades en vista de las cuales el ordenamiento da relieve a la masa separada no solamente condicionarían el régimen particular de garantía a la cual la misma masa está sometida, sino que deberán reflejarse en normas que inciden sobre la disponibilidad de la masa por parte del titular del patrimonio, las normas que establecen la separación son dictadas “ad rem, no ad personam”, y los actos de los sujetos susceptibles de producir la separación están sometidos a la publicidad, es ésta una condición esencial para la construcción jurídica del “patrimonio separado” y, como tal, es puesta de relieve por todos los autores en esta materia, no basta referirse a un fin especial para que exista un diverso tratamiento jurídico en un núcleo patrimonial; sólo puede tener lugar si el destino es oponible a terceros y al propio titular del patrimonio, por ese motivo dada esa eficacia real o absoluta, no puede haber otros patrimonio separados que los previstos por

¹⁰ GRISOLI, Angelo, Las sociedades con un solo socio, Revista de Derecho privado, Madrid, 1976, ps. 31, 35 y 36.

la ley. Hay un “numerus clausus” de patrimonios separados, la afirmación del referido autor en el régimen de la ley 24.441 la publicidad no aparece como condición esencial de la separación en los bienes fideicomitidos no registrables.

La autonomía del patrimonio puede resultar implícita del texto de la ley, es decir, que si bien no se constituye expresamente un patrimonio autónomo los bienes fideicomitidos quedan ajenos a la prenda común de los acreedores del fiduciario, un claro ejemplo de ello es la Ley de Fideicomisos de Venezuela, que en el art 2º establece que “los bienes transferidos en fideicomiso, y los que los sustituyen no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario, salvo que la ley disponga otra cosa éste sólo estará sujeto a cumplir con dichos bienes sobre las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización y podrá oponerse 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 norma transcrita enuncia el propósito fundamental del patrimonio autónomo, esto es sustraerlo de la garantía común de los acreedores del fiduciario y del constituyente, salvo supuestos de fraude, tampoco los acreedores del fideicomiso o del beneficiario cuando el último sea un tercero distinto del primero, pueden agredir bienes fideicomitidos durante la vigencia del fideicomiso, sin embargo el aislamiento cede frente a las obligaciones contraídas en cumplimiento del fin a que se destina el fideicomiso.

Rodríguez Azuero¹¹ razona que si se establecen disposiciones tendientes a preservar la autonomía del patrimonio contra ataques de terceros a acreedores de las partes no puede, sin embargo, hacerse lo propio cuando se trata de obligaciones válidamente contraídas en cumplimiento del fin a que se destina el fideicomiso, ya que si el fiduciario adquiere obligaciones en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones

¹¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos bancarios, p. 625.

queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieran deducirle mas tarde al fiduciario en caso de extralimitación de sus funciones o de la adopción de conductas censurables a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes.

Respecto de las distintas denominaciones utilizados por la doctrina y las legislaciones para identificar el patrimonio difuciario, tales como patrimonios “autónomos”, “de destino”, “separados”, “de afectación”, observamos que se los suele utilizar sin mayores distinciones; sin embargo, parece no haber identidad entre todas las categorías, en el grado de independecia entre el patrimonio de bienes propios del fiduciario en relación al patrimonio que conforman los bienes fideicomitidos.

Según Grisoli el “patrimonio autónomo” se delimita en oposición al “patrimonio separado”, mientras este último denota la puesta aparte de un determinado núcleo de bienes de un patrimonio originario al cual, en definitiva, continúan perteneciendo en el patrimonio “autónomo”, se acentúa en cambio la independecia del núcleo apartado destinado, de una manera más o menos completa a vivir su propia vida.

En las legislaciones que adoptan el fideicomiso, México y Honduras utilizan la denominación de bienes afectos, mientras que Colombia, Costa Rica y Chile, este último respecto de sociedades securitizadoras, se valen de la denominación de patrimonio autónomos o separados, esta última es la designación que utiliza el art 14 de nuestra ley de fideicomiso, en todos los casos la separación de los bienes fideicomitidos es respecto del resto de los bienes propios del fiduciario, que no obstante tiene la titularidad de los primeros.

Sin embargo, el Código civil de Quebec de 1.969 es una excepción dentro del régimen de fideicomiso de base continental, ya que contiene el supuesto más extremo de separación patrimonial del patrimonio como sujeto de derecho, el art. 1.260-secc 1, “De

la naturaleza del fideicomiso”- describe el fideicomiso como “la consecuencia de un acto por el cual una persona, el constituyente, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él constituye, bienes afectados a una finalidad particular, y que un fiduciario se obliga, por el hecho de aceptarlo, a guardar y a administrar”, el art. 1.261 completa la norma precedente, y resulta definitorio acerca de la naturaleza de este patrimonio sin titular: “El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real.”

Obsérvese la peculiaridad de esta especie canadiense no sólo por la independencia del patrimonio fiduciario y la carencia de un titular a su respecto, sino la diferencia de la concepción en cuanto al fiduciario de las demás legislaciones supra referidas y el trustee del derecho anglosajón, en uno y otro caso el fiduciario o el “trustee” son propietarios, mientras que en el sistema de Québec es administrador o depositario de bienes ajenos o de un patrimonio independiente, como más precisamente se lo debe caracterizar.

Es innegable que el sistema es ingenioso y de suma utilidad para aislar los bienes fideicomitados y las consecuencias de diversa índole producidas por la vida del fideicomiso, especialmente desde el punto de vista impositivo, tal autonomía presenta innegables ventajas porque impide la confusión, acerca del sujeto imponible.

CAPITULO III
EL FIDEICOMISO EN LA ACTUALIDAD y
ALGUNAS ACEPCIONES DE PAÍSES
LATINOAMERICANOS

3. NORMAS JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES.

3.1 CONCEPTO DEL FIDEICOMISO.

Para tener una mejor comprensión estableceré con claridad la palabra “Fideicomiso”; dicho vocablo proviene del latín “Fideicommissum” que significa “Fides” Fé y “Commissus” confiado, el término Fideicomiso, se trata simplemente de un encargo o una comisión de confianza, una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria por medio de un contrato.

Entonces, de acuerdo al tratadista Villegas Lara tenemos la concepción de que el fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario para el cumplimiento de un fin.

En el transcurso de la administración fiduciaria podemos notar que se ha ido profesionalizando es decir que fue adquiriendo carácter contractual legal reservando su gestión a entidades financieras o sociedades de objeto especial para la correcta realización.

3.2. PARTICIPANTES DEL FIDEICOMISO.

Quienes participan en la constitución de un fideicomiso:

3.2.1. Fideicomitente: Es la persona que constituye el Fideicomiso, por medio de la transferencia de la titularidad de los bienes o derechos de los cuales es propietario, el Fideicomitente transfiere los bienes a la propiedad fiduciaria, designa al Beneficiario en el fideicomiso e indica la finalidad del mismo.

3.2.1.1. Capacidad.

Puede ser fideicomitente cualquier persona natural o jurídica.

3.2.1.2. Obligaciones.

Son obligaciones del fideicomitente las asumidas en el contrato de fideicomiso, la primera de las cuales está referida a la entrega física de los bienes al fiduciario, el endoso de los títulos nominativos a la orden, la notificación al titular de las obligaciones correlativas a los derechos fideicometidos, y la realización de todos aquellos actos que sean necesarios para el perfeccionamiento de la constitución del fideicomiso y para el adecuado cumplimiento de las obligaciones del fiduciario.

3.2.1.3. Derechos.

El fideicomitente posee todos los derechos que hubieren establecido en su beneficio al constituirse el fideicomiso, estos derechos deben estar dentro de lo legalmente establecido.

Los derechos del fideicomitente alcanzan a la posibilidad de revocación del fideicomiso y/o nombrar a un sustituto cuando se hubiera reservado estas facultades en el acto constitutivo.

3.2.2. Fiduciario: Es quien recibe los bienes, dinero o derechos dados para el Fideicomiso en carácter de propiedad Fiduciaria, los bienes entregados por el Fideicomitente con la obligación de darle a dichos bienes el destino estipulado en el contrato de fideicomiso, puede ser un Banco, Notario Público, Agencia inmobiliaria o puede ser la institución que recibe la titularidad de los bienes cualquier persona legalmente establecida y autorizada a ser Fiduciario.

3.2.2.1. Designación y aceptación.

Por regla general, el fiduciario es designado en el acto constitutivo de fideicomiso, formalizándose por contrato después de que ha expresado su voluntad de aceptar y ha convenido en los términos del desempeño de su cargo.

De acuerdo a nuestra normativa pueden ser fiduciarias únicamente las entidades bancarias debidamente autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (según Ley de Bancos y Entidades Financieras).

El fiduciario es responsable directo de los actos de sus funcionarios por cuyo conducto desempeña su cometido y ejercita sus funciones; pero en ningún momento podrá delegar sus funciones, finalmente todo fideicomiso deberá ser remunerado de acuerdo a lo establecido en la normativa reguladora.

3.2.2.2. Obligaciones.

Entre sus obligaciones debe efectuar todos los actos necesarios para el logro del fin del fideicomiso partiendo del principio según el cual éste tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos del encargo, de su incompatibilidad con el logro de la misma finalidad o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de la constitución el cual limita su actuación en el Fideicomiso.

Las obligaciones fundamentales a cargo del fiduciario derivan de lo pactado en el acto constitutivo de fideicomiso y de lo establecido expresamente en la ley, su actuación según esta última idea debe sujetarse a las instrucciones que hubiere recibido del fideicomitente y a las que posteriormente pueden ser modificadas, las cuales deben estar así previstas de acuerdo a la volunta del fideicomisario.

El fideicomiso por consiguiente es la operación de confianza por excelencia, motivo por el cual el fiduciario debe guardar reserva en cuanto a los bienes que le son fideicometidos y a las operaciones que con ellos realiza.

3.2.2.3. Derechos.

Los derechos y atribuciones del fiduciario vienen también consignados en el acto constitutivo de fideicomiso y su amplitud responde a la medida del título o titularidad que le hubiere sido transmitida.

3.2.2.4. Renuncia.

El fiduciario sólo puede renunciar a la gestión asumida por los motivos expresamente señalados en el contrato, a falta de estipulación se presumen como causas justificadas las expresadas en el artículo 1418 del Código de Comercio.

3.2.2.5. Responsabilidad.

Independiente de la responsabilidad civil, existe la posibilidad de imputar responsabilidad penal con motivo de dolo en la actuación del fiduciario.

La responsabilidad del fiduciario se origina en culpa, en la medida en que la misma cause perjuicios ya sea con relación al fideicomitente o al fiduciario, la culpa puede ser leve o grave de acuerdo al grado de los abusos e incumplimiento demostrado.

3.2.3 Beneficiario o Fideicomisario: Es la persona natural o jurídica que recibe los beneficios del fideicomiso, pudiendo tener este título el fideicomitente o un tercero de acuerdo a lo que se establezca en el Fideicomiso.

También puede ser que el destinatario final de los bienes sea una persona distinta de quien se beneficia con la administración fiduciaria durante la vigencia del fideicomiso; en este caso puede hacerse una distinción entre beneficiario y fideicomisario, el primero se beneficiaría con la administración de los bienes mientras dure el fideicomiso y el segundo los recibiría a la finalización del mismo, el beneficiario también puede coincidir con el fideicomisario.

El fideicomisario puede ser el mismo fiduciante al igual que pueden ser varios, caso en el cual para el ejercicio de sus derechos es establecido por las legislaciones o los mecanismos como el de la mayoría, también por la intervención del Juez, etc.

En una palabra el sujeto llamado fideicomisario es la persona designada por el fideicomitente, en cuyo provecho o beneficio se constituye el fideicomiso.

3.2.3.1. Capacidad.

Pueden ser designados beneficiarios cualquier persona física o jurídica. Incluso el mismo fideicomitente también puede designarse asimismo beneficiario, pueden además nombrarse uno o varios beneficiarios según el fin al cual está enmarcado el Fideicomiso.

3.2.3.2. Obligaciones.

Puede suceder que el fideicomisario deba otorgar ciertas prestaciones para hacerse acreedor a los beneficios derivados de su calidad; además puede pactarse alguna carga sin cuya satisfacción el fideicomisario no está en aptitud de disfrutar de los beneficios que de otro modo le corresponderían, o en virtud de cuya interrupción podría extinguirse el fideicomiso.

3.2.3.3. Derechos.

Además de los concedidos en el acto constitutivo y la ley, el beneficiario podrá (1) exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso hacer efectiva la responsabilidad por el

incumplimiento de ellas, (2) perseguir la reivindicación de los bienes fideicomitidos para reintegrarlos al patrimonio del fideicomiso, cuando hayan salido indebidamente del mismo, (3) impugnar los actos anulables del fiduciario dentro de los cinco años contados desde el día en que hubiera tenido conocimiento del acto que de origen a la acción, y (4) pedir a la autoridad administrativa competente, siempre que exista causa justificada, la remoción del fiduciario y como medida preventiva el nombramiento de un administrador interino.

3.3. ASPECTOS DEL FIDEICOMISO.

De acuerdo a todo lo anteriormente mencionado podemos indicar dos causas en las fuentes tanto de la Propiedad Fiduciaria como del Dominio Fiduciario siendo estas importantes en la realización del Fideicomiso, a continuación detallaré las mismas.

3.3.1 La Causa Fuente de la Propiedad Fiduciaria.- Podría ser mediata o inmediata con respecto a la Propiedad Fiduciaria que llega a constituir el género, es el derecho patrimonial y temporal que adquiere el fiduciario sobre los bienes fideicomitidos.

3.3.2. La Causa Fuente del Dominio Fiduciario.- Puede ser mediata o inmediata con respecto al Dominio Fiduciario que llega a constituir la especie, es el derecho de dominio imperfecto que adquiere el fiduciario sobre las cosas fideicomitidas.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso dentro de su aplicación presenta las siguientes características:

3.4.1. Autonomía: El patrimonio dado en fideicomiso es independiente del resto de los bienes del fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

3.4.2. Titularidad: El fideicomitente transmite la propiedad de los bienes fideicometidos al fiduciario, el cual será el titular hasta la obtención del fin del fideicomiso, invirtiéndolo de acuerdo a estrictas pautas de seguridad y rentabilidad.

3.4.3. Inembargabilidad: Por el traspaso que realiza el fideicomitente al fiduciario, los bienes dados en fideicomiso dejan de formar parte del patrimonio del fideicomitente, no pudiendo ser objeto de algún embargo, salvo que leyes especiales dispongan lo contrario, estableciéndose que los intereses generados por éste patrimonio si son embargables.

3.5. CARACTERÍSTICAS SEGÚN EL Lic. ROBERTO PAZ ALVAREZ.

De acuerdo a todas las investigaciones realizadas por el Jurista Lic. Roberto Paz Alvarez, tomaremos a continuación las características que establece en el Dominio Fiduciario.

- a) En un Negocios Jurídico Nominado.
- b) En Unilateral, si es testamentario.
- c) Es Bilateral, si es contractual.
- d) Es Oneroso.
- e) Es de Tracto Sucesivo.
- f) Es Formal o Solemne.
- g) Es un Negocio TraslATIVO de bienes, pero no en propiedad.

- h) Es un Negocio Típicamente Bancario (para el caso Boliviano).
- i) Es un Contrato de Conservación.

3.6. FINES DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso puede constituirse para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias, el fideicomiso puede constituirse para la administración de bienes para que estos puedan ser invertidos y puedan tener beneficios.

La transferencia fiduciaria no es el fin último del fideicomiso, es un medio para otorgar mayores seguridades jurídicas a negocios subyacentes, pero debemos recalcar que las mayores seguridades las brinda el “patrimonio separado”.

3.7. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

Negocio o acto jurídico (contractual o testamentario), es mediante el cual una persona transmite o se obliga a transmitir la propiedad de uno o más bienes, para que sean destinados a una finalidad determinada lícita.

El negocio por actos entre vivos comprende al contrato de fideicomiso ordinario y fideicomiso financiero y el negocio por causa de muerte.

3.8. ALGUNAS FORMAS DE FIDEICOMISO.

- a) Fideicomiso de Inversión.
- b) Fideicomiso Testamentario.
- c) Fideicomiso de Garantía.
- d) Fideicomiso de Administración.
- e) Fideicomiso Público.

Cabe recalcar que las formas de Fideicomiso señaladas, únicamente constituyen un carácter de muestreo, por que en la práctica de los países vecinos más desarrollados esta figura es aplicada a todas las necesidades sociales, ampliándose su clasificación.

3.8.1. FIDEICOMISO DE INVERSIÓN.

Es la figura por medio de la cual se han formado fondos fiduciarios comunes para la creación de certificados de participación, se constituye en la óptica que se atribuye al fiduciario la titularidad de un inmueble para que el fiduciario emita certificados de copropiedad y vendan al público los certificados como valores de inversión, el banco aparecerá en el Registro de la propiedad como titular del inmueble y se encargará de los servicios comunes de la propiedad, por ejemplo un edificio; pero en el mismo registro constará la situación de fideicomiso en que la finca se encuentra (AFP's, SAFIS etc.)

3.8.2. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO (FIDEICOMMISSUM).

Este tipo de Fideicomiso se empleaba en el derecho Romano, cuando el testador deseaba beneficiar “mortis causa” a una persona que carecía de capacidad hereditaria a su respecto, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos “rogo fideicommitto” al heredero graciado se lo denominaba “fiduciario”, y a aquel a quien debía transmitirle los bienes “fideicomisario”, estando el cumplimiento sujeto a la buena voluntad del fiduciario, se produjeron abusos hasta que por disposición del emperador Augusto los pactos quedaron sujetos a la intervención de los Cónsules, y luego fue designado un Pretor especial que fue el “praetor fideicommissarium”, con Justiniano el heredero fideicomisario pasó de tener un derecho personal a adquirir un derecho real, el instituto del fideicomiso testamentario fue recogido por las legislaciones que siguieron la

tradición romana bajo la denominación de sustituciones fideicomisarias, esta figura en el Código Napoleónico fueron prohibidas para evitar la reunión de importantes riquezas en pocas personas.

3.8.3. FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Se ha usado como sustitutivo de la hipoteca, en un contrato mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca y para evitar el juicio hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso a un banco, en este caso suele hablarse de que se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para que si el fideicomitente (deudor) no paga, el banco procede a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario (acreedor), en realidad no hay traslado de dominio, puesto que la finca no entra en el patrimonio del fiduciario sino se atribuye a éste el poder jurídico de enajenar la cosa en los términos y condiciones que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezca, este tipo de fideicomiso se ha extendido a otros tipos de crédito, no solo a los hipotecarios y se ha prestado a verdaderos despojos.

3.8.4. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.

Se usaba también el fideicomiso para evitar las molestias de los juicios, esta clase de Fideicomiso se caracteriza por que una persona constituye fideicomiso y entrega sus bienes al banco fiduciario para que éste los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, que tendrá el carácter de fideicomisario, y para que a la muerte de él se titulen los bienes fideicomitados a las personas que en el acto constitutivo se designen. (Programas de Gobierno Ej. FONVIS).

En el fideicomiso de Administración el Fiduciario tienen la función de administrar por instrucción del Fideicomitente, invirtiendo y administrando los bienes fideicomitados, de una y otra forma con el fin de que se obtenga el mejor beneficio para las partes.

3.8.5. FIDEICOMISO PÚBLICO.

Es un contrato por medio del cual la Administración por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado o afectan fondos públicos destinados a un fiduciario, para realizar un fin lícito de interés público, la definición es aplicable a todas las especies de fideicomisos públicos no sólo a las nacionales o federales, sino también a las provinciales y municipales.

Si bien el fideicomiso público se apoya en la estructura convencional que caracteriza el tipo contractual, esto es la relación bilateral fiduciario y fiduciante, hay sin embargo una diferencia esencial de naturaleza genética en el proceso de formación que lo diferencia, la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico “sui generis” que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto), fija sus objetivos y característica, determina las condiciones y términos que se sujetará la contratación correspondiente y regula la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos.

3.9. ALGUNAS ACEPCIONES DEL FIDEICOMISO.

- En la Ley Mexicana de Títulos y Operaciones de crédito, el artículo 346 establece:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria”.

- El Artículo 1.226 del Código de Comercio Colombiano establece:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico, en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

- El Código de Comercio de Bolivia, en el artículo 1.409 establece el concepto:

“Por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario”.

- La Ley de Mercado de Valores de Ecuador contiene la siguiente definición:

“Negocios fiduciarios son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero.”

- La Ley Argentina 24.441, en el artículo 1 establece:

“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciaria), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

- La Ley Paraguaya establece:

“Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra llamada fiduciario, uno o más bienes especificados,

transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquella misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario, el negocios fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la Ley.”

3.10. VISIÓN MEXICANA SOBRE LA INFLUENCIA DEL TRUST.

De hecho el interés por las “trust companies” se remonta a 1905, seguidos por casi todos los países de la región, con el esfuerzo dialéctico de los abogados mexicanos quienes hicieron posible que los “trust” otorgados en los EE.UU. pudieran tener afecto en México, por estimar que contenían elementos susceptibles de encuadrarse en los contratos reglamentados en el Código Civil de 1884, el fideicomiso fue legislado primeramente en México como un capítulo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1924 y en 1932 que se editó la L.G.T.O.C. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) que establece el régimen “omigeri”.

Dicho reconocimiento produce una doctrina mexicana aceptada mundialmente, la cual para los abogados estudiosos sobre este instituto fue un logro muy satisfactorio, ya que no sólo nosotros leemos las doctrinas extranjeras, de las cuales nos hemos quedado con Plinol, Boncasse, etc. Existe a su vez la contraparte, es decir el hecho de que en este tipo de materias no haya avances en nuestro país debido a las situaciones en las que se han visto truncadas la traducción o la citación de obras extranjeras de idiomas distintos,

y que las hay en gran cantidad pero que no llegan a la luz de la imprenta y la distribución.

De igual forma, la figura del fideicomiso ha sido tan sugestiva, tan codiciada, tan pretendida, que en 1.932 inició su vigencia la L.G.T.O.C. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), de modo que actualmente podemos dividir la historia y la cronología del fideicomiso en 4 distintas etapas que son:

3.10.1. Primera Etapa: Comprende los años de 1.932 a 1.974, con un auge extraordinario de la cultura, caracterizada por una positividad como ninguna otra, época en la que todo estaba bajo el fideicomiso y en la que todo era objeto de dicha operación en cualquier sector, fuera éste el de lo familiar con el fideicomiso testamentario o bien, con el fideicomiso para disponer de los bienes que según las condiciones que se pueden llevar en la vida con el fideicomiso para adquirir el inmueble, la casa habitación se llama fideicomiso translativo de dominio hasta las grandes empresa, el razonamiento, captación de capital, etc., tiene un desarrollo con gran éxito con una utilización constantemente rica, generosa y en consecuencia con una provisión de literatura jurídica equitativa.

En esta etapa, hay dos situaciones especiales, una en 1.933, pues no existía delimitación reglamentaria en cuanto a la diferencia entra las instituciones Fiduciarias que comenzaron a designarse bajo una misma figura, es decir, fideicomisario y fiduciaria, por ello en ese mismo año, debido a los abusos ejercidos por las instituciones de crédito, surgió una reforma que comenzó su vigencia el año siguiente en la que se adicionó a la ley, que un fideicomiso se constituye a favor del fiduciario y no son las autoridades fiscales, las autoridades oficiales, sino el gobierno federal el que regula este nuevo reglamento, poniendo de esta forma un freno al fideicomiso gravándolo de una manera indiscriminada, torpe, errónea y todo, simplemente por política fiscal.

En aquel entonces existía de sobremanera un respeto hacia la figura considerada bajo un marco puramente mercantil dicho por Mantilla Molina, por que así era establecido por la ley, la ley cambiaria alude que las operaciones de crédito son actos mercantiles, por ello, el fideicomiso debía ser quien interviniera en esta naturaleza; así como el llamado impuesto del timbre, que nada mas gravaba a las operaciones, o sea, gravaba los actos, contratos y documentos que se le otorgaban de tema no mercantil, por lo que el fideicomiso no esta gravado sobre dicho impuesto, el cual posteriormente fue sustituido por el impuesto de admisión de inmuebles o impuesto de translación de dominio.

Cada entidad tiene su denominación en particular, lo cierto es que en principio fue un concepto general cuando se apoyó el impuesto del timbre por una ley precisamente de impuesto sobre translación de dominio de bienes inmuebles, ley federal también posteriormente por convenio celebrado con los estados, desapareció el impuesto local que tenían sobre transmisión y adoptaron entonces, el impuesto de adquisición de inmuebles.

Lo cierto es que cuando estaba vigente esta ley, no se causaba por la constitución del fideicomiso y éste no fue constituido como tal antes del 19 de noviembre de 1.974; fideicomiso en el que si no se pagó el impuesto bien catada la operación porque no se causaba por ser mercantil y ahora la transmisión de propiedad que eventualmente fuere a favor del propio fideicomisario tampoco causa, ¿Por qué? porque las leyes fiscales actuales como el Código Fiscal de la Federación, a lo que se refieren en los casos de transmisión de propiedad o los que considera como enajenación, no tiene lugar a través del fideicomiso, pues no está señalada esa transmisión de propiedad al fideicomisario y las leyes locales tienen normalmente la misma orientación.

A ese supuesto fideicomiso translativo, nos referimos como modalidades del fideicomiso, si el fideicomiso translativo de dominio se hubiere constituido antes del 19 de noviembre de 1.975 independientemente de cual fuera su modalidad, no habría dado origen al impuesto del timbre y ahora su ejecución a favor del propio fideicomisario,

esta reconocido por las interpretaciones y las propias leyes fiscales locales que en el fideicomiso no hay transmisión de propiedad del impuesto translativo correspondiente, ya que causaba éste hasta la ejecución del fideicomiso.

3.10.2. Segunda Etapa: Comprendida la segunda etapa entre los años de 1.975 al 2.000 como una anestesia de la figura, en el gobierno de Don Luis Echeverría la principal figura para resolver todos los problemas incluyendo los del gobierno, fue el fideicomiso en la ciudad de México constituida por un organismo cuyas siglas eran FIDEURG, creado para regularizar los asentamientos urbanos no regulares.

Entonces el gobierno del D.F expropió zonas en departamentos a su favor, de modo que ya como propietario se llevó a cabo un fideicomiso de los bienes en el Banco Nacional de Obras del Servicio Público, al respecto el problema de la regulación se manifiesta en la tierra y en el hecho de que existía un fideicomiso extendido a todo, sin embargo como podemos recordar el fideicomiso fue objeto y ha sido objeto también de regulaciones posteriores como la Ley de Inversiones, la actitud de una a obra es totalmente opuesta, así, la de tiempos de Echeverría más bien serviría para ahuyentar a la inversión extranjera.

3.10.3. Tercera Etapa: Implica lo concerniente a las modificaciones de las reformas, como ya mencionamos la etapa anterior concluye en el año 2.000 pero hay que reconocer que en cuanto a reformas se refiere, en 1.946 se incrusta a la L.G.T.O.C. lo que había estado prohibido en la ley de 1.933 en el año 2.000 se reforma la L.G.T.O.C. con gran insistencia en lo que se refiere a la ley cambiaria, se incrusta el tema de la prenda sin disposición como garantía, lo que origina que se recorran los números de los artículos; así en lugar de que el fideicomiso aparezca a partir del artículo 346, comienza en el 381, es decir, aparecen 25 artículos de diferencia entre un tema y otro.

Al fideicomiso no sólo se le conserva como hasta entonces, incluido en la sección primera del quinto capítulo sino que de alguna manera se conserva como un texto intocado cuyas únicas reformas habían sido las del '33 y las del '98, la esencia de la figura de afectación de bienes destinó la intervención, es de decir la regulación por las leyes locales.

En la sección primera, la disposición era en el sentido de lo que posteriormente fue en el Art. 381, en virtud del fideicomiso del fideicomitente que designa ciertos bienes a un fin lícito determinado bajo encomienda de la realización de ese fin a la institución fiduciaria, y en cambio en el Art. 395 de la sección segunda, el fideicomiso de garantía el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación es decir, aquí es donde por primera vez en la ley especial de regulación el fideicomiso pasa de ser un acto en el que no hay transmisión de propiedad sino una mera afectación a un acto translativo de dominio sin embargo hay una contradicción porque en la parte general no era translativo y en la parte del fideicomiso de garantía especial si lo era, lo cual es absurdo pues esa sección segunda fue creada aisladamente de la sección primera, es decir, es una tercera etapa que culmina en el 2.003, cuando inician su vigencia las reformas que actualmente aparecen en la ley, cuando se armonizan dentro de los mismo criterios ya totalmente deformados de lo que fue el fideicomiso en su origen, se armonizan las disposiciones de la sección primera para el fideicomiso en general con el capítulo o con la correspondiente a la sección segunda del fideicomiso de garantía.

En cambio, desaparece lo que en virtud del fideicomiso de garantía el fideicomitente transmite ciertos bienes, para quedar simplemente en el artículo 395, así, sólo podrán actuar como oficiales de los fideicomisos que tengan si ya dejan la regulación de fideicomiso de garantía si se ocupa la sección segunda pero sólo sin inmiscuirse en los conceptos generales.

De acuerdo a lo expuesto debemos reconocer que estas etapas de la cronología del fideicomiso han sido útiles, pero a distintos sectores, en un principio comentamos de qué manera debe regular una ley, de modo que los particulares si del todo se trata de una ley de carácter, es decir, si cuyo contenido es de carácter patrimonial sirve para regular la conducta de los particulares en el tráfico jurídico de sus bienes, lo cual sucedió durante mucho tiempo y por razones que decíamos podían atribuirse al tema de política fiscal, fue reformada y modificada dicha ley y entonces viene la política de gobierno con el fideicomiso de inversión extranjera, el fideicomiso público y lo que hoy día se conoce en México y muchos otros países Latinos como el sector bancario que lo tiene controlado.

De este modo el fideicomiso ya no es una figura con restricciones, sino una figura que sirve como instrumento de garantía y pago para los propios notarios, habiendo explicado las etapas que comprende el fideicomiso, podemos entender la implicación de tres sujetos: el fideicomitente, la institución fiduciaria y el fideicomisario, el Fideicomitente puede ser el propietario o la persona que tiene la disponibilidad de los bienes, la Institución Fiduciaria originalmente estaba abierta a las instituciones de crédito, pero después se fue expandiendo la posibilidad de que las disposiciones fueran las funciones de otra naturaleza, alguna vez en la época minera, y en la época de Luis Echeverría, hubo organismos o comisiones que podían ser fiduciarias en algunos fideicomiso de carácter primarios, en cambio, sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para realizar la ejecución de los bienes que el fideicomiso implica.

Fideicomisario puede ser toda persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso significa, es una cuestión de titularidad de derechos, es decir, cuestión de capacidad de goce en cuanto a los bienes objeto del fideicomiso, puedo decir que pueden serlo toda clase de bienes o derechos salvo los que sean estrictamente personales del titular, es decir, aquellos bienes intransmisibles la licitud queda sujeta a la calificación general que no transgreda las disposiciones de orden público de algunas costumbres, para lo cual, los fines deben ser lícitos y determinados,

es decir que no pueden haber fines que establezcan lo que la fiduciaria crea conveniente o tal y como está inscrito a la fiduciaria, sino que debe de haber una comprensión de lo anterior.

En la relación o enlace que hay entre los sujetos del Fideicomisario en principio tomaremos al fideicomitente, a quien le corresponde ser el titular o propietario que puede disponer de los bienes, mientras que la exhortación de la fiduciaria se lleva a cabo sin ninguna salvedad de encomendaria o de mandataria, lo anterior quedó establecido en el Código Fiscal en materia Federa, en la disposición 281 del año 2.000 y en la actualidad, nos referimos a la disposición 381, en donde se expresa la reforma del efecto translativo del fideicomiso, si consultamos un diccionario nos damos cuenta de que una acepción del término “encomendar” es encargar, por lo que el encargo o la encomienda son esencia del contrato de mandato podemos recordar que en el mandato el mandatario se obliga a realizar la actividad por cuenta del mandante.

3.11. INFLUENCIA DEL COMMON LAW Y DEL DERECHO ALEMÁN.

3.11.1 LEGISLACIÓN COMPARADA DE PAISES LATINOS.

3.11.1.1. Europa.- Convención de la Haya de 1.985 sobre el reconocimiento del Trust, el término “trust” refiere a los vínculos jurídicos creados “inter vivos o mortis causa”, por una persona (settlor) como consecuencia de que se han colocado activos bajo el control de un trustee para beneficio de un beneficiario o para propósito determinado.

Un trust tiene las siguientes características:

- a) Los activos constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del “trustee”.

- b) El título de los bienes permanece en nombre del trustee o en nombre de otra persona por cuenta y orden del “trustee”.
- c) El “trustee” tiene el poder, deber y asimismo la responsabilidad, de gestionar, emplear y disponer de los activos de acuerdo con los términos del “trust” y los deberes especiales que se le impone por la ley.

3.11.1.2. Canadá: El Código Civil de la provincia de Québec (Canadá) regula el fideicomiso, la peculiaridad estriba que la legislación general de esa provincia es tributaria de la francesa y no del “common law”, el fideicomiso de Québec es tratado como un patrimonio de afectación de bienes, destinados a un fin determinado, autónomo y dotado de la calidad de sujeto de derecho, el fiduciario es su administrador (no detenta la propiedad de los bienes fideicomitidos) o mandatario, con la totalidad de facultades necesarias para cumplir con la finalidad de la fiducia, cualquier bien puede ser objeto de fiducia, ese patrimonio es independiente de la titularidad del fiduciante y de los beneficiarios y no puede ser afectado por la ejecución individual o colectiva de los acreedores de estos dos últimos ni de los acreedores del fiduciario, su origen puede ser convencional, testamentario o por imperio de la ley.

La fiducia a título oneroso, para que sea oponible a terceros debe tener publicidad e inscripción en los registros correspondiente incluyendo no sólo los derechos sobre inmuebles sino también respecto de los derechos personales o creditorios, admite la existencia de cofiduciarios e impone la existencia de más de un fiduciario cuando el constituyente o el beneficiario asume la calidad de fiduciarios, distingue las fiducias de utilidad personal de las que son de utilidad privada o utilidad social, estas dos últimas pueden ser perpetuas mientras que la primera no puede exceder de 100 años por cada orden de beneficiarios, no exige profesionalidad del fiduciario pudiéndolo ser cualquier persona física o jurídica con capacidad para contratar, el fideicomiso de Québec puede

calificarse como una legislación ejemplar, en tanto y cuanto se recepte el sistema de patrimonios autónomos que son sujetos de derecho.

3.11.1.3. Ecuador: La Ley de Mercado de Valores (1998) contiene la regulación del fideicomiso ecuatoriano, la característica fundamental y diferenciadora del resto de la legislación de los países latinoamericanos es que la citada ley trata al fideicomiso como un patrimonio autónomo como sujeto de derecho (denominado “fideicomiso mercantil”) con capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones siguiendo así la legislación de la provincia de Québec sobre ese particular, el fiduciario no es titular del patrimonio fideicomitado ni propietario de los bienes que lo integran sino que funge como administrador y representante legal de dicha persona ideal.

En cuanto a la forma de constitución la ley exige escritura pública, son sujetos de la relación de fideicomiso el constituyente o fideicomitente originariamente o por adhesión posterior al acto constitutivo que transfiere la propiedad de los bienes al sujeto de derecho denominado “fideicomiso mercantil”, el fiduciario que ejerce la representación legal del patrimonio autónomo de conformidad con lo que le imponga el acto constitutivo y que responderá sólo por las obligaciones contraídas en la ejecución de su finalidad, el (los) beneficiario(s) presentes o futuros, con beneficiarios sustitutos, los fiduciarios deben ser sociedades anónimas con objeto social fiduciario exclusivamente, con capitales mínimos, sujetos a la autorización, reglamentación, control, superintendencia y régimen informativo del Consejo Nacional de Valores estos no pueden garantizar transferir bienes para la creación de nuevos fideicomisos (encadenamiento o fideicomisos sucesivos), no pueden ser eximidos de la responsabilidad (inclusive la leve) ni de dolo, la remuneración es obligatoria y están previstas las causales de renuncia, la legislación del Ecuador es, en lo que a fideicomiso respecta, la más avanzada de Latinoamérica.

3.11.1.4. Panamá: El régimen de fideicomiso vigente se halla en la ley de fecha 05 de enero de 1.984, y su antecedente es la ley 17 del 20 de febrero de 1.941 su precursor fue

Ricardo Alfaro considerado el iniciador de la legislación del instituto en Latinoamérica bajo la característica “sui generis” a la que nos referimos al tratar la naturaleza del instituto, los sujetos intervinientes son: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario, admite la sustitución fideicomisaria, puede constituirse por contrato o por testamento, las personas físicas con capacidad para contratar, y las personas jurídicas (privadas o públicas) pueden ser fiduciarios, sin embargo está reglamentada a dedicación profesional al negocio fiduciario, bajo la supervisión de la Comisión Bancaria Nacional.

Admite la prórroga a la jurisdicción extranjera para la controversia sobre fideicomisos panameños, los contratos deben formalizarse por instrumento público o privado con firmas certificadas notarialmente, cualquier clase de bienes y derechos (presentes o futuros) pueden ser objeto de fideicomiso, incluso las universalidades jurídicas patrimoniales, los bienes fideicomitados integran un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario oponible a los acreedores personales del fiduciario, del fiduciante y los beneficiarios, salvo fraude, sólo responden por las deudas contraídas en ocasión del fideicomiso, el fideicomiso no está sujeto a un plazo máximo, puede ser puro y simple, o estar sujeto a plazo o condición, los sujetos intervinientes son el fideicomitente (constituyente) quien transmite los bienes, el fiduciario y el (los) beneficiarios(s) que puede ser el mismo fideicomitente.

En los fideicomisos revocables los beneficiarios pueden ser reemplazados o nombrarse nuevos beneficiarios por designación del fiduciante o de un tercero previsto en el acto constitutivo, la ley admite más de un fiduciario (cofiduciarios); salvo previsión convencional en contrario serán responsables solidariamente, esta prevista la designación de fiduciario por vía judicial, en caso de muerte, incapacidad, renuncia o remoción del fiduciario, cuando no existiere sustituto previsto en el acto constitutivo, se admite la prerrogativa de renuncia del fiduciario, cuando las partes lo hubieran así previsto, o por el contrario por causa justificada cuando la admita un tribunal

competente, las facultades del fiduciario serán las que se establezcan en el contrato o testamento y tendrá para ello las acciones y derechos del “dominium”.

Catalogamos que el “Standard” de su conducta se mide por la diligencia del “buen padre de familia” y debe guardar secreto profesional, la legislación admite la limitación de responsabilidad del fiduciario, salvo la culpa grave o el dolo, debe rendir cuentas al menos una vez al año y a la extinción del fideicomiso a los beneficiarios o al fideicomitente, en su caso el plazo para impugnar la rendición de cuentas es de 90 días.

3.11.1.5. Paraguay: La ley 921 del año 1.996 trata el negocio fiduciario y el fideicomiso, cuando el negocio fiduciario conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominará fideicomiso, en caso contrario se denominará encargo fiduciario, pueden ser objeto del negocio fiduciario toda clase de bienes o derechos cuya entrega no esté prohibida por ley, admite el negocio fiduciario por actos entre vivos, por escrito y con las solemnidades y registros que correspondan a la naturaleza de los bienes fideicomitados, y el testamentario siempre que no conlleve una sustitución fideicomisaria.

La oponibilidad a terceros del negocio fiduciario se halla sujeta al cumplimiento de los requisitos de oponibilidad, propio de la transmisión de bienes en general a, los bienes fideicomitados se los considera autónomos en el sentido de que no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario ni a la masa de los bienes de la liquidación, en los fideicomisos, la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados da lugar a la formación de un patrimonio especial o autónomo afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el constituyente, los bienes que conforman el patrimonio autónomo o especial no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante ni de los beneficiarios, en cambio, los encargados fiduciarios, por no llevar la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados no dan lugar a la formación de un patrimonio especial o autónomo, no obstante a ello, se aplican las normas pertinentes del fideicomiso y subsidiariamente las reglas del mandato, en cuanto unas y otras sean

compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las disposiciones especiales previstas en la ley de negocios fiduciarios y su reglamentación.

Dichos bienes únicamente garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo, sólo podrán ser fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, autoridad con facultades reglamentarias de la actividad fiduciaria (requisitos de existencia, capitales mínimos, información, auditorías, etc.), de control y superintendencia, admite que el fiduciario pueda solicitar instrucciones a la Superintendencia de Bancos (con citación del fiduciante y el beneficiario) o al fiduciante cuando el fiduciario tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando las circunstancias así lo exijan, está prohibido que el fiduciario reúna la calidad de fiduciante o de beneficiario, en cuyo caso el negocio fiduciario será nulo, el negocio fiduciario será anulable cuando su plazo exceda los 30 años, pero únicamente en cuanto al término de duración pactado en exceso, sólo admite la designación de más de un fiduciario, a los efectos de la sustitución del designado saliente, es decir no admite la figura del cofiduciario.

Los derechos y obligaciones del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario son enumerados largamente, califica las obligaciones del fiduciario como de medios y le está prohibido asumir obligaciones de resultado, este último responderá hasta de la culpa leve por los daños y perjuicios ante el fiduciante o el beneficiario, por los daños que ocasione la falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de la gestión encomendada, admite la existencia de beneficiario y fideicomisario, así como que esas calidades pueden recaer en el fiduciante.

El Beneficiario o fideicomisario pueden serlo personas existentes o de existencia futura, la ley contiene normas contables y fiscales básicas aplicables a los negocios fiduciarios, el negocio fiduciario es revocable, en tanto haya sido previsto en el acto constitutivo,

esta previsto un procedimiento de liquidación del negocio fiduciario y sólo si son desinteresados los pasivos generados en la ejecución del fideicomiso podrán distribuirse los bienes o su producto a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley, la normativa Paraguaya admite que la resolución de los conflictos que suscite el negocio fiduciario pueda ser sometido a la decisión de árbitros, según el procedimiento previsto en el acto constitutivo o en su defecto en la ley, en lo que a materia arbitral respecta.

3.11.1.6. Perú: La regulación básica del fideicomiso está contenido en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Bancos y Seguros 26.702 (1.996) y en la Ley de Mercado de Valores (1.996). La Ley define al fideicomiso como una relación jurídica en la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona denominada fiduciario para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario, admite la constitución por contrato o testamento, en este último supuesto la normativa contiene reglas protectoras de la legítima de los herederos forzosos y la acción de reducción respecto de los perjudicados por transmisiones fiduciarias donativas a favor de unos en perjuicio de los otros, la transmisión de los bienes en fideicomiso será oponible a terceros, en la medida en que se cumpla con las exigencias legales comunes, de conformidad a la naturaleza de los bienes transmitidos, cuando implique la transferencia de títulos valores deberá ser inscrita en la Central de Riesgos de la Superintendencia, el plazo máximo del fideicomiso es de 30 años, con excepciones puntuales, los sujetos intervinientes son el fideicomitente, el fiduciario y el (los) fideicomisario(s).

Admite la relativa indeterminación de beneficiarios y también como beneficiario al público en general, en caso de existir más de cinco fideicomisarios, deberá constituirse una asamblea que decida por mayoría sobre la designación de representante común, aprobar modificaciones del acto constitutivo u otras medidas en interés de los

beneficiarios, la Superintendencia ejercerá la representación de los beneficiarios indeterminados, la Ley sólo admite fiduciarios profesionales (personas jurídicas, bancos, financieras, cooperativas) sujetos a control de la Autoridad Pública, el nivel de conducta para medir la responsabilidad del fiduciario es el de la diligencia de “un ordenado comercial y leal administrador”, esta obligado a mantener inventarios, brindar información separada de cada fideicomiso, guardar secreto profesional y rendir cuentas a los fideicomitentes y a la Superintendencia, pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes, la ley recepta el dominio fiduciario y los bienes son contenidos en un patrimonio especial o fideicomitado en cabeza del fiduciario el cual, no responde por las obligaciones del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario, ni éstos por las obligaciones que el fiduciario contraiga en el desahogo del fideicomiso, el fiduciario no puede garantizar resultados al fideicomitente y/o a los beneficiarios, ni realizar operaciones con la propia empresa, directores, empleados y asesores, no se lo puede eximir de dolo o culpa grave, por cada fideicomiso que constituya, la fiduciaria deberá nombra un gerente o factor fiduciario y según la índole o número de operaciones involucradas, una comisión administradora del fideicomiso, los fideicomisos de titularización deben ser actuados por sociedades titularizadoras (sociedades anónimas de objeto exclusivo) en calidad de fiduciarios, registradas y autorizadas, con capitales mínimos prefijados, por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, se hallan autorizados a emitir títulos valores (deuda, participación y otros) con respaldo en activos fideicomitados, destinados a la oferta pública, estas sociedades tienen la particularidad de constituir fideicomisos por acto unilateral y auto afectarse bienes en fideicomiso para titularizar.

3.11.1.7. Puerto Rico: Regula la figura del fideicomiso en su Código Civil, define el fideicomiso como mandato irrevocable, puede constituirse por testamento por acto entre vivos (en este último supuesto por acto solemne), en cuanto al plazo admite hasta 30 años, salvo que se trate de un fideicomiso con fines no pecuniarios que podrá serlo por tiempo indeterminado, pueden designarse dos o mas fiduciarios y no requieren profesionalidad para tal carácter, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, no

puede ser una persona no existente excepto que se trate de los hijos del fideicomitente y los fideicomisos sucesivos.

3.11.1.8. Brasil: No cuenta con una legislación integral de fideicomiso, sino una recepción acotada y específica, tiene una normativa específica en la Ley de Mercado de Capitales 4728 de 17 de julio de 1.965) y el decreto – ley 911 del 01 de octubre de 1.969) asimilable al fideicomiso de garantía sobre cosas muebles más cercano a la fiducia “cum creditote” de los romanos que establece al referido fideicomiso latinoamericano en la transmisión fiduciaria en garantía exclusivamente de cosas muebles el acreedor los adquiere como propietario fiduciario sujeto a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación del deudor quien, a su vez conserva la tenencia de la cosa pero a título de depositario, en caso de incumplimiento y salvo disposición en contrario el acreedor (propietario fiduciario) realiza el bien dado en garantía y cobra su crédito con el producto, si hubiere remanente se lo reintegra al deudor, no hay separación o autonomía patrimonial en cabeza del fiduciario sobre los bienes fideicomitados, salvo dicha normativa limitada podemos afirmar que la República Federativa del Brasil no integra el concierto de países con legislación de fideicomiso.

3.11.1.9. Chile: El Código Civil Chileno (arts. 733 a 763) contiene regulación sobre propiedad fiduciaria, como dominio imperfecto o limitado sujeto a un plazo o condición sin restricción en cuanto a la especie de los bienes transmisibles y se registran de acuerdo a la naturaleza de los mismos, esta prohibida la sustitución fideicomisaria, los fideicomisos pueden constituirse por actos entre vivos, en forma solemne (escritura pública) o por testamento, distingue tres sujetos intervinientes en la constitución: el constituyente o transmitente, el (los) fiduciario (s) (puede ser el propio constituyente) y el (los) fideicomisario (s) beneficiario (s) del fideicomiso, al cumplimiento del plazo o condición admite la figura del cofiduciario, el fiduciario detenta la libre administración de los bienes y tiene la obligación de conservación de los mismos, no se requiere profesionalidad para ser fiduciario ni estar sujeto a alguna autoridad de Supervisión o Contralor de Autoridad Pública, sino al régimen de judicialidad ordinario, no visualizan

por vía del transcurso del tiempo la adquisición del dominio fiduciario o de confianza de una cosa, salvo casos especiales de prescripción corta.

3.11.1.10. Bolivia: Como ya lo indicamos existe una regulación básica del fideicomiso, cuya norma esta contemplada en el Código de Comercio dentro de los Arts. 1410 al 1427 y regulada por la normativa de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, instancias que autorizan la realización de operaciones según Resolución de la S.B.E.F. N° 009/1995.

La ley define al fideicomiso como la transmisión de uno o más bienes a una Institución Financiera quien esta obligada a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado en beneficio de aquél o de un tercero llamado beneficiario, dichos bienes sujetos a transmisión constituyen un patrimonio autónomo, dicha acepción establece que los bienes no forman parte de la garantía general con relación a los acreedores únicamente se limita a respaldar las obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso.

Nuestra legislación acepta la figura fiduciaria testamentaria entre vivos o “mortis causa” naturalmente esta figura está regulada por las normas establecidas en el Código Civil, la falencia de nombramiento de fiduciario es salvaguardada por nombramiento del beneficiario o del Juez, las prohibiciones del fideicomiso únicamente se constituyen en los negocios secretos o en aquellos negocios en donde se establece como beneficiario a diversas personas (en el caso del fideicomiso testamentario).

Los participantes del contrato de fideicomiso son el Fiduciario, el Beneficiario y el Fideicomitente, el Fiduciario entre otras obligaciones debe cumplir diligentemente todos los requisitos necesarios para la consecución de la finalidad del Fideicomiso manteniendo siempre los bienes objeto del Fideicomiso separados de los propios y asegurarlos cuando así se haya estipulado en el acto contractual; el Beneficiario tiene la facultad de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y en suma precautelar y resguardar el cumplimiento del fin mediato del fideicomiso; el

Fideicomitente puede obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario de acuerdo a lo indicado en el contrato o exigir la rendición de cuentas sobre los logros alcanzado en la aplicación del fideicomiso, en general el Fideicomitente tiene todos los derechos expresamente estipulados y que no sean distintos a la naturaleza del fideicomiso.

Se aclara que la ley establece que el Fiduciario puede ser removido del acto fiduciario a solicitud del fideicomitente, beneficiario o de los directamente interesados, dicha remoción será dictaminada por el Juez competente basado en los respaldos que compruebe dolo o grave negligencia, también puede darse el alejamiento del Fiduciario cuando exista confusión o dudas de la naturaleza y el alcance de sus deberes.

Dentro de la aplicación y la normativa Boliviana generalizada podemos puntualizar que la Institución del Fideicomiso admite que la conclusión de los conflictos que suscite el negocio Fiduciario puede ser sometido a la decisión judicial de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo en lo que respecta a material arbitral.

3.12. CRONOLOGÍA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN BOLIVIA.

De acuerdo a nuestra legislación podemos rescatar la siguiente cronología Jurídica en Bolivia:

Las operaciones de fideicomiso, tanto el contrato como los términos de referencia de contratación, estarán basadas de acuerdo a lo que instruye y establece el marco legal, dentro de las disposiciones legales podemos mencionar las siguientes:

- Código de Comercio de 1.977 en los Artículos 1.410° al 1.427° (Decreto Ley N° 14379 del 25 de febrero de 1.977).
- Ley de Bancos y Entidades Financieras en los Artículos 3° y 39° inciso 14.
- Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Título I, Capítulo I, Sección 6.
- Autorización para realizar operaciones de fideicomiso mediante Resolución de la SBEF N° 009/1995 de fecha 03 de febrero de 1.995.

CAPITULO IV

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA, SU APLICACIÓN EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS Y LA FUNDAMENTACIÓN

4. IDEA PRELIMINAR DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Según Kiper Lisoprawsky, el fideicomiso de garantía es el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ello o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero designado como beneficiario al acreedor o a un tercero, en caso de incumplimiento se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria y de acuerdo al contrato.

El fideicomiso de garantía en la categoría que se quiera aplicar es un Servicio Financiero, las instituciones Financieras (Bancos) por imperio de la Ley son los entes autorizados, puesto que para la realización de la Fiducia se requiere una autorización especial que se rige por las normas del Código de Comercios, subsidiariamente se aplican las reglas del mandato.

Dentro de la reglamentación que rige la figura del Fideicomiso y en las operaciones aplicadas a esta figura, las Instituciones Financieras por instrucción de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ponderan un 20% sobre su servicio prestado.

4.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

De acuerdo a nuestro estudio estableceré que el fideicomiso puede nacer por contrato o por disposición de última voluntad, esta figura nace cuando una persona llamada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato, en este acto se lo denominará beneficio.

De acuerdo a las teorías establecidas podemos tomar sintéticamente la del tratadista Carregal, quien establece que el fideicomiso es el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido, el fiduciario debe ejecutar ciertos actos en interés del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario o de los tres en conjunto, según las modalidades del negocio y los términos del pacto de fiducia o contrato de fideicomiso, el otro elemento que destacamos de la definición es la confianza como título de adquisición, desde cierta perspectiva, la transmisión de la propiedad del bien a título de confianza significa que no lo recibe a título oneroso ni a título gratuito, no se debe confundir esta particularidad de la transferencia de la propiedad con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que éste será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados, onerosidad que se presume salvo convención en contrario, o gratuito si no es acreedora contraprestación alguna, sin embargo desde otro punto de vista, la especie bien puede ser definida como contrato neutro incoloro.

Con la sanción de un régimen legal de fideicomiso por medio de la citada ley, el contrato pasa de ser innominado o de “tipicidad incipiente”, como lo denominaba Carregal, por el escaso desarrollo que le prodigó el Código de Vélez y la mención que recibió en algunas disposiciones aisladas, a ser un contrato nominado (típico), entendiéndose por tal al que se rige por las reglas legales del tipo, es decir, al derecho imperativo que a éste corresponde y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo, a su vez, en principio la ley surge de la existencia de dos especies o subtipos: un subtipo común o general y otro denominado fideicomiso financiero, decimos en principio, por

que la Comisión nacional de Valores reglamentó una tercera categoría que denominó “Fideicomiso Ordinario Público”, esta categoría no guarda relación con los fideicomisos públicos o del estado, la ley destina al fideicomiso que llamamos común, que constituye el régimen general del contrato al que deberá sujetarse el fideicomiso financiero (y el ordinario público) salvo en aquello que hubiere normativa específica.

El fideicomiso sólo puede nacer por contrato, salvo cuando se trate de una disposición de última voluntad, queda descartado el acto unilateral de voluntad como fuente de su existencia, es un contrato consensual, es decir que queda concluido para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento, no estamos frente a un contrato real porque la tradición de la cosa es una obligación que puede cumplirse con posterioridad, también podemos indicar que es bilateral, en cuanto a que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, sin embargo, cabe distinguir cuando es bilateralmente creditorio o cuando su conformación es bilateralmente atributivo, en el primer caso, ambas partes tanto fiduciante como beneficiario están recíprocamente obligadas, en cambio en la bilateralidad atributiva el fiduciante verifica la atribución de la titularidad fiduciaria y el fiduciario la atribución de la gestión a que se obliga, coincidimos con el citado autor que, en el campo de la resolución por incumplimiento que debiera ser una de las consecuencias de la bilateralidad, se da una particularidad, pues el remedio que trae la Ley y que guarda el espíritu y sentido de la finalidad del instituto consiste, para el fiduciante, en la remoción del fiduciario, no se sigue la resolución del contrato de fideicomiso que subsiste con la sustitución del fiduciario, la ley provee un esquema de continuidad frente al incumplimiento, para evitar precisamente la resolución como remedio.

Como primera aproximación, describimos el fideicomiso de garantía como el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o mas bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero designando como

beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada según lo previsto en la convención fiduciaria.

Se establece el contrato de fideicomiso a favor de terceros denominados beneficiarios o fideicomisarios, en consecuencia resulta aplicable la doctrina sobre el fin o el objeto al cual esta destinado, sin embargo debemos recordar que el fiduciante que es parte del contrato puede ser por vía convencional o por el sistema de sustituciones sobre el beneficiario y/o fideicomisario, para el perfeccionamiento del contrato se requiere la aceptación del fiduciario, esta aclaración dentro de nuestro marco jurídico parecería tener poca importancia, sin embargo la mención se justifica para evitar confusiones y creaciones al margen de la ley, porque en el derecho anglosajón a diferencia de nuestro régimen de fideicomiso, un “trust” puede ser constituido por el “settlor” (fiduciante) por acto intervivos unilateral, si bien para ser “trustee” (fiduciario) se requiere la aceptación, ésta no es asimilable a la aceptación de una oferta contractual porque el “trust” puede existir sin designación del “trustee” en el acto de constitución.

Por lo demás, tratándose de un contrato, el fideicomiso se halla sujeto a las reglas sobre capacidad, esto significa que a pesar de lo dispuesto por la ley, por ejemplo, tomaremos algunas prohibiciones sobre el contrato de compraventa entre cónyuges, cabe atender que es posible que uno de los cónyuges le transmita al otro una cosa en fideicomiso, ello porque a diferencia de la compraventa, en la transmisión fiduciario, se transmite el dominio fiduciario (no la propiedad plena) y porque la cosa ingresa en un patrimonio separado, afectado a un fin que no se confunde con el patrimonio personal del cónyuge; especialmente si se tiene presente que el fiduciario no puede quedarse con la cosa al concluir el fideicomiso, además no hay que olvidar que la regla es la capacidad y que las incapacidades para contratar deben surgir en forma expresa y son de interpretación restrictiva, distinto sería si uno de los cónyuges fuesen beneficiarios de un fideicomiso constituido por el otro esposo, ya que si importa una donación ella estaría prohibida, también esta sujeto a la regla de consentimiento, es decir que si el fiduciante es casado y transmite bienes registrables necesita el asentimiento de su cónyuge. Otra regla es la

legitimación, en donde el fiduciante puede ser cualquier sujeto de derecho y asimismo el fiduciario, salvo cuando se trate del fideicomiso financiero, el objeto y las demás reglas generales del género, a menos de ser típico como lo anticipamos, es bilateral, consensual y formal.

Ciertas operaciones comerciales que hasta hace algunos años eran perfeccionadas dentro del marco de negocios jurídicos simples, se han nutrido de aspectos vinculados con la especialidad financiera vigente en los mercados nacionales e internacionales, asimismo han adoptado estructuras de por sí complejas que a su vez abarcan cuestiones legales interdisciplinarias y (en origen) independientes entre sí, tales asuntos nos llevan a estudiar algunos actos jurídicos cuyos soportes normativos consisten en la aplicación de figuras contractuales de relativa novedad a negocios que tradicionalmente se denominaron de diferente manera.

Conforme lo destacan algunos autores extranjeros, los antecedentes ciertos de este tipo de contratos pueden remitirse aún hasta la época del Imperio Romano, en donde la fiducia tenía un significado distinto al que actualmente se le otorga a la figura del fideicomiso ya que no involucraba una transmisión de la propiedad de los bienes sobre los cuales recaía, en este sentido era el “dominus” quien confiaba a un cesionario determinado el uso especial de un bien, ya sea con fines de garantía o salvaguarda, aunque con una intención final de restitución del mismo una vez cumplidos los objetivos para los cuales se instrumentaba la fiducia.

Autores españoles ¹² mencionan que según los fines para los cuales se constituía la figura, existían dos modalidades contractuales; la primera de ellas era la denominada “fiducia cum amico” que se utilizaba como fórmula para poner a resguardo la totalidad o parte de un patrimonio de posibles actos de confiscación, a través de ésta, el “dominus” cedía el bien a través de una “mancipatio fiduciae causa”, la cual contenía una finalidad

¹² DE ARESPACOHAGA, JOAQUIN “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

exclusiva de custodia, así como también un pacto de restitución, el problema de esta figura se centraba en que al estar basada solamente en la buena fe del fiduciario que asumía una obligación de tipo personal carecía de las garantías necesarias para resguardar los derechos del fiduciante, es por ello que con la evolución y el perfeccionamiento del tráfico comercial, esta figura cayó en desuso.

El otro tipo contractual utilizado en la época mencionada fue la “fiducia cum creditore”, que consistió en una estructura mas sofisticada ya que su objeto era el de ofrecer una garantía determinada a un acreedor cierto, se le confiaba a este último la “potestas” dominal de un bien hasta tanto el deudor fiduciante pagase la deuda, en cuyo caso se le restituía, si no pagaba, el acreedor podía hacer uso de una facultad que le otorgaba el contrato o “pactum fiduciae” de resarcirse de la deuda vendiendo el bien entregado en garantía, este tipo de contratos de ciertas similitudes con el actual derecho real de prenda, fue sustituido en su función de garantía por nuevas figuras de mayor utilidad y trascendencia, fundamentalmente con la aparición del “pignus” en sus diversas manifestaciones como instrumento de garantía en el que la cosa pignorada quedaba sujeta al poder del acreedor, siguiendo así la nueva “actio in rem” de origen pretorio, la fiducia dejó de tener aplicación y ya en la Compilación de Justiniano fue suprimida.

Siguiendo al autor español De Arespachaga, al igual que la fiducia el “trust” es también una institución basada en una relación de confianza, si bien incorporó desde el derecho feudal un claro elemento distintivo, incluso también de los negocios genéricos de confianza, el fraccionamiento del derecho de propiedad en un “dominium legitimum” que convertía al fiduciario en propietario formal o legal, y un “dominium naturale” que reservaba para el fiduciante la propiedad material y el reconocimiento a favor de este último de un auténtico derecho real y no meramente obligacional.

El origen del “trust” se sitúa en las instituciones fiduciarias del Derecho Romano que en Inglaterra evolucionaron sobre la base de la “equity”, a fin de poder crear una figura legal que permitiera a un propietario asegurar la transferencia de un bien a una persona

con la finalidad de que esta última administrara aquel en beneficio de un tercero, se puede manifestar que, jurídicamente la institución del “trust” descansó sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material o bonitaria, esta segregación se fundamentó en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distingue entre el derecho del “Common Law” y el derecho de Equidad denominado “equity law” de tal manera que la propiedad legal o formal estuvo sometido al “Common Law”, mientras que la material o de goce se amparaba en la “equity”, esto en términos prácticos implicaba que la titularidad del fiduciario se protegía por los tribunales del “Common Law” mientras que el derecho de propiedad del beneficiario se sometía a los tribunales de equidad, conviviendo estados o dos jurisdicciones paralelas y a su vez complementarias.

Desde el punto de vista histórico pude notar que algunos autores señalan la época de las Cruzadas como aquella en la que se utiliza por primera vez la institución del “trust” dado que los cruzados emprendían una larga marcha, pesando sobre ellos una evidente incertidumbre sobre su regreso, algunos pretendiendo proteger a los bienes de su propiedades (su patrimonio) se lo confiaban a un amigo o pariente digno de su confianza, con el fin de que este lo transmitiera oportunamente a sus herederos, también algunas órdenes religiosas durante la Edad Media utilizaron inicialmente el “trust” como figura jurídica que les permitía compatibilizar el voto de pobreza con las donaciones que recibían, necesarias para poder desarrollar su labor evangélica y caritativa.

Según la opinión de la doctrina antes citada, para algunos autores alemanes del siglo XIX la fiducia consistía en un negocio jurídico de doble efecto, en el cual coexistían una fracción externa y visible (constituida por la venta transmisora de la propiedad de una cosa) y otra no develada a terceros, que era el pacto obligacional de devolver el bien, así como un compromiso de no disposición del mismo durante la vigencia de la relación contractual, esta visión de la fiducia clásica deformadora para algunos, incorporaba a la figura el elemento de perfeccionar una venta efectiva y no meramente ficticia “imaginaria venditio”, con un desdoblamiento en dos negocios: uno real de transmisión

dominial y el otro meramente obligacional, esta reformulación fue legitimada por los autores italianos, teniendo luego acogida en España.

Podríamos llegar a plantear (por ejemplo) que la figura del fideicomiso como contrato se adapta a las funciones de garantía que puede otorgar quien interviene en una compraventa de acciones de una sociedad anónima ya existente o en el compromiso de aportes de una en creación, ello surge de la certeza de poder contar con una figura atípica que responda a las necesidades del mercado y garantías más baratas y efectivas que las tradicionalmente conocidas y que también permitan cierta flexibilidad de ajuste en cuanto a las características que tiene el negocio al cual es aplicada.

Mediante el fideicomiso de garantía un deudor actual o potencial transfiere fiduciariamente uno o más bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad y administrarla designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue como garante con los acreedores que indique el fideicomitente a destinar los bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras, respecto del fideicomiso de garantía, es de advertir que con la caracterización precedente no se pretende, ni es posible, agotar la variedad de combinaciones en que la finalidad de la garantía puede jugar un papel central en el negocio fiduciario o complementario de otras finalidades no excluyentes, en verdad se trata de un contrato de fideicomiso como cualquier otro que responde a las reglas básicas del tipo normado en el Código de Comercio.

La diferencia cuando se trata de una convención fiduciaria únicamente destinada a servir de garantía, esta dada por esa finalidad primordial que la caracteriza, sin embargo, resulta imposible escindir y mentar como única característica la garantía, porque normalmente ella va acompañada de otras funciones no menos importantes del fiduciario, como la de administrar o conservar los bienes fideicomitados, no es de descartar que deba realizar ciertas actividades, respecto de los bienes que exceden la

mera conservación, como puede ser su inversión u otros empleos útiles, en definitiva, lo que denominamos “fideicomiso de garantía” puede asumir en los negocios, diversas estructuraciones y contenidos, en que la función o la finalidad de garantía se halla presente, aunque no necesariamente con ese único propósito ni excluyentemente, difícilmente podremos encontrar especies puras del fideicomiso, siempre se conjugan o amalgaman características de uno u otro empleo.

4.2. SUJETOS DEL CONTRATO.

Los sujetos intervinientes o protagonistas generalmente son tres, pudiendo reducirse a dos dentro de alguna de las variantes que puede asumir esta especie contractual, tradicionalmente tanto en el pacto de “fiduciae” romano como en las adaptaciones efectuadas en el derecho comparado los sujetos son:

4.2.1. Constituyente, Fiduciante o Fideicomitente: Es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir, es también quien transfiere los bienes al fiduciario, es quién determina la finalidad del negocio, imparte las instrucciones al fiduciario y en ciertas aplicaciones puede ser al mismo tiempo beneficiario.

4.2.2. Fiduciario o Fideicomitado: Es quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato, de acuerdo al Código de Comercio Art. 1.409 solamente pueden actuar como fiduciarios los Bancos quienes son vigiladas por la Superintendencia de Bancos.

4.2.3. Beneficiario o Fideicomisario: Tradicionalmente uno y otro son la misma persona beneficiaria del negocio, aunque existen legislaciones que distinguen a ambos Beneficiario.

Sin embargo, en rigor técnico las partes son dos: el fiduciante y el fiduciario, porque el beneficiario y/o el fideicomisario pueden coincidir “ab initio” o finalmente con el fiduciante, si así no fuera es decir que estos últimos sean distintos al fiduciante, en tal caso estaríamos frente a terceros en cuyo favor se hace una estipulación que pueden o no aceptar, en algún momento la legislación admite que el beneficiario y el fideicomisario sena sujetos distintos, de existir tal desdoblamiento, hay cierto consenso en admitir que el primero es aquel en cuyo beneficio se “administran” los bienes fideicomitados y posibles recipiendarios de algunas prestaciones, mientras que el segundo es el destinatario final de los bienes fideicomitados, una vez cumplido el plazo o condición a que está sometido el dominio fiduciario, por ello, para la hipótesis de que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas, se ha previsto que el fideicomisario sea el beneficiario residual, no obstante ello no vemos inconveniente que, por vía convencional, se fusionen beneficiario y fideicomisario estableciendo la identidad de ambas figuras.

4.3. PARTES DEL CONTRATO.

De acuerdo a las investigaciones realizadas en las Instituciones Bancarias delimitadas, tomamos el siguiente esquema como base para ejecutar el contrato de Fideicomiso de Garantía:

- Cláusula Primera: En esta cláusula se establece específicamente los intervinientes en la suscripción del contrato y la denominación que se le otorga a cada uno (Fiduciario, Fideicomitente y Beneficiario), en esta cláusula deben estar detalladas las generales de ley, en caso de ser alguna empresa debe estar enunciada toda la personería que la reconoce como tal.

- Cláusula Segunda: Es necesario enunciar la Ley aplicable y la determinación del Beneficiario.

- Cláusula Tercera: Se debe detallar los antecedentes sobre el o los bienes otorgados en Fideicomiso de Garantía, estableciendo con precisión todas las características.
- Cláusula Cuarta: Deben determinar la finalidad del Fideicomiso y la interpretación del contrato, es decir es necesario mencionar que lo principal es la constitución de un Patrimonio Autónomo.
- Cláusula Quinta: Determinan claramente el Objeto del contrato, la estructura del Fideicomiso y del Patrimonio Autónomo.
- Cláusula Sexta: Establecen la Administración y representación del Patrimonio Autónomo por parte del Fiduciario.
- Cláusula Séptima: Se detallan los derechos y deberes del Fiduciario, Fideicomitente y del Beneficiario cuando corresponda.
- Cláusula Octava: Determinar que la contabilidad del Patrimonio Autónomo debe ser llevada por el Fiduciario en forma completamente separada de su propio patrimonio.
- Cláusula Novena: Enunciar con claridad la vigencia o plazo del contrato de Fideicomiso.
- Cláusula Décima: Esta cláusula se enmarca en la sustitución del Fiduciario y las formalidades que debe cumplir para ser removido.
- Cláusula Décimo Primera: Se pacta en esta cláusula las remuneración y otros gastos que se puedan general por el contrato de Fideicomiso.

- Cláusula Décimo Segunda: Determinan párrafos sobre exclusión de responsabilidades, arbitraje e idioma.
- Cláusula Décimo Tercera: Señalan detalladamente los domicilios para las notificaciones.
- Cláusula Décimo Cuarta: Se determina la aceptación y conformidad con todas y cada una de las cláusulas del contrato.

4.4. IMPLICACIONES EN LA PRÁCTICA.

La constitución de un fideicomiso implica:

4.4.1. Transmisión: Establecemos que los bienes salen del patrimonio del Fideicomitente y se transmiten al Fiduciario en confianza para la constitución de un Patrimonio Autónomo cuyo fin será la administración y/o disposición de los mismos a favor de terceros.

4.4.2. Patrimonio Autónomo: La implicación principal en el acto Fiduciario es el conjunto de bienes o derechos que son afectados y destinados a un fin particular, puesto que estos bienes o derechos son separados de los bienes del fiduciario y del fideicomitente, cada vez que se constituye un fideicomiso se crea un nuevo patrimonio autónomo independiente uno del otro.

4.4.3. Condicionalidad: La transmisión de la propiedad es en forma condicional, es decir debe cumplir con un fin y objeto específico encomendado por quien entrega sus bienes en administración.

4.4.4. Administración de bienes por un Tercero: La solemnidad de la Fiducia se establece mediante un contrato en donde se otorga al Fiduciario la administración de los bienes y disposiciones válidas de los mismos, debemos aclarar que el dominio fiduciario no es un mandato.

4.4.5. Beneficio para un Tercero: Tiene el objeto de beneficiara a un tercero o bien puede ser a la misma persona que entrega los bienes para su administración por medio de un fideicomiso.

4.5. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Cabe recalcar que el fideicomiso de garantía supera con creces a las que se predicen de las clásicas garantías reales (hipoteca y prenda), a continuación se detallará sus principales virtudes:

- a) Es más económica en la faz de cumplimiento del fideicomiso.
- b) Obvia el proceso judicial de ejecución y las demoras que lo caracterizan.
- c) Está fuera de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizado salvo fraude.
- d) Es una garantía autoliquidable por excelencia.
- e) Facilita la sindicación de acreedores respecto de los bienes fideicomitados y la rotación (reemplazo) por otros acreedores a medida que los precedentes son satisfechos por cumplimiento de la obligación garantizada.
- f) Facilita la graduación de las garantías en función del nivel de endeudamiento.
- g) Permite la realización de la garantía a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que con frecuencia se producen en las subastas judiciales.
- h) Permite la utilización de activos considerados poco aptos para servir como garantía.
- i) Reduce o elimina la sobregarantía, el aforo o cobertura que se impone en las garantías clásicas.

j) Reduce el riesgo del crédito garantizado.

k) El fideicomiso de garantía en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tienen una característica común, el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor, no en virtud de un privilegio sobre la cosa sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en patrimonio separado del fiduciario.

l) Los Fideicomisos están exentos de pagos de impuestos.

ll) Flexibilidad para acomodarse a las necesidades sobre proyectos de personas naturales y jurídicas

4.6. ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Dentro del estudio del Fideicomiso de garantía podemos apreciar dos tipos de estructuras:

4.6.1. Primer Tipo de Estructura: Es la especie más común o clásica, el acreedor es el beneficiario o fideicomisario del fideicomiso, se vincula a él por vía de aceptación del beneficio y, con ello, integra como estipulación a favor de terceros, la relación convencional (con sus ventajas y desventajas) es decir se complica y se ata de alguna manera a la suerte del contrato y a la relación fiduciante, deudor y fiduciario.

El fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio separado, integrado con uno o más bienes fideicomitados, contrata, con el acreedor, como garante del deudor (en caso de fiduciante y eventual beneficiario) según las instrucciones o determinaciones que ese fiduciante (deudor) le impartió al referido fiduciario, es decir que este último se obliga con los acreedores que le indicó o indique el fideicomitente (deudor) a enajenar o disponer de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones garantizadas, presentes o futuras, respecto del contrato de fideicomiso en caso de que el deudor no las

satisfaga, desde el punto de vista de la obligación es una garantía personal que asume el fiduciario en la órbita del patrimonio separado, bien se puede calificar (según el contenido de la convención) como garantía abstracta a primera demanda o a primer requerimiento, ello así por cuanto la obligación que adquiere el fiduciario con el acreedor sólo se exige por las reglas que el fiduciario exprese al obligarse con el acreedor, a su vez, la obligación que adquiere el fiduciario está enmarcada por las reglas fijadas en el contrato de fideicomiso, la obligación del fiduciario con el acreedor garantizado es autónoma e independiente de la obligación de aquél con el fiduciante, la obligación del fiduciario con el acreedor garantizado es autónoma e independiente de la obligación de aquél con el fiduciante, la actuación del fiduciario se origina en la obligación adquirida con el acreedor en cumplimiento del contrato de fideicomiso por el cual el fideicomitente (ordenante de la garantía) instruyó a aquel para que se obligue con terceros, según el vínculo que se establezca, tal como lo señalamos precedentemente, comprobando el acaecimiento de un hecho o la no ocurrencia de éste, el fiduciario procederá a cumplir con la finalidad del fideicomiso, esto es pagar la deuda u obligación insatisfecha.

Obsérvese que cuando el fiduciario paga la obligación garantizada no extingue la obligación del deudor garantizado sino su obligación contractual como garante, aquella conserva su vigencia a favor del fiduciario por vía de la subrogación.

4.6.2. Segundo Tipo de Estructura.- Es cuanto tenemos la acepción de que una persona celebra un contrato de mutuo con una Entidad Financiera y sus obligaciones contractuales de restituir el dinero recibido se documentan en uno o más títulos valores expedido por esa persona a favor de dicha financiera, de este contrato surge un vínculo jurídico entre las partes acreedora y deudora, que se traduce en una obligación a cargo de esta última: devolver una suma de dinero en una fecha determinada, por otro lado la misma persona celebra un contrato de fideicomiso de garantía con un fiduciario, mediante el cual le transfiere la propiedad de uno o más bienes con el fin de que el

fiduciario, como tercero diferente del deudor respalde (garantice) las obligaciones derivadas de aquel contrato de mutuo, cuando el fiduciario paga como garante, no hace otra cosa que cumplir con la obligación a que se comprometió para con el acreedor (la entidad financiera), es decir, cumple con una obligación propia (en la esfera del patrimonio separado) y lo hace como tercero respecto de la relación acreedor (deudor en referido mutuo), por fin, con ese pago no extingue la obligación incumplida, sino que se subroga e integra como crédito un activo que incorpora al patrimonio separado en reemplazo de los bienes que empeló para pagar la obligación garantizada, entonces, respecto del fiduciante se producirá la confusión al reunir, este último, la doble calidad de deudor (acreedor del fideicomiso en razón de su doble condición de fiduciante) beneficiario y/o fideicomisario.

Entonces es recomendable, que el acreedor garantizado se vincule al fiduciario y al patrimonio separado con finalidad de garantía por obligación adquirida en cumplimiento del contrato de fideicomiso, así tendrá acción directa contra el fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio separado, a fin de hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento del crédito garantizado con la ventaja de no ser parte en el contrato de fideicomiso en calidad de beneficiario, de esta manera el acreedor no queda sujeto a las contingencias del pacto de fiducia, si hay un remanente le corresponde al fiduciante, lo que diferencia a este fideicomiso de la dación en pago.

4.7. COMPOSICIÓN DEL DEPARTAMENTO FIDUCIARIO DE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS.

El Departamento de Fideicomiso dependerá funcionalmente de la Vicepresidencia Nacional de Negocios, este departamento será administrado por la Gerencia de Banca de Empresas.

El departamento contará con un responsable regional en las ciudades troncales de nuestro País, es decir La Paz, Santa Cruz y Cochabamba, cada responsable, según se vea conveniente, contará con la colaboración de un asistente, las oficinas de Tarija coordinarán el trabajo con el responsable regional en Cochabamba, Sucre y Oruro coordinarán el trabajo con el responsable regional en La Paz.

Para mayor agilidad en el trabajo operativo Informática, Contabilidad y Asesoría Legal de cada sucursal contarán con personas designadas especialmente que apoyarán el trabajo del Departamento de Fideicomisos, además se contará con el apoyo del funcionario encargado de temas impositivos a nivel nacional.

El Banco otorgará poderes debidamente legalizados al responsable del Departamento para que con los Vicepresidentes Regionales y demás apoderados, según lo amerite cada caso, representen con dos firmas conjuntas al Banco como fiduciario, tales personas tendrán firmas para obligar al Banco en todos los actos relativos a la consecución del buen fin del fideicomiso.

4.7.1. FUNCIONES DEL ÁREA FIDUCIARIA DEL BANCO.

a) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del fideicomiso y procurar el mayor rendimiento económico posible de los bienes objeto del fideicomiso, en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo.

b) Mantener los bienes objeto del fideicomiso separado de los propios y de los correspondientes a otros negocios de igual naturaleza y asegurar los mismos cuando así se haya estipulado en el acto de constitución.

c) Ejercitar personería para la protección y defensa de los bienes en fideicomiso contra actos de terceros, del beneficiario o del mismo fideicomitente.

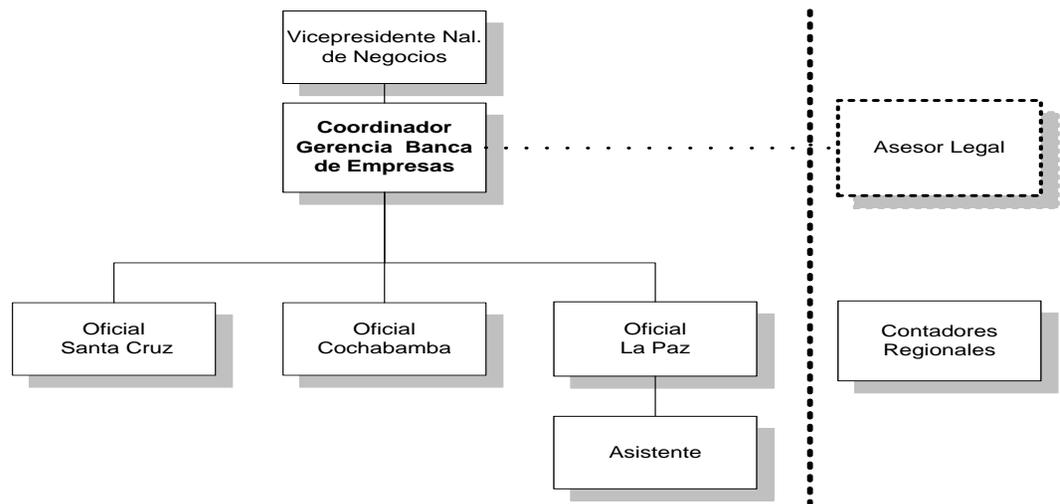
d) Transmitir los bienes a la persona quien corresponda, conforme al acto de constitución o a la ley, una vez concluido el negocio de fideicomiso.

e) Como mínimo, cada seis meses y a la conclusión del fideicomiso, enviará estados de cuenta al fideicomitente o al beneficiario, según corresponda, relativos a la actuación del fiduciario con referencia al patrimonio fideicometido como a sus frutos.

f) Mercadeo del servicio.

g) Creación de nuevos productos de fideicomiso.

4.7.2. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA.



Es importante destacar que no obstante el fideicomiso comercial o bancario no se desarrolló en las proporciones de otros países latinoamericanos, actualmente no se concibe el financiamiento de megaproyectos en la participación de una o más estructuras fiduciarias.

Se desarrollaron nuevas e importantes figuras jurídicas basadas en los principios y características generales del fideicomiso, la aplicación del Instituto en Bolivia fue aceptado en principio por medio de las administradoras de Fondos de Pensiones AFPs, las Sociedades Administradoras de Inversiones SAFIS y las Sociedades de titularización, no son otra cosa que empresas que administran diferentes clases de fideicomisos, por lo que mal podríamos decir que en Bolivia ésta figura no ha tenido aceptación, sin embargo dentro de la aplicación y la normativa vigente notamos que en la aplicación del fideicomiso la regulaciones son ambiguas. En el año 2003 con la crisis económica establecida por el denominado octubre negro, la Banca se apoya en el fideicomiso como derecho preventivo en el flujo económico del país.

4.8. ELEMENTOS DEL NEGOCIO.

Para poder aplicar correctamente la figura del fideicomiso se tomas 3 elementos importantes:

- Elemento real
- Elemento personal
- Elemento teleológico

4.8.1. Elemento Real: Es la transferencia de la propiedad de los bienes del fideicomitente al fiduciario, dicha transferencia es plena, las limitaciones para disponer sólo derivan de las instrucciones contenidas en el contrato con efectos solamente entre las partes, no frente a terceros.

4.8.2. Elemento personal: Es el conjunto de derechos y obligaciones que surgen del acuerdo por el cual el fiduciario limita su potestad de propietario en orden al cumplimiento de la finalidad señalada.

4.8.3. Elemento teleológico: Es la finalidad determinada por el fideicomitente, todas las actuaciones del fiduciario deben apuntar a su consecución y a las disposiciones emanadas por la Ley. El superintendente Bancario puede intervenir para apoyar la consecución de esta finalidad, el negocio no puede servir de instrumento para celebrar actos que no puede realizar directamente el fideicomitente de acuerdo con las normas legales.

4.9. CONFLICTO DE INTERÉS.

Existe un conflicto cuando con sus decisiones el fiduciario entra en pugna entre el interés propio y el del fideicomitente o del beneficiario, el fiduciario está obligado a procurar el mayor rendimiento y el menor gravamen para el fideicomitente o beneficiario.

El fiduciario puede ser removido si tiene intereses incompatibles con los del fideicomitente o del beneficiario

4.10. CULMINACIÓN DEL FIDEICOMISO.

Las causales para la culminación del contrato de fideicomiso pueden ser:

- Expiración del plazo señalado en el contrato;
- Cumplimiento de la condición resolutoria a la cual se haya sujetado;

- Muerte del fideicomitente o del beneficiario cuando el suceso haya sido señalado como causa de extinción
- Disolución o liquidación de la entidad fiduciaria.
- Haberse realizado sus fines o por imposibilidad material de realizarlos;
- Mutuo acuerdo entre el fideicomitente y el beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario.
- Revocación del fideicomitente cuando se haya reservado este derecho en el acto constitutivo
- Imposibilidad de sustitución por falta de otro fiduciario.

4.11. EL ENFOQUE COMO PRODUCTO FIDUCARIO.

El negocio fiduciario es un vehículo legal y financiero puesto que la norma ampara y permite su desarrollo y aplicación, dentro de las instituciones Financieras llega a complementar los negocios bancarios puesto que abre posibilidades de crédito que con otro tipo de servicios no podría llegar a tener los mismos beneficios, cada modalidad del negocio requiere diversas habilidades y satisface diferentes expectativas de acuerdo a requerimientos y necesidades de la sociedad.

4.11.1. EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS PARA LA NORMATIVA JURÍDICA ESPECIAL.

De acuerdo a la aplicación del Fideicomiso de Garantía en las Instituciones Bancarias y su práctica, fundamentaré a continuación la necesidad de implementar una Norma especial para el Fideicomiso y sus diversos campos dentro de la óptica de estudio realizada:

4.11.1.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

Dentro del campo jurídico y de acuerdo a lo investigado detallo consideraciones a tomar en cuenta:

- El Código de Comercio de 1.977 en los Artículos 1.410° al 1.427° si bien hace mención al Fideicomiso y el concepto que se tiene sobre dicho instituto podemos notar que no establece los diferentes tipos de Fideicomiso al que es posible acceder, lo cual nos lleva a una confusión y limitación en la práctica, dicha falencia no nos otorga alternativas de aplicación.

- Al establecer que el Fideicomiso es un Patrimonio Autónomo y que no forma parte de la garantía general, ésta por su reglamentación no establece los tipos de garantía a los cuales se puede afectar, siendo necesario que se enmarquen los parámetros sobre todas las opciones de garantías.

- Para el caso de los actores del Fideicomiso nuestro Código de Comercio nos da una idea general sobre las prohibiciones y derechos, tomando un máximo de 4 incisos, con respecto a este punto no es posible emplear alguno de los puntos establecidos en la aplicación de algún tipo de Fideicomiso, si bien nos ayuda la idea general al momento de su aplicación no llega a resultar ser la más efectiva.

- La norma debe manejar un modelo de contrato sobre el Fideicomiso, el cual debe ser flexible a las necesidades que se presentan en nuestro entorno social, la norma al remitirse al Código Civil nos deja con vacíos conceptuales en cuanto a la redacción de cláusulas puesto que si bien llega a ser una alternativa de crédito no es posible adecuar al contrato modelo de las Operaciones ya que es este el punto en donde se generan diversas interpretaciones y falencias legales.

- La excensión de cargas impositivas en la figura del Fideicomiso la cual, debe ser clara y puntual en el aspecto de transmisión y transacciones, lo mencionado es necesario en cuanto a la divergencia de opiniones por los entes reguladores, puesto que al no existir norma específica se ven afectados en la vulneración de impuestos, generando así inseguridad jurídica y vacío legal, puesto que no se esta amparando específicamente la prioridad que tiene el Patrimonio Autónomo.

- La ley no prevé lo qué ocurre, si la condición fracasa y no se cumple, lo que debió regular, por lo que será importante que al constituirse el fideicomiso, se contemple esa situación, el supuesto tiene relevancia por que de acuerdo a lo establecido en la norma indica que si no se cumple la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición. Aplicando a la letra ese texto, el fiduciario vería consolidada su adquisición, conclusión que no puede ser admitida dada la prohibición, de que el fiduciario adquiera "para sí los bienes fideicomitidos", la solución óptima será que los bienes, en tal caso, sean devueltos al fiduciante.

4.11.1.3. FUNDAMENTACIÓN TEORICA:

En virtud a la Legislación de países Latinos y su aplicación, detallo a continuación la necesidad de elementos que deben ser considerados:

- El Fideicomiso debe contar con un fortalecimiento Institucional puesto que la accesibilidad depende del material disponible para su aplicación, contando con dicha normativa respecto de la protección al inversor.

- Debe ser la ley especial quien establezca los parámetros que rigen y condicionan la práctica del Fideicomiso para evitar la proliferación y su mal uso.

- El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos de acuerdo a su correcta aplicación.

- El fideicomiso no constituye un fin en si mismo, sino, en verdad un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio, el adquirente es el receptor de ciertos bienes, los que se mantienen separados del patrimonio de los demás sujetos que participan en el negocio y del suyo propio. La propiedad que aquél ostenta desde el punto de vista jurídico carece de contenido económico, pues éste le pertenece al beneficiario o bien al fideicomisario, que puede ser el propio transmitente (fiduciante).

4.11.1.4 FUNDAMENTACIÓN PRÁCTICA:

- Existe una mala práctica y aplicación en el Fideicomiso a consecuencia de la norma general y ambigua, su mal uso e interpretación por parte de los entes reguladores y los partícipes del Fideicomiso

- Los fundamentos prácticos se van plasmando de acuerdo a las necesidades en su aplicación, tomando en cuenta que es necesaria la capacitación al personal, el cual debe contar con los puntos 5.1 y 5.2 para tener material alterno y disponible para las diferentes necesidades de la Sociedad.

- La carencia de un marco jurídico o de normas jurídicas específicas que regulen la inserción del Fideicomiso de garantía y todas las alternativas que esta figura nos proporcione hace y viabilizan el objetivo de la presente investigación.

CAPITULO V

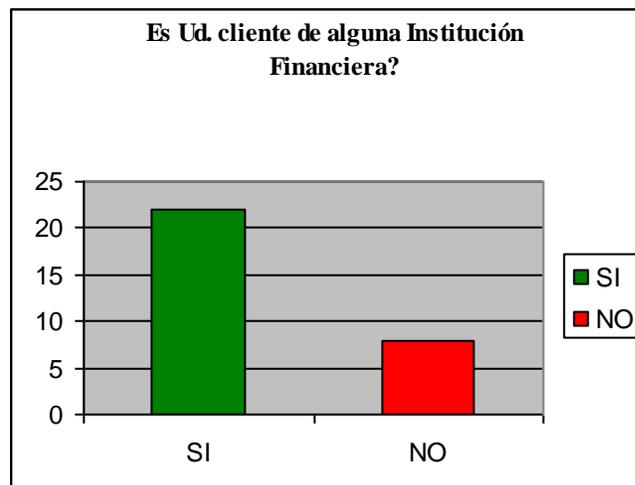
TABULACIÓN DE DATOS Y RESULTADOS

5. ESQUEMATIZACIÓN DE ENCUESTAS, DATOS Y RESULTADOS.

Para la elaboración del presente trabajo se realizó la técnica de investigación experimental en el uso de las encuestas que serán establecidas puntualmente y así poder analizar e interpretar la información recolectada en todo el círculo social sin discriminación alguna sobre un muestreo de 30 encuestas.

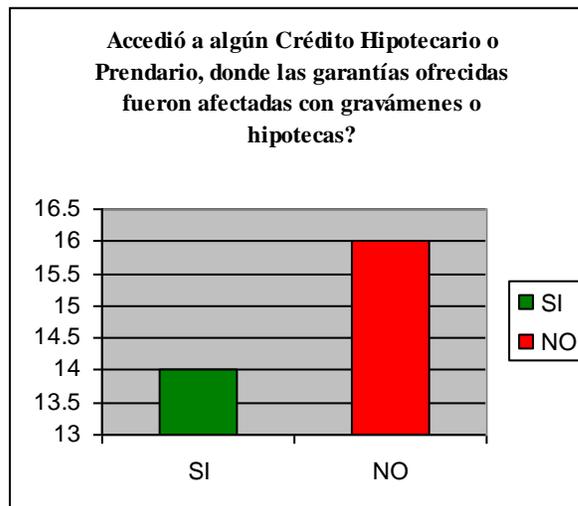
Con la presente investigación, pretendo demostrar la afluencia y confianza de la población en las Instituciones Bancarias, la confianza en servicios que brindan seguridad, la falta de información sobre las Instituciones Legales y la norma ambigua en la reglamentación de los servicios innovadores en las Entidades Financieras.

5.1. CUADRO N° 1



Interpretación.- Podemos notar en el primer gráfico de barras que, de una u otra forma la población en su conjunto tiene acceso a algún servicio Bancario sea este en forma activa o pasiva. La confianza depositada en las Instituciones Financieras por los diferentes estratos sociales cada vez es mayor, ya sea para el ahorro o para el crédito vinculados al comercio o vivienda.

5.2. CUADRO N° 2



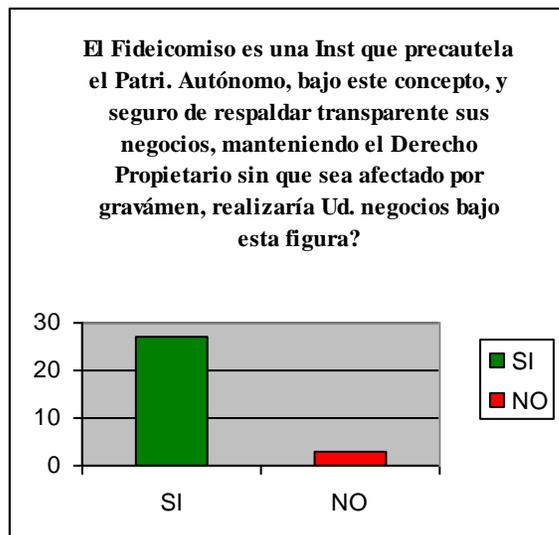
Interpretación.- En el presente cuadro de barras podemos notar, que si bien existe afluencia de la población en las Instituciones Financieras la mayoría de dichos servicios están reservados en el tipo de ahorro y no así en el de crédito, puesto que al ser gravado el bien mueble o inmueble que el cliente tiene como patrimonio se ve afectado para poder disponerlo y con el riesgo de perderlo en caso de insolvencia o quiebra, es por esta razón que la mayoría de la población no arriesga su patrimonio con los gravámenes que generalmente siempre se da en las operaciones crediticias.

5.3. CUADRO N° 3



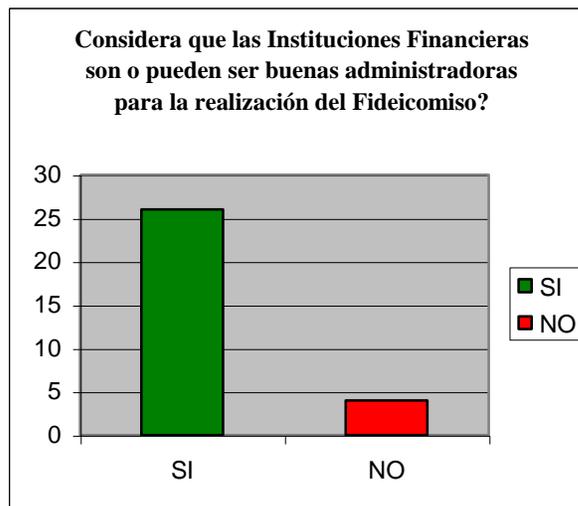
Interpretación.- De acuerdo al presente cuadro de barras notamos la falta casi generalizada, de conocimiento tanto de los clientes como de las personas que no tienen vinculación con los Bancos sobre la institución del Fideicomiso, es decir no existe conocimiento sobre el Fideicomiso y por consiguiente su aplicación es ambigua, el poco conocimiento a este servicio es por personas que accedieron, escucharon o vieron la aplicación del Fideicomiso en otros países.

5.4. CUADRO N° 4



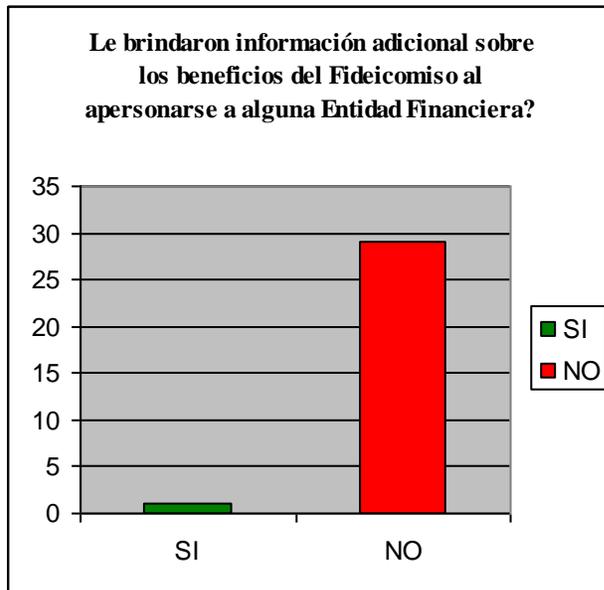
Interpretación.- Claramente en el esquema vemos, que siempre que se presente algún servicio Bancario o la aplicación de alguna Institución Jurídica que precautele el patrimonio de la población esta será bien aceptada, puesto que como regla general cualquier tipo de acceso crediticio siempre fue afectado por gravámenes o hipotecas que limitan el derecho propietario. Sin embargo con una buena aplicación y conocimiento del Fideicomiso en cualquier rama y área social (ejecutada con cuidado y responsabilidad) llevaría a la población a su aplicación segura y de gran aceptación.

5.5. CUADRO N° 5



Interpretación.- Ahora bien regresando al tema de confianza en las Instituciones Financieras, podemos notar en el presente cuadro de barras que si bien la población no tiene mucho acceso a los créditos, no es por mal manejo de las instituciones financieras, es por el tema de pérdida del derecho propietario. La confianza que la población tiene en las Instituciones Financieras claramente es demostrada en este esquema.

5.6. CUADRO N° 6



Interpretación.- El presente cuadro de barras nos muestra claramente la falta de conocimiento que existe sobre la Institución del Fideicomiso en la población, siendo la aplicación en las Instituciones Financieras, estas están en la obligación de brindar todos los servicios que prestan, pero claramente podemos percibir la falta de compromiso institucional por parte de los empleados de las Instituciones Financieras en ofrecer sus servicios al público. También puede ser el temor de dichas instituciones en la aplicación del Fideicomiso por falta de norma específica que los lleve a una inseguridad jurídica.

En consecuencia, y de acuerdo a todos los datos obtenidos y descritos, he realizando un análisis del conjunto de preguntas y encuestados, estableciendo así que existe una aceptación en la población sobre los productos innovadores que puede presentar el Fideicomiso, cabe recalcar que el temor que existe en la población que accede a cualquier tipo de crédito es en lo que respecta a la pérdida del derecho propietario, el gravamen o la hipoteca que llegaría a pesar sobre sus bienes en caso de acceso y la posibilidad de que en un largo o corto plazo se llegue al incumplimiento desembocaría en la pérdida del patrimonio.

La falta de conocimiento que existe con respecto a la institución del Fideicomiso es altísima, la posible aceptación de la población si existiera una buena y amplia información sobre los beneficios que presta el Fideicomiso y por último notamos la inseguridad jurídica (que puede ser una causal para la aplicación del fideicomiso como servicio Bancario abierto) por parte de la Norma reguladora en la reglamentación de todos los aspectos fiduciarios.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego del estudio y análisis realizado a lo largo del presente trabajo, puedo llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- El Fideicomiso nace en el derecho y evoluciona como negocio, poniéndose al servicio de los más variados intereses comerciales y financieros, cuya Gestión Administrativa está a cargo, esencialmente de entidades bancarias o sociedades de objeto especial según lo establezca la Norma, las características propias de la figura permiten su uso para el desarrollo de múltiples negocios como ser: Incorpora toda clase de bienes destinados a la consecución de finalidades legítimas buscadas por las partes, se conforma un patrimonio autónomo (fideicometido o especial) que responde sólo por las obligaciones contraídas en el negocio, sin embargo en la correcta aplicación del Fideicomiso es necesaria la existencia de una norma legal y específica que regule y respalde su naturaleza. Si bien en nuestro país tenemos una base jurídica inicial para desarrollar el fideicomiso, también se ha descubierto vacíos legales y conceptuales al momento de querer aplicar el Fideicomiso en las diversas necesidades sociales, hecho que ha provocado que la figura sea sometida a una serie de interpretaciones y muchas veces distorsionadas por la falta de conocimiento sobre el tema o en función a los intereses de las partes, entonces la reglamentación debe ampliarse en nuestro ordenamiento jurídico, para que la población pueda tener una seguridad y alternativa económica.

SEGUNDO.- La confianza en el recto actuar del Fiduciario será la clave para la utilización de esta figura, algunas legislaciones denominan al Fideicomiso de la siguiente forma: Buen Padre de Familia, Buen Hombre de Negocios o comerciante en Negocio Propio, el Fideicomiso al igual que cualquier otro negocio financiero es un negocio que conlleva riesgos en su gestión, ya sea por procesos internos inadecuados o

defectuosos de recursos humanos, sistemas o como resultado de acontecimientos externos, una cuenta de orden Fiduciaria mal administrada puede convertirse en una contingencia o un pasivo para el Fiduciario, entonces también los sujetos del Fideicomiso deben reglamentar una adecuada utilización de la figura legal, para preservar su esencia y su utilidad, dichas variantes están relacionadas con la aplicación de políticas para el racional aprovechamiento de las ventajas que brinda la fiducia, el conocimiento y la conciencia Social.

TERCERO.- El fin del Instituto del Fideicomiso es impulsar un desarrollo integral, adecuado y sostenible de fideicomiso en nuestro país, velando por preservar los principios y características que diferencian al fideicomiso de otras figuras legales. La formación de la sociedad Boliviana de Fideicomisos tiene un objetivo académico que es el de fomentar la investigación, capacitación e intercambio de conocimientos en el campo de la fiducia, como respuesta al creciente interés y participación de la sociedad civil en este tipo de estructuras.

Luego de un análisis minucioso y en virtud al estudio de campo realizado, me permito plantear las siguientes sugerencias y/o recomendaciones.

PRIMERO.- De acuerdo al campo de aplicación del Fideicomiso podemos notar que es necesario establecer parámetros diferenciados en las clases de fideicomiso y la detallada reglamentación para una correcta y eficaz aplicación.

SEGUNDO.- Es necesario promover dentro de los actores (fiduciario, fideicomitente y beneficiario) la toma de conciencia acerca de la importancia y la utilización del fideicomiso para el desarrollo de sus diversas actividades. El estudio, análisis, difusión y puesta en práctica de la normativa vigente sobre fideicomisos,

requiere de la particular visión acerca de su estructura y fundamento, no solo a nivel nacional, sino a nivel latinoamericano.

TERCERO.- Implementar productos de Fideicomiso flexibles para las necesidades de Financiamiento, enfocados en los diversos sectores, productivos, ganaderos, agricultores, artesanos, etc. etc., fortaleciendo las relaciones Económico-Sociales, fomentar la investigación, realizar estudios, seminarios, talleres, proporcionando información clara y fidedigna, integrar comisiones de trabajo que realicen seguimientos y actualización de las normas, procedimientos y prácticas nacionales e internacionales para que puedan ser una guía en la aplicación del Instituto Fiduciario.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Argüello, LUIS RODOLFO : Manual de Derecho Romano, Editorial Astea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires – Argentina 1990.

- 2.- Arosemenz, RICARDO ALFARO: Un Fideicomiso de la Naturaleza, Panamá 2003

- 3.- Batiza, RODOLFO : El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Asociación de Banqueros de México, AC México 1973.

- 4.- Cabanellas, GUILLERMO : Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina, 1.992.

- 5.- Carregal, MARIO ALBERTO : El Fideicomiso, Buenos Aires-Argentina

- 6.- Ferrara, FRANCISCO : La simulación de los Negocios Jurídicos, Madrid – España 1926.

- 7.- Peña Collazo, KAREM : Aspectos Básicos de La Gestión Fiduciaria, Septiembre 2005.
- 8.- Porras Zamora, JORGE : Aspectos Básicos de la Gestión Fiduciaria, JP & Asociados Consultores Fiduciarios Latinoamericanos S.A., Octubre 2.006.
- 9.- Soliz Morató, SANDRO : Programa de Administración Fiduciaria, La Paz, Bolivia 2.006.
- 10.- Vargas Flores, ARTURO : Guía Teórico y Práctico para la elaboración del Perfil de Tesis, La Paz, Bolivia, UMSA.

