

EL FIDEICOMISO



MODALIDADES Y TRATAMIENTO
LEGISLATIVO EN EL PERÚ



MANUEL DE LA FLOR MATOS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

El Fideicomiso

Manuel de la Flor Matos

El Fideicomiso

MODALIDADES Y TRATAMIENTO
LEGISLATIVO EN EL PERÚ



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición: junio de 1999

Diseño de cubierta: AVA Diseños

El Fideicomiso

Copyright © 1999 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel. Lima-Perú
Teléfonos 460-0872, 460-2291 - 460-2870 anexo 220

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-086-7

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú — Printed in Peru

*A mis padres
A mi esposa*

ÍNDICE

Introducción	17
--------------------	----

CAPÍTULO I

Aspectos Generales

1.1. Definición de fideicomiso	23
1.2. Etimología	24
1.3. Antecedentes históricos	25
1.3.1. Derecho Romano	26
1.3.1.1. En el régimen de las personas....	27
1.3.1.1.1. En la adopción	27
1.3.1.1.2. En la emancipación ..	28
1.3.1.1.3. <i>La coemptio fiduciae</i> <i>cause</i>	28
1.3.1.2. En el régimen de los bienes: El <i>pactum fiduciae</i>	29
1.3.1.2.1. <i>Fiduciae cum creditore</i>	30
1.3.1.2.2. <i>Fiduciae cum amico</i> ...	33
1.3.1.3. En el régimen de las sucesiones: <i>El fideicommissum</i>	34

1.3.2.	Derecho Germánico	37
1.3.3.	Derecho Medieval	38
1.3.4.	Derecho Inglés	40
1.4.	El fideicomiso en el contexto jurídico actual	45
1.4.1.	Derecho Mercantil	45
1.4.2.	Derecho Bancario	46
1.4.3.	El Derecho Bancario como parte del Derecho Mercantil	47
1.4.4.	Materia bancaria	49
1.4.5.	El banco - Intermediación Financiera	50
1.4.6.	Operación bancaria	52
1.4.6.1.	Concepto	52
1.4.6.2.	Clasificación tradicional	54
1.4.7.	Operaciones bancarias neutras o atípicas .	58
1.4.8.	Contratos bancarios	60
1.4.8.1.	Definición	60
1.4.8.2.	Características de los contratos bancarios	62
1.4.8.2.1.	Regulación jurídica <i>Sui Generis</i>	63
1.4.8.2.2.	En cuanto a la relación con su estructura técnica	64
1.4.8.2.3.	En cuanto al carácter <i>Intuito Personae</i>	64
1.4.8.2.4.	Contrato por adhesión	65
1.4.8.2.5.	En cuanto a los deberes del banco con sus clientes	66
1.4.8.2.6.	Comprobación especial de las prestaciones	67
1.4.8.2.7.	Internacionalización .	67
1.4.9.	El fideicomiso y su ubicación en el Derecho Bancario	67

1.5.	Diferencia del fideicomiso con otras instituciones	68
1.5.1.	Diferencias entre el fideicomiso y el <i>trust</i>	68
1.5.2.	Diferencia del fideicomiso con el negocio fiduciario	71
1.5.3.	Diferencia del fideicomiso con el mandato	72
1.5.4.	Diferencia del fideicomiso con el depósito	74

CAPÍTULO II

El fideicomiso como relación jurídica patrimonial

2.1.	Definición de fideicomiso	75
2.2.	Naturaleza jurídica del fideicomiso	79
2.2.1.	Teoría del mandato irrevocable	79
2.2.2.	Teoría del patrimonio de afectación	80
2.2.3.	Teoría del patrimonio especial	81
2.2.4.	Teoría del negocio fiduciario	81
2.2.5.	Opinión del autor	83
2.3.	El fideicomiso como acto unilateral y como contrato	83
2.3.1.	Fuentes de las obligaciones	84
2.3.2.	Clasificación de las fuentes de las obligaciones	84
2.3.3.	El fideicomiso como acto unilateral	85
2.3.4.	El fideicomiso como contrato	86
2.3.4.1.	Contrato nominado y típico	86
2.3.4.2.	Contrato a título oneroso	88
2.3.4.3.	Contrato conmutativo	90
2.3.4.4.	Contrato simple	92
2.3.4.5.	Contrato especial	93
2.3.4.6.	Contrato principal o accesorio ...	94
2.3.4.7.	Contrato constitutivo	95
2.3.4.8.	Contrato con prestaciones recíprocas	96

2.3.4.9. Contrato de ejecución inmediata o diferida	97
2.3.4.10. Contrato de ejecución instantánea o de tracto sucesivo	99
2.3.4.11. Contrato solemne o formal	100
2.3.4.12. Contrato de negociación previa o por adhesión	101
2.3.4.13. Contrato sujeto a un plazo o a una condición	102
2.4. Propiedad fiduciaria y patrimonio especial	103
2.5. Los bienes	114
2.6. Finalidad determinada	115
2.7. Temporalidad	115
2.8. Irrenunciabilidad	117
2.9. Elementos personales o partes que intervienen ...	117
2.9.1. Fideicomitente	117
2.9.2. Fiduciario	118
2.9.3. Fideicomisario	122
2.10. Contenido del contrato de fideicomiso	124
2.11. Obligaciones que nacen del fideicomiso	125
2.11.1. La Obligación	125
2.11.2. Elementos de la obligación	126
2.11.2.1. El vínculo jurídico	127
2.11.2.2. Los sujetos	127
2.11.2.3. La prestación	128
2.11.2.3.1. Posibilidad	128
2.11.2.3.2. Licitud	129
2.11.2.3.3. Determinación o determinabilidad	130
2.11.2.3.4. Patrimonialidad	130
2.11.2.4. La causa	131
2.11.3. Derechos y obligaciones del fideicomitente	132
2.11.3.1. Derechos del fideicomitente	132
2.11.3.2. Obligaciones del fideicomitente .	135
2.11.4. Derechos y obligaciones del fiduciario	137

2.11.4.1 Derechos del fiduciario	137
2.11.4.2 Obligaciones del fiduciario	138
2.11.4.3. Clasificación de las obligaciones del fiduciario	144
2.11.4.3.1. Obligaciones con referencia a los bienes	144
2.11.4.3.2. Obligaciones con referencia al fideicomitente o sus herederos	145
2.11.4.3.3. Obligaciones con referencia al fideicomisario	145
2.11.4.3.4. Obligaciones con referencia al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa encargada de su supervisión	146
2.11.5. Derechos y obligaciones del fideicomisario	146
2.11.5.1. Derechos del fideicomisario	146
2.11.5.2. Obligaciones del fideicomisario .	149
2.12. Extinción del Fideicomiso	149

CAPÍTULO III

Modalidades o clases de fideicomiso

3.1. Por el acto jurídico que le da origen	152
3.2. Por los sujetos que lo realizan	152
3.2.1. Fideicomiso oficial o público:	152
3.2.2. Fideicomiso privado	157
3.3. Por la modalidad operativa	159

3.3.1. Fideicomiso de administración	160
3.3.2. Fideicomiso de inversión	162
3.3.3. Fideicomiso de garantía	165
3.3.4. Fideicomiso inmobiliario	171
3.3.5. Fideicomiso testamentario	175
3.3.6. Fideicomiso de seguros	175
3.3.7. Fideicomiso de desarrollo	176
3.3.8. Fideicomiso prestacional o de fondos de pensiones	184
3.3.9. Fideicomiso de fondos de inversión	186
3.3.10. Fideicomiso de nacionalización	186

CAPÍTULO IV

El Fideicomiso en la Legislación Peruana

4.1	Ley General del Sistema Financiero y del sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley 26702	189
4.2	El fideicomiso antes del Decreto Legislativo N° 770	190
4.3	El Fideicomiso en la Ley general del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros	191
4.4.	La titulización y el fideicomiso de titulización	235
4.4.1	La titulización	235
4.4.1.1.	Concepto	235
4.4.1.2.	Ventajas	237
4.4.1.3.	Los partícipes	239
4.4.1.4.	Modalidades de titulización	240
4.4.1.5.	Las sociedades de propósito especial	241
4.4.2.	El fideicomiso de titulización	242
4.4.2.1.	Definición	242

4.4.2.2. Elementos personales	243
4.4.2.3. Acto constitutivo del fideicomiso	246
4.4.2.4. Activos a titularizar en el fideicomiso de titulación	248
4.4.2.5. Valores mobiliarios que se pueden emitir con respaldo en el patrimonio fideicometido	249
4.4.2.6. Características del patrimonio fideicometido	249
4.4.2.7. Aspecto Tributario	250

ANEXOS

Anexo I	Decreto Legislativo N° 770 - Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguro (artículos 314 - 350)	257
Anexo II	Decreto Legislativo N° 861- Ley del Mercado de Valores (artículos 291 - 339)	269
Anexo III	Resolución CONASEV No. 001-97-EF/94.10 Reglamento de los procesos de Titulación	289
Anexo IV	Cuadro: Modalidades de Fideicomiso	337
Anexo V	Cuadro: Proceso de Titulación en el Perú	339
Bibliografía		341

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo titula «El FIDEICOMISO, MODALIDADES Y TRATAMIENTO LEGISLATIVO EN EL PERU», en el cual se ha analizado en forma exhaustiva antecedentes, naturaleza, teorías y problemas jurídicos y prácticos que presenta el fideicomiso.

Somos de la opinión que el Derecho Bancario necesita de un derecho actuante y eficaz, debido a las rápidas innovaciones que se dan en los negocios jurídicos financieros, por ello una figura como el fideicomiso que tiene sus orígenes históricos, tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Anglosajón, así como en el concepto de negocio fiduciario del Derecho Continental Europeo, necesita no sólo un análisis jurídico sino también un estudio de las modalidades que existen, la normatividad vigente y su desenvolvimiento en el quehacer bancario.

En consecuencia, el trabajo que presentamos pretende ser una obra que satisfaga las expectativas de todo estudioso del Derecho, pero al mismo tiempo tiene el propósito de contribuir a un mejor entendimiento del fideicomiso, ofreciendo claridad a todas las personas involucradas en el quehacer bancario, de manera tal que esta figura se cumpla eficientemente en la práctica bancaria.

Estimamos necesario dar a conocer los motivos que nos han llevado a desarrollar el presente trabajo de investigación, pues esto nos va a permitir obtener pautas objetivas que coadyuven a explicar la razón de ser de la presente obra.

Nuestros motivos responden a dos ámbitos distintos: uno subjetivo, que tiene relación con la experiencia profesional y personal del autor y otro objetivo, basado en una explicación jurídica de esta figura que satisfaga las exigencias de la práctica bancaria.

El estar desempeñando nuestra actividad profesional en una entidad bancaria, nos ha dado la oportunidad de tener acceso a diversos contratos y negocios jurídicos que se presentan en una institución financiera, así como a los problemas que se deben enfrentar respecto de ellos.

Es nuestra intención dar un pequeño aporte a efectos de contribuir a la solución de los problemas antes mencionados, a partir del estudio pormenorizado de una figura tan poco estudiada y utilizada en nuestro medio, como es el fideicomiso.

Ante la diversidad de teorías que explican la naturaleza jurídica de la institución, las distintas maneras como ha sido plasmado legislativamente y el poco tratamiento doctrinario que ha merecido esta figura en nuestro país, nos hemos visto en la necesidad de dar un tratamiento sistemático que conlleve a un profundo estudio sobre el tema, analizando exhaustivamente los antecedentes, objetivos, naturaleza, teorías y problemas jurídicos del fideicomiso.

El tema a desarrollar será «EL FIDEICOMISO, MODALIDADES Y TRATAMIENTO LEGISLATIVO EN EL PERU», respecto del cual, seguidamente, analizaremos las condiciones que nos permitan un análisis adecuado de esta figura.

El análisis del fideicomiso implica el desarrollo de diversas áreas del Derecho que se complementan entre sí tales como el

Derecho Bancario, a partir de las innovaciones que ha venido implementando sobre el tema; el Derecho Mercantil, a partir de los usos y costumbres impuestas por los operadores de la figura; y el Derecho Civil, mediante el análisis de instituciones básicas como son los actos jurídicos, los contratos y las obligaciones.

El tema propuesto presenta la novedad de casi no haber sido tratado por la doctrina nacional. Asimismo, nuestra intención es darle un enfoque que nos permita analizar la correspondencia que existe entre el tratamiento legislativo peruano y las modalidades existentes en la práctica bancaria.

Pretende tener un enfoque descriptivo, analítico y funcional, pues como dijimos anteriormente, se realiza un análisis de los antecedentes, teorías y problemas jurídicos y prácticos del fideicomiso así como su desenvolvimiento en el quehacer bancario.

El realizar un trabajo de investigación sobre el fideicomiso, hace necesario dar algunas acotaciones con el objeto de precisar el contenido de esta figura.

El fideicomiso ha sido el resultado de la evolución histórica del Derecho Romano y, sobre todo, de la dinámica del *Trust* del Derecho Anglosajón. En Latino América se han adoptado distintos conceptos, basados en las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

La noción más generalizada, según Sergio Rodríguez, es aquella que define al fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene, y con el producto de la actividad cumpla con la finalidad establecida por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero.

La legislación peruana, en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros - D. Leg 770 -, recogió por

primera vez de alguna manera el concepto general aludido al definir la figura jurídica del Fideicomiso como «una relación jurídica por la cual una persona, denominada FIDEICOMITENTE transfiere uno o más bienes a una persona, denominada FIDUCIARIO quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél, o de un tercero llamado FIDEICOMISARIO».

Hay que señalar que en esta relación jurídica concurren tres partes:

1. EL FIDEICOMITENTE, quien es el que constituye el Fideicomiso, transfiere la propiedad de sus bienes y, establece las finalidades y objetivos que han de cumplirse con los bienes transferidos y designa al beneficiario.
2. EL FIDUCIARIO, quien es el que adquiere la titularidad de los bienes fideicometidos, pero sólo para los fines que se determinan en el acto constitutivo.
3. FIDEICOMISARIO, que puede ser un tercero o el mismo FIDEICOMITENTE, siendo aquél en cuyo beneficio se estableció el fideicomiso, y en quien redundará todo el provecho que se obtenga con la administración del bien objeto del mismo.

Como caracteres jurídicos más saltantes tenemos que puede ser un contrato principal, oneroso y conmutativo, pudiendo ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Asimismo, puede constituirse mediante acto unilateral por testamento.

El fideicomiso como contrato es bilateral, pues a pesar de explicarse a través de una relación tripartita, el negocio jurídico se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario, pues el fideicomisario tiene el papel de un tercero dentro de la relación.

De igual manera, el fideicomiso implica la transferencia de una propiedad especial, la misma que es realizada por el

fideicomitente en favor del fiduciario, pero de manera restringida, únicamente para cumplir con los objetivos materia de la constitución del fideicomiso.

Cabe agregar que, al establecer la transferencia de los bienes y derechos, ésta debe someterse a las formalidades establecidas en cada legislación.

El trabajo tuvo como punto de partida nuestra idea de que el fideicomiso no es usado de manera adecuada en la práctica bancaria, sino que se encuentra limitado a sólo uno de sus aspectos, como resultan ser los encargos de confianza.

Asimismo, consideramos que en nuestro país, el concepto de propiedad como un derecho absoluto se encuentra tan profundamente arraigado que impide comprender la figura del fideicomiso como una transmisión de propiedad con una finalidad específica; y que sólo un debido conocimiento y adecuada promoción llevará al fideicomiso a las dimensiones económicas que ha tomado en otros países del continente.

Este trabajo consta de cuatro capítulos. El primero de ellos trata de introducirnos en el tema del fideicomiso, ubicando figuras muy parecidas que se han desarrollado a lo largo de la historia, y determinando el contexto en el cual se desenvuelve actualmente el fideicomiso.

El segundo capítulo es un estudio jurídico exhaustivo del fideicomiso, conceptualizándolo, analizando su naturaleza jurídica y determinando sus características fundamentales.

El tercer capítulo detalla las modalidades existentes del fideicomiso, demostrando que es una de las figuras más dinámicas en el entorno socio-económico de la actividad financiera de nuestro continente y que debería serlo en nuestro país.

El cuarto capítulo es un análisis exegético, en el cual se evalúa la situación del fideicomiso antes de la dación de la ley No.

26702, y se realiza un análisis artículo por artículo del tratamiento que le ha otorgado la Ley General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley No. 26702 .

En este último Capítulo también abordamos la figura de la Titulización de Activos en el Perú, tratando muy especialmente el Fideicomiso de Titulización. Analizamos el desarrollo legislativo de esta institución, a partir de la dación de la Ley del mercado de Valores y la reglamentación sobre el tema.

Esperamos que este trabajo sea una contribución a las instituciones financieras del país, para que se animen a explorar esta nueva forma de obtener recursos, ofreciendo a sus clientes modalidades que resulten apropiadas a sus requerimientos.

Antes de concluir deseamos agradecer a todas aquellas personas que nos prestaron su colaboración para hacer realidad este trabajo de investigación. Un agradecimiento especial al Doctor Mario Castillo Freyre, por la gran ayuda brindada para la culminación de la presente obra, a los Doctores Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda y Lorenzo Zolezzi Ibarcena por haber depositado su confianza en este trabajo, al señor Enrique Agüero González por su colaboración en la edición del libro y al Doctor Victor Larrea Vilela por su apoyo constante en mis labores académicas.

Queremos agradecer, muy especialmente, a la Doctora Rocío Limas Vásquez, mi esposa, quien con su paciente compañía, su apoyo constante y sus grandes cualidades personales e intelectuales –de las que estoy profundamente enamorado– determinó que su ayuda sea realmente invaluable.

ASPECTOS GENERALES

1.1. Definición de fideicomiso

Siendo el concepto de fideicomiso la consecuencia del esfuerzo por adecuar la dinámica figura del *trust* del Derecho Anglosajón a países de tradición continental europea y de su evolución histórica en el Derecho Romano, la doctrina, sobre todo latinoamericana, ha adoptado distintas definiciones de fideicomiso, obedeciendo todas ellas a las diversas teorías que existen sobre su naturaleza jurídica.

Por ello, para introducirnos en el tema, partiremos de la noción más general de fideicomiso que, según Sergio Rodríguez⁽¹⁾, va ganando terreno entre los estudiosos del tema. Rodríguez define al *fideicomiso* como:

«... el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en favor o beneficio de un tercero...».

1 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Su significación en América Latina, p. 627. FELABAN. Bogotá, 1990.

De esta manera, es posible deducir la existencia de tres elementos personales en esta relación jurídica:

1. EL FIDEICOMITENTE, quien constituye el fideicomiso, transfiere la propiedad de sus bienes, establece las finalidades y objetivos que han de cumplirse con los bienes transferidos y designa al fiduciario.
2. EL FIDUCIARIO, quien adquiere la titularidad de los bienes fideicometidos, pero sólo para los fines que se determinan en el acto constitutivo. La mayoría de las legislaciones latinoamericanas han establecido que sólo podrán ser fiduciarios instituciones bancarias y/o financieras o sociedades fiduciarias autorizadas para ello.
3. EL FIDEICOMISARIO, que puede ser un tercero o el mismo fideicomitente, siendo aquél en cuyo beneficio se estableció el fideicomiso y en quien redundará todo el provecho que se obtenga con la administración del bien objeto del mismo.

1.2. Etimología

Fideicomiso deriva del latín *Fides Commissus*; *Fides* cuyo significado es «fe» y *Commissus* que significa «comisión» o «encargo», por lo que esta palabra sugiere un encargo de confianza o una comisión basada en la fe que merece una persona. Igual sucede con la palabra *Fiducia* (expresión con la cual se conoce la figura en varios países latinoamericanos) que también deriva del vocablo *Fides* que, como dijimos anteriormente, significa —en términos generales— fe, confianza o aquello que depende del crédito que merece una persona.

Fraenkel⁽²⁾, quien ha estudiado el tema desde el plano

2 Citado por JORDANO BAREA, Juan. *El Negocio Fiduciario*, p. 23. J.M^a. Bosch Editor. Barcelona, 1959.

filológico, caracteriza la *fides* genéricamente como la confianza en algo, señalando después concretamente los matices de esta primera idea. Señala como uno de los matices, el hecho de que la *fides* radique en una propiedad moral que, atribuida a una persona, da lugar a la confianza, ya sea por amistad, lealtad, probidad, rectitud de conciencia, etc. Además, presenta como otro caso, la confianza que se puede tener a alguien por sí mismo; en otras palabras, que se confía en una persona haciendo abstracción de sus probables cualidades.

Hay que resaltar que Fraenkel hace referencia expresa a la confianza en la palabra dada por el solo hecho de ser dada, como la posibilidad más característica de la *fides* en su primera y más antigua acepción.

Consideramos importante lo expresado en el párrafo anterior porque en el desarrollo del trabajo nos daremos cuenta que, conforme evoluciona la figura, la confianza en el fideicomiso va mostrando los diversos matices que señala Fraenkel, pues su contenido varía, desde su más antigua acepción en la época romana, hasta aquélla que se sustenta en el prestigio, excelencia y solvencia económica de los bancos.

1.3. Antecedentes históricos

Empezamos el estudio del tema revisando los antecedentes históricos de la figura, porque consideramos que un análisis de este tipo contribuirá a hacernos entender la importancia histórica de la misma y su integración a la dinámica socio-económica que vivimos actualmente.

Nos alienta en este cometido lo expresado por Jorge Basadre⁽³⁾ en su obra «Historia del Derecho Peruano»:

3 BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano, pp. 23-24. Librería Studium, IV Edición. Lima, 1988.

«... el factor histórico en el Derecho, precisa recordar que al contemplar en el pasado sucesiones de culturas, cambios de épocas, transformación de instituciones, recibimos como lección objetiva y formidable, la prueba de la variabilidad de las cosas humanas. No hay, como creyeron los juristas clásicos, arquetipos de Derecho absoluto, invariables y universales. Si el derecho natural existe, su contenido como bien lo dijo Stammler, es variable. La vida jurídica está, por eso, impregnada de un aliento histórico. Pero, por otra parte, esas afirmaciones no deben conducir al fatalismo o al pesimismo. La historia no es siempre un desfile lento y ordenado de acontecimientos y personajes, es creación y destrucción eternas. Una realidad histórica determinada vale solamente en la medida en que es efectiva para su propósito y en que es propósito satisfacer un máximum de demandas humanas. El derecho tiene un fin de estabilidad y por lo tanto, no puede dejar de trabajar con los materiales que el pasado suministra desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista social en general pero tiene al mismo tiempo, un destino dinámico, porque vive sólo en función con la civilización a que pertenece y con las transformaciones que en ella se operan; por lo tanto recibe de ella constantemente un impulso creador».

1.3.1. Derecho Romano

El fideicomiso nació de la necesidad que tuvieron los romanos de escapar de la rigidez de sus leyes, ya sea para que una persona incapaz pueda heredar o transmitir derechos, ya sea para encargar a una persona determinados bienes para algún fin. De esta manera, la confianza se convirtió en absoluta, jugando un papel fundamental en este tipo de relaciones pues, si bien eran realizadas dentro de la ley, el fundamento práctico perseguido por las partes era distinto, por lo que siempre existía la posibilidad de abuso de la persona sobre la cual recaía la confianza.

Posteriormente, la figura fue ganando terreno pero a la vez perdiendo pureza, ya que se establecieron una serie de mecanismos de control a fin de salvaguardar el cumplimiento del encargo. Conforme a ello, la fiducia tuvo su apogeo en la época Clásica, cayendo en desuso en el comercio jurídico con el auge de los llamados contratos reales nominados.

En Roma hubieron tres usos de la fiducia bastante diferenciados:

1. En el régimen de las personas.
2. En el régimen de los bienes.
3. En el régimen de las sucesiones.

1.3.1.1. En el régimen de las personas

Su aplicación se debió al estricto formalismo imperante en la época Clásica del Derecho Romano. Lo que se buscaba era que la voluntad de las personas sea reflejada mediante los pactos de fiducia.

1.3.1.1.1. En la adopción

Se usaba bajo la forma de un pacto y permitía que una persona pudiese tener un heredero y perpetuar la familia. Mediante este pacto de fiducia el hijo pasaba de la potestad del padre natural a la potestad del padre adoptivo. Para hacerlo efectivo se aplicaba lo dispuesto en la Ley de XII Tablas, la misma que establecía que para romper la *autoritas* que ligaba al hijo al padre natural, éste debía emanciparlo por tres veces consecutivas. De esta manera, el hijo pasaba de la *mancipium* del padre natural a la *mancipium* del adoptante.

El hecho de que haya que manumitir al hijo tres veces consecutivas, hacía del pacto de fiducia un elemento fundamental en la adopción, pues el padre natural debía tener la plena confianza

de que el adoptante cumpla con el compromiso de manumitir al hijo inmediatamente después de que éste pasara a su *mancipium*, para poder lograr que la operación pueda repetirse las tres veces que exigía la Ley.

El pacto de fiducia se utilizó en el trámite de adopción hasta la época de Justiniano, etapa en la cual se suprimieron los requisitos formales, perfeccionándose la adopción con la declaración de las partes ante un magistrado.

1.3.1.1.2. En la emancipación

Mediante este mecanismo el jefe de familia perdía la potestad sobre el hijo, convirtiéndolo de *alieni juris* a *sui juris*, sin detrimento de los derechos de tutela y herencia que le correspondían. El procedimiento era muy similar al de la adopción, y por medio de él el padre mancipaba al hijo a favor de un tercero de su entera confianza, llamado *coemptor*, quien se comprometía —a través de un pacto de fiducia— a manumitir al hijo de inmediato. Posteriormente, vendría otra mancipación con su correspondiente manumisión y luego se repetía una vez más. De esta manera, al encontrarse el hijo *in mancipio* el padre procedía a manumitirlo, reservándose el papel de patrono.

Esto permitía al hijo ser *sui juris*, continuar unido a su familia por la cognación, no perder sus derechos de tutela y herencia y tener la posibilidad de poseer un patrimonio propio.

Al igual que en la adopción, el procedimiento se abrevió, durante la época de Justiniano, a una simple declaración ante un magistrado.

1.3.1.1.3. La *coemptio fiduciae cause*

Era un mecanismo utilizado por la mujer que quería liberarse de la tutela de su familia civil. Este mecanismo también era usado en casos en los cuales la mujer, estando en situación de incapacidad, quisiese obtener el derecho de testar.

Consistía en el hecho de que la mujer establecía sobre ella una *manus* temporal en beneficio de un tercero, ya sea el marido, el jefe de familia (si el marido era *alieni juris*) o de cualquier otra persona, con el compromiso de este tercero de manumitirla inmediateamente. De esta manera, se rompía el vínculo de agnación que la ligaba a su familia civil.

1.3.1.2. En el régimen de los bienes: El *pactum fiduciae*

El *Pactum fiduciae* era de gran aplicación entre los romanos y supuso un acuerdo entre vivos, con la obligación de uno de ellos de retransmitir los bienes que había adquirido bajo determinadas circunstancias. Esta figura aparece como una de las más antiguas formas que existieron en el Derecho Romano para asegurar deudas.

Según Bonfante⁽⁴⁾, podía ser definido como «una convención por la cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, asume la obligación de hacer uso de aquélla con un fin determinado y, al menos por regla general, restituirla una vez logrado el fin».

Según Arias Ramos⁽⁵⁾ «es una institución consistente en la transmisión de la propiedad pro *mancipatio*, a cuyo acto se acompaña un convenio por el cual el *accipiens* se comprometía a la devolución de la cosa recibida, o a dar a ésta un cierto destino cuando acaezca una determinada circunstancia que se cita».

García de la Torre⁽⁶⁾, citando al autor José Villagordoa Lozano dice que :

4 Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*, Tomo II, p. 212. Ediar. Buenos Aires, 1975.

5 Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.* Tomo II, p. 212.

6 GARCIA DE LA TORRE, Fernan. *El Fideicomiso en Inversión*, p. 4. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abo-

«la fiducia consistió en la *mancipatio* o forma solemne de transmitir la propiedad, que se hacía con la obligación del «*accipiens*», quien la recibía, de remancipar.

Así las cosas, bien fuera por la «*mancipatio*» o por la «*in jure cessio*», se recibía la propiedad de un bien, obligándose frente al «*tradens*» de retransmitirlo después de que se realizaran determinados fines, al propio «*tradens*», o a una tercera persona».

Hubieron dos modalidades claramente diferenciadas y para señalarlas recurrimos a Gayo⁽⁷⁾, pues su distinción ha soportado el paso del tiempo:

«*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*».

De la cita, como expresa Jordano⁽⁸⁾ se puede inferir lo siguiente:

1. Se contraponen dos especies de fiducia.
2. Estas especies son la *fiducia cum creditore*, que se establecía básicamente en provecho propio y la *fiducia cum amico*, que se concretaba fundamentalmente en provecho ajeno.

Analizaremos cada una de las dos modalidades.

1.3.1.2.1. *Fiducia cum creditore*

Tenía como fin proporcionar una garantía real, siendo llamada por Jörs Kunkel⁽⁹⁾ «enajenación aseguratoria» o «fiducia egoísta». Consistía en que el deudor, al ser requerido por el

gado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, D.E., 1990.

7 Citado por JORDANO BAREA, Juan. Op. cit., P. 19.

8 JORDANO BAREA, Juan. Op. cit., pp. 20-21.

9 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. Tomo II. p. 212.

acreedor para que se le brinde alguna protección por su posible insolvencia, transfería la propiedad de uno o más bienes que formaban parte de su patrimonio, con el compromiso del acreedor de, una vez cumplida la obligación, restituir el bien que le fuera transferido.

Mario Bauche Garcíadiago⁽¹⁰⁾ al definir la figura señala que:

«...el deudor transmitía la propiedad de un objeto como garantía al acreedor con pacto de restituirla llegado el caso convenido, como por ejemplo, la devolución de lo recibido en préstamo. Si el deudor no pagaba la deuda a su debido tiempo, el acreedor tenía el derecho, implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o de venderla».

Sergio Rodríguez⁽¹¹⁾ al respecto manifiesta lo siguiente:

«...La *fiduciae cum creditore* representó la forma de garantía consistente en que el deudor, requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería por *mancipatio* o *injure cessio* la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación».

La figura ofrecía grandes ventajas al acreedor, pues si incumplía el deudor, aquél podía venderlo e incluso mantener la propiedad del bien.

En cambio, el deudor asumía muchos riesgos. Podía suceder que el acreedor transfiriese el bien antes del vencimiento de la deuda. Asimismo, se corría el riesgo de que el acreedor no quisiera devolver el bien una vez satisfecha la obligación. Otro inconveniente que tenía el deudor era el hecho que, al ya no ser propietario del bien, no podía ofrecerlo en garantía para otra obligación.

10 BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario. Operaciones Bancarias, p. 356. Editorial Porrúa, 4a. Edición. Mexico, 1981.

11 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 609.

Algunas veces para salvar la contrariedad por parte del deudor de no poder gozar del disfrute de la cosa, se dejaba el bien mancipado a título de precario o en arrendamiento.

Posteriormente, en el Derecho Romano fueron apareciendo medidas de protección para las partes, y —muy especialmente— para aquel que transfería su propiedad. De esta manera, podemos encontrar dos medidas de protección:

1. La *Actio fiduciae*, que consistía en una acción directa en defensa del deudor y contraria en favor del acreedor, La acción directa se presentaba ante la aparición de dos supuestos. Uno de ellos era la enajenación por parte del acreedor del bien o de los bienes recibidos, antes de que venza el plazo de la obligación principal. Otro de los supuestos fue la enajenación del bien por parte del acreedor una vez vencido el plazo sin haberse incumplido la obligación.

En ambos casos se buscaba lograr la indemnización o devolución de los valores recibidos por el acreedor.

2. La acción en favor del deudor, mediante la cual podía exigir la devolución de la diferencia entre la venta del bien realizada por el acreedor para satisfacer la obligación principal y el monto de esta obligación.

Como podemos ver, si bien esta figura tuvo una apreciable importancia antes de la aparición de los contratos de garantía real, tuvo dos también desventajas, tales como:

1. Si el acreedor, violando la confianza depositada en él, transfería el bien a un tercero, el deudor sólo tenía una acción personal contra su acreedor, haciendo imposible recuperar el bien al carecer de una acción real que lo proteja.
2. El deudor, si bien podía poseer los bienes a título precario o en arrendamiento, el acreedor, como propietario de los bie-

nes, tenía la posibilidad de exigir la devolución del mismo en cualquier momento.

1.3.1.2.2. *Fiduciae cum amico*

Este tipo de fiducia ha sido denominada «altruísta», pues, a diferencia de la *fiduciae cum creditore*, que servía para garantizar una deuda protegiendo al fiduciario, la fiducia *cum amico* protegía al fiduciante. De esta manera, una persona recibía un bien para usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su provecho con todas las facultades inherentes al propietario, con la carga de ser devuelto al antiguo propietario por el *pactum fiduciae*, una vez vencido un plazo o haberse presentado la condición.

La *fiduciae cum amico* permitía numerosos usos ; por eso a esta figura la encontramos siendo utilizada en depósito, comodato, administración general, mandato, arrendamiento, manumisión, donaciones *mortis causa*, donaciones por persona interpuesta, entre otras aplicaciones.

Esta fiducia no estaba encaminada a proteger al fiduciario, como sucedía en la figura anterior, sino más bien al fiduciante. De esta manera, una persona recibía un bien para usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su provecho con todas las facultades inherentes al propietario, con la carga de ser devuelto al antiguo propietario por el *pactum fiduciae*, una vez vencido un plazo o haberse cumplido una condición.

Generalmente se presentaba cuando una persona, al salir de viaje por un largo tiempo, transfería la propiedad de un bien a otra persona de su entera confianza, para que gozara de las más amplias potestades para proteger de una manera eficaz el bien, despreocupándose de aquél durante su ausencia.

Para Claret y Marti⁽¹²⁾ el *trust* inglés «partió en sus más remo-

12 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 356.

tos orígenes de la «*fiducia cum amico*» del Derecho Romano, que se daba cuando alguno en tiempos de peligro vendía su inmueble a un amigo, más poderoso, para que éste se lo devolviera cuando el peligro hubiese pasado. De ella brotó el «*use*» originado por el deseo de hacer escapar de un peligro una tierra o una carga, considerándose como peligro las cargas feudales, las confiscaciones por represalia durante las Guerras de las Dos Rosas y las leyes dictadas contra las manos muertas. Del «*use*» se llegó a la admirable institución jurídica que es el Trust actual».

1.3.1.3. En el régimen de las sucesiones: El *fideicommissum*:

Los fideicomisos testamentarios tienen su origen en las múltiples incapacidades que existían en el Derecho Romano, tanto para testar⁽¹³⁾, como para heredar, y en la necesidad de los testadores de eludir estas incapacidades para imponer su última voluntad.

Entre los incapacitados para heredar se encontraban los *peregrinus* (extranjeros ciudadanos de otra ciudad pero residentes en Roma), los *caelibes* (solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar), los *orbe* (casados sin hijos legítimos vivos o concebidos). Como consecuencia de ello, estos incapacitados para heredar carecían de la *testamenti factio pasiva* (capacidad para poder ser considerado heredero)⁽¹⁴⁾ o del *ius capiendi* (derecho para poder beneficiarse aceptando una herencia o legado).

Para Octavio Hernández⁽¹⁵⁾, el mecanismo del *fideicommissum*

13 Ulpiano definía al testamento como la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecho solemnemente para hacerla válida después de la muerte.

14 También existía la *testamenti factio activa* (capacidad para poder testar), y entre las incapacidades de testar que existían, encontramos las impuestas por la *Lex Falcidia*, según la cual el testador sólo podía disponer de las tres cuartas partes de sus bienes para legar, estableciendo un derecho de retención para el heredero de la cuarta parte restante, a la que se le denominaba *cuarta falcidia*.

15 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., pp. 359-360.

consistía en que si un ciudadano deseaba que heredase otra persona, pero estaba inmerso en una de las limitaciones señaladas anteriormente, cedía sus bienes en su testamento a otra persona de su confianza que sí tuviese capacidad de heredar, a quien le rogaba que los utilizara en provecho del heredero incapaz. Jurídicamente el heredero aparente u hombre de confianza se convertía en propietario de los bienes heredados y sólo en conciencia quedaba obligado a cumplir el encargo del testador.

En consecuencia, para este autor, el *fideicommissum* es liberalidad por causa de muerte «y que surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte o la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (*fideicomisarius*), cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso (*fiduciarus*)»⁽¹⁶⁾.

Para Sergio Rodríguez⁽¹⁷⁾ el *Fideicommissum* consistía en que «una persona transfería a otra, por vía testamentaria uno o más bienes con el objeto de que ésta, figurando externamente como propietario, los empleara en beneficio de terceras a las cuales, más adelante, si ello era posible, debían serle transmitidos los bienes».

Las palabras utilizadas comúnmente para graficar el encargo eran *rogo* o *fideicomito*, constituyéndose el fideicomitente como la persona que realizaba la herencia, el fiduciario como la persona sobre la cual recaía la herencia o legado y el fideicomisario como aquel que se constituía en el tercero beneficiario del fideicomiso.

Como vemos, en su origen el *fideicommissum* estaba basado puramente en la confianza depositada en el fiduciario, ya que

16 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 359.

17 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 608.

éste, al ser legítimo propietario para todos los efectos, podía abusar de su posición y disponer de los bienes a su mejor parecer. Es por ello que en un inicio el fideicomiso se realizaba *verbis precativis* teniendo libertad de forma.

De esta manera, al descansar el fideicomiso en la *bona fides* y conciencia del heredero, y al ser desplazada la buena reputación por el valor del dinero, los encargos comenzaron a incumplirse. La opinión general comenzó a presionar por el cumplimiento de los fideicomisos. Esto obligó a que se vaya restando pureza al encargo, y es así como el emperador Augusto encarga a sus cónsules la vigilancia del cumplimiento de los fideicomisos. Posteriormente, en la época el emperador Claudio, se nombran dos pretores especiales, *praetor fideicommissarius*, quienes tuvieron jurisdicción para ejecutar fielmente los fideicomisos testamentarios.

Al pasar al plano del derecho y dejando de lado el plano moral, los fideicomisos fueron objeto de muchas restricciones. Así aparecen numerosos senado-consultos, entre los que destaca el senado-consulta Treveliano, con el cual se concedía al fideicomisario derechos y acciones sobre los bienes materia del fideicomiso, pero también las cargas propias que conllevaban estos derechos y acciones, con lo cual se sustraía al fiduciario de las posibles persecuciones de los acreedores de la sucesión. Importante también fue el senado-consulta Pegasiano, con el cual se otorgó al fiduciario el derecho de retener una cuarta parte del fideicomiso, como una manera de extender la *Lex Falcidia*, haciendo que el encargo dejase de ser gratuito para ser remunerado.

Existían diversas formas de *fideicommissum*, entre las que encontramos la pura y simple, que es la que hemos venido detallando; o la sujeta a un término resolutorio o condición, mencionando a título de ejemplo el supuesto en el cual el fiduciario no tenía por qué entregar el bien, sino que mediaba un intervalo de propiedad fiduciaria, estando este intervalo limitado por un término resolutorio o por una condición.

Otra forma fue la gradual, conocida por la doctrina como la sustitución fideicomisaria, con la cual la transferencia se hacía con el encargo para el fideicomisario o beneficiario de retransmitir los bienes en la misma forma, y así sucesivamente. En otras palabras, el fideicomitente originario determinaba con antelación al fideicomisario del fideicomisario. Se utilizaba para que los bienes se mantuviesen vinculados a una sola familia por generaciones. La figura fue limitada en la época de Justiniano al establecerse que este derecho del testador podía hacerse valer sólo hasta por cuatro generaciones.

1.3.2. Derecho Germánico

La doctrina alemana ha buscado el fundamento de la figura partiendo de la institución del *Salmann* del antiguo derecho germánico.

La fiducia germánica era muy similar en su fundamento, función y propósito a la establecida en el derecho romano. La diferencia radicaba en que, mientras en la fiducia romana el fiduciario recibía la titularidad plena y definitiva desde el punto de vista real, sólo limitado por el *pactum fiduciae* de efectos personales; en la fiducia germánica, el fiduciario recibía un derecho real limitado, al estar condicionado al uso determinado por el otorgante de la fiducia. En consecuencia, si el fiduciario se alejaba de lo establecido por el fiduciante, significaba la ineficacia real del acto, pudiendo realizar la reivindicación del bien, aunque existiese la posibilidad de algún perjuicio a terceros.

Es así como Juan Jordano⁽¹⁸⁾ expresa que «En la fiducia de tipo germánico, por al contrario, el *Treuha*»nder (fiduciario) adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, provocando *ipso iure* el retorno de la cosa al

18 JORDANO BAREA, Juan. Op. cit., p. 27.

fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente».

1.3.3. Derecho Medieval

En la Edad Media, antes de la caída del Imperio Romano del Occidente, comenzó a regir el sistema feudal, cuya base social y fundamento económico estaba íntimamente ligado con la propiedad de la tierra.

Como dijimos, la base de la organización social radicaba en el feudo y, consecuentemente, al ser el señor feudal propietario del mismo, le permitía proporcionar a los reyes los hombres y las armas necesarios para la realización de las guerras que se emprendían durante esta época.

Esa situación hacía que este poder feudal sea un contrapeso al poder real. Es por ello que, para mantener su posición, el señor feudal buscaba conservar sus propiedades y que se perpetúen en su descendencia. En función de ello, a fin de no disminuir su influencia entre sus vasallos ni debilitar su poder ante el monarca, los señores feudales no dividían equitativamente sus bienes entre sus hijos, sino que los dejaba en herencia a uno de ellos (el primogénito) con la obligación de este último de hacer lo mismo con su primogénito.

De esta manera, aparece el *mayorazgo*, que es definido por Octavio Hernández⁽¹⁹⁾ como una «institución jurídica en cuya virtud el primogénito (*mayor natu*) tiene derecho de suceder en los bienes del progenitor, con la CONDICION de heredar bajo la misma condición a su progenitor.

Aquí vemos algo muy importante y que convierte al mayorazgo como un antecedente histórico del fideicomiso, y es el

19 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 361.

hecho de que el primogénito al recibir el bien, lo hace para *destinarlo a un fin determinado*, conservarlos y transmitirlos a su primogénito.

Como hace notar el mismo Hernández⁽²⁰⁾, la propiedad recibida en mayorazgo es relativa y limitada, pero esto también significó para Bojalil⁽²¹⁾ la vinculación de bienes y patrimonio a una sola familia, al establecerse un orden de sucesión por tiempo indefinido, pues en esta época no existían límites al derecho del fundador de la cadena de sucesiones.

Esta figura desapareció con la aparición de las ideas liberales, pues quienes las profesaban atacaron la figura por no permitir la libre comercialización de los bienes y la movilización de capitales. Es así como las sustituciones fideicomisarias fueron abolidas en Francia en 1,792 y tras una breve vigencia durante la época Napoleónica, fue definitivamente abolida en 1,849. España, en los años 1,820 y 1,830 suprime los mayorazgos y restituye sus bienes a las clases libres.

Mario Bauche⁽²²⁾ recuerda las diversas clases de mayorazgo que se presentaron en aquella época:

«*Mayorazgo de agnación artificial*, artificiosa o fingida, es aquel en que, llamando el fundador a la sucesión varones de varones, establece que si no tiene agnación propia o si se rompe en el transcurso del tiempo, entre a suceder un cognado (pariente por consanguinidad) o una hembra, o un extraño, y de allí en adelante se sucede de varón en varón, con exclusión de las hembras y de sus líneas, como si se tratara de agnación rigurosa.

Mayorazgo de agnación rigurosa o verdadera, llamado

20 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 361.

21 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 361.

22 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., página 362.

también de masculinidad pura, es aquel en que suceden sólo los consanguíneos varones parientes del fundador, lo mismo agnados que cognados, ya procedan de varones o de hembras.

Mayorazgo alternativo es aquel en que sucede el hijo primogénito, después el segundo, y así sucesivamente, alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, o a defecto de éste, de la del tercero, o sea, cuando se llaman a la sucesión alternando las líneas.

Mayorazgo electivo es aquel en que el último poseedor tiene la facultad para señalar la persona que, entre los parientes del fundador, haya de sucederle.

Mayorazgo de masculinidad es aquel que sólo admite a los varones, ya sean descendientes de varón o de hembra.

Mayorazgo regular, que fue el típico de Castilla y es en el que se suceden prefiriendo el varón a la hembra, y el mayor al menor en cada línea.»

1.3.4. Derecho Inglés

El derecho inglés ha contribuido grandemente al desarrollo del fideicomiso tal cual lo conocemos actualmente. Es más, el fideicomiso responde a la necesidad de trasladar la rica figura del *trust* anglosajón a aquellos esquemas jurídicos basados en el derecho constitucional europeo.

El *trust* en el derecho anglosajón tuvo en el «use» el antecedente histórico que lo forjó. La palabra «use», señala Maitland⁽²³⁾, deriva del latín *opus* (a pesar de que pudiera pensarse que

23 Citado por IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. La Fiducia en el Derecho Colombiano, Página 28. Tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá D.E., 1981.

deviene del latín *usus*), pues en documentos jurídicos lombardos y francos de los siglos VII y VIII, se halla, en latín vulgar, la acepción *ad opus* cuyo significado era «en su representación». *Ad opus* se encuentra en el francés arcaico como «*al oes*» o «*ves*», cuya pronunciación inglesa se confunde con «*use*».

Se han instituido diversas teorías sobre el origen del «*use*», tomándose al derecho romano⁽²⁴⁾, al derecho germánico⁽²⁵⁾ e inclusive al mismo derecho inglés⁽²⁶⁾ como su fuente. En lo que al parecer hay coincidencia, y tal como se mencionó anteriormente, es que el «*use*» surgió de la necesidad de hacer escapar algunos bienes de las cargas feudales, las confiscaciones por represalias por la guerra de las Dos Rosas y las leyes de las manos muertas. Este «*use*» consistía, en términos generales, en el hecho de que una persona transfería la propiedad de uno o más bienes a favor de un tercero, con la obligación de conciencia de éste de actuar en favor del que transfería la propiedad o de otra persona.

Como vimos, en el derecho romano y en el derecho germánico, también el «*use*» se basa en la confianza depositada en la persona sobre la cual se realizaba la transferencia del bien y en la desproporción existente entre la figura jurídica utilizada y el efecto económico deseado por las partes. Esto se ve, al encontrar facultades jurídicas excesivas al momento de realizar el acto, facultades que no guardan armonía con la finalidad práctica buscada por las partes.

De esta manera, mediante el «*use*», el propietario, quien era aquel que lo constituía y que llevaba el nombre de «*feoffor to use*» o «*settlor*», transmitía la propiedad de un bien, trasladando el dominio del mismo a otra persona denominada «*feoffee to*

24 Bacon, Keeton, Blackstone, Perry, Claret y Marti, entre otros.

25 Holmes es uno de los que defienden esta posición.

26 Maitland tiene una posición autóctona.

use», pactando entre ellos que, aunque para efectos legales el propietario del bien era este último, el derecho de goce y disfrute del bien pertenecieran a un beneficiario llamado «*cestui que use*».

Es así como se produjo la existencia de un doble dominio, el legal: que recaía sobre el «*feoffe to use*», y el beneficioso, que recaía sobre el «*cestui que use*».

El «*use*» encontró su apogeo con el Estatuto de las Manos Muertas o *Statute of Mortmain* con lo cual se prohibió a las comunidades religiosas adquirir y poseer bienes inmuebles. Motivó la medida, el hecho que, siendo propietarios de amplias extensiones de terreno, estas comunidades religiosas no tenían gravamen alguno, ni personal (tales como servir en el ejército feudal) ni económico (impuestos que debían pagarse al señor feudal), por la naturaleza de su condición y el carácter de las actividades que realizaban. Esto generó que argumentándose que las tierras de las comunidades religiosas no cumplían con la finalidad que le era propia, se estableciera la norma mencionada.

Es así como, con el ánimo de escapar a lo dispuesto por el Estatuto de las Manos Muertas, los religiosos transferían a un tercero o adquirirían mediante él, la propiedad de un inmueble, el cual estaría dedicado para el uso, goce, disfrute y beneficio de la comunidad religiosa, existiendo una obligación de conciencia del tercero con la congregación. Posteriormente, esta figura sería utilizada por particulares en las transmisiones testamentarias prohibidas en aquella época y en fraude a los acreedores.

Hay que agregar que, a diferencia de lo sucedido en las figuras estudiadas, tanto en el derecho romano como en el germánico, el «*use*» se propagó con la finalidad contraria a la ley. Luego, al hacerse esta figura normal en Inglaterra, el Estado buscó regularla para evitar que el «*use*» se utilice abiertamente en contra del orden público.

Para entender mejor la evolución que tuvo el «use» para llegar a la plena realización del *trust*, es necesario hacer algunas precisiones sobre el desarrollo histórico del derecho inglés.

En este orden de ideas, es importante indicar que, cuando se consolida la conquista normanda, se produce en Inglaterra un proceso de unificación de leyes y costumbres locales, dando lugar a un derecho común, conocido con el nombre de «*Common Law*», creándose, de esta manera, los Tribunales del Derecho Común.

Estas normas de derecho común trajeron algunos resultados injustos por falta de concordancia entre el hecho que se presentaba y el principio aplicado a este hecho. Ante estas injusticias, el Canciller, escapándose de las normas del *Common Law*, aplicaba otras basadas en la equidad, conformándose lo que conocemos con el nombre de «*Equity Law*» o derecho de equidad.

Durante el reinado de Enrique V (1413-1422) se creó el Tribunal de Cancillería, dándose reconocimiento a la *Equity Jurisdiction*. Desde el reinado de Enrique VII, esta jurisdicción, logró su máximo desarrollo.

Las dos jurisdicciones mencionadas existieron de manera paralela durante mucho tiempo. Es así como las personas tomaban indistintamente normas del *Common Law* o del *Equity Law* para lograr sus pretensiones, acudiendo a las acciones legales (*Action in Law*) o a los procedimientos de equidad (*Proceeding in Equity*), según se apoyaran en uno u otro derecho. En 1,873 se fusionaron ambas jurisdicciones, pero sus principios se mantuvieron autónomos, respetando la fuente que los inspiró.

Diversos autores⁽²⁷⁾ muestran cuatro etapas en la evolución de la figura, hasta llegar al *trust* inglés tal como lo conocemos ac-

27 Rodríguez, Batiza, Bernate, Bacon y Scott, entre otros.

tualmente. De esta manera, Sergio Rodríguez⁽²⁸⁾ señala las siguientes etapas:

«a) *De la aparición de los «uses» hasta principios del Siglo XV.* Aun cuando en esta época no gozaron de protección legal, sí se dictaron algunas leyes para evitar las transmisiones en fraude de acreedores (1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (1377).

b) *De principios del Siglo XV a la promulgación de la Ley de Uses.* Los «uses» dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en derecho indiscutible, recibiendo la protección de la Cancillería como el derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte. Por tanto, aún cuando los tribunales del Common Law no reconocían derecho alguno al «cestui que use», el Canciller basado en los principios de la «equity», que ya vimos, protegió su posición en forma eficaz.

c) *De la Ley de Usos (Siglo XVI) a fines del Siglo XVIII.* El «Statute of Uses» de 1535 resultante del rechazo de quienes justa o injustamente se sentían lesionados con la situación, reputó al «cestui que use» en adelante como verdadero dueño sin privarlo sin embargo, de la protección de la «equity». Con el correr del tiempo se hicieron sutiles distinciones que sustrajeron parte de los «uses» al control de la ley, siendo reconocidos por el Tribunal de Cancillería y recibiendo el nombre de trust.

d) *De fines del Siglo XVIII a la época contemporánea.* La institución se desarrollo rápidamente. La Ley sobre Organización Judicial de 1873 estableció que en los casos de conflicto entre las normas del Derecho Común y las

28 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 612.

de Equidad, prevalecían éstas y aun cuando en la actualidad los dos sistemas se han fusionado, los problemas del trust son conocidos por una Sala Especial de la Corte de Justicia.»

En esta forma, con la aparición el *trust*, el «*settlor*» continuó denominándose así, pero el «*feoffee to use*» comenzó a denominarse «*trustee*» y el «*cestui que use*» empezó a conocerse como «*cestui que trust*».

1.4. El fideicomiso en el contexto jurídico actual

1.4.1. Derecho Mercantil

El comercio, desde un punto de vista amplio y económico, tiene por objeto el intercambio de bienes y servicios entre las personas y está destinado a la satisfacción de sus necesidades.

El comercio tendrá un doble aspecto :

- **Objetivo** : que consiste en la realización de los actos de mediación.
- **Subjetivo** : que consiste en el ánimo de lucro que persigue quien realiza dichos actos.

El derecho mercantil, por tanto, será aquel que tiene como centro de atención al comercio, y muy especialmente a la empresa, considerando no sólo su forma de organización sino también su campo de acción⁽²⁹⁾.

La empresa está organizada para realizar los actos de comercio en forma masiva y de ejecutarlos de manera organizada y típica, con un sentido profesional y de manera habitual y deliberada.

29 Esta posición está fundada en la Teoría del Derecho Mercantil como derecho de las empresas, teniendo como iniciador de esta concepción a Wieland y como seguidores a Gordon y Mossa

Entonces, el Derecho Mercantil regulará lo referente a la calidad jurídica de las empresas, su configuración y relaciones internas, la práctica mercantil, su desarrollo económico, etc.

Como fuentes del Derecho Mercantil encontramos a la Ley Mercantil ocupando ésta el primer lugar en la jerarquía. Otra fuente son los usos y costumbres comerciales, los cuales fueron la primera fuente en las primeras etapas de este derecho, ocupando actualmente un lugar inferior al de la ley. Ulises Montoya Manfredi⁽³⁰⁾ dice al respecto que:

«... la voluntad del Estado expresada en la ley y los usos y costumbres, o sea, las prácticas consuetudinarias como la expresión de la conciencia social no mencionada por el legislador, son las fuentes indiscutidas de esta disciplina».

1.4.2. Derecho Bancario

Al establecer un concepto de lo que es el Derecho Bancario, en función del sujeto actor, Garrigues⁽³¹⁾ nos dice de él que es:

«... el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la actividad de los Bancos. Esta actividad tiene un sujeto actor y, desde un punto de vista jurídico, consiste en el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos mediante la conclusión de contratos» (el subrayado es nuestro).

Hay que agregar que dentro del Derecho Bancario podemos distinguir que existen tanto normas que afectan la institución bancaria, es decir, a los Bancos como sujetos de la actividad ban-

30 MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial, Tomo I, p. 52. Cultural Cuzco. Lima, 1986.

31 GARRIGUES, Joaquín. Contratos Bancarios. p.1. Imprenta Aguirre, 2a. edición. Madrid, 1975.

caria, así como normas que afectan la actividad misma que desarrollan los Bancos.

Las primeras normas están enmarcadas dentro del ámbito del Derecho Público, correspondiendo a ellas regular sobre el concepto legal de Banco y el ejercicio de la profesión de banquero, entre las que encontramos al conjunto de normas técnicas de orden contable de las empresas bancarias o las relativas a las normas económicas que van a ser aplicadas en este campo.

Y es que el Estado tiene especial interés en regular sobre el ejercicio de esta profesión, porque necesita brindar a los clientes de los Bancos las garantías necesarias para crear un ambiente de seguridad jurídica y económica (p. ej. limitación del uso de la denominación de Banco, fijación del porcentaje en el uso del dinero o encaje bancario, obligatoriedad de asumir determinada personería jurídica, supervisión estatal, etc.), por la enorme expansión de los Bancos en la vida contemporánea y por la función económico-social que cumplen en los Estados Modernos como intermediarios financieros.

Respecto de las normas que afectan la actividad que desarrollan los Bancos, éstas estarán circunscritas al Derecho Privado y serán las referidas a las operaciones bancarias, las que conciernen al mecanismo y a la especialización profesional, así como las que establecen normas jurídicas relativas a la materia bancaria.

1.4.3. El Derecho Bancario como parte del Derecho Mercantil

El Derecho Bancario no es un derecho particularmente excepcional, pues es considerado por gran parte de la doctrina como una faceta del Derecho Mercantil, al no contradecir la regulación bancaria las normas generales del Derecho Mercantil.

Creemos que la relación que existe entre el Derecho Bancario y el Derecho Mercantil es de especie a género, pues científica-

mente ambos responden a los mismos principios generales y se les aplican los mismos métodos de estudio, más el Derecho Bancario no tiene la amplitud ni complejidad de las cuales sí responde el Derecho Mercantil.

En consecuencia, como bien señala Joaquín Rodríguez⁽³²⁾, estamos ante la existencia «...de un amplio apartado, en el conjunto sistemático del Derecho Civil del Derecho Mercantil».

El mencionado autor, al dar una definición de lo que es Derecho Bancario, es contundente al decir que:

«... el derecho bancario no es más que una faceta del derecho mercantil y si éste es el derecho de los actos en masa realizados por empresas, llegaremos a la conclusión que de el derecho bancario es el derecho de las empresas bancarias que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito»⁽³³⁾.

A pesar de ello,

«...el hecho de formar parte del Derecho Mercantil no impide reconocer cierta autonomía doctrinal y didáctica del Derecho Contractual Bancario (...) un tratamiento autónomo del Derecho Bancario se justifica no sólo por la conveniencia de una mejor sistematización de la materia sino también, y principalmente, por la necesidad de estudiar las singulares características técnicas de este derecho, que dan lugar a la creación de nuevos tipos de relaciones y de negocios jurídicos, de combinaciones contractuales nuevas que exigen un tratamiento jurídico diverso del tradicional recogido en los Códigos de Comercio»⁽³⁴⁾.

32 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario, pp. 2-5. Editorial Porrúa. Mexico 1945.

33 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit, p. 7.

34 GARRIGUES, Joaquín. Op cit, p. 7.

Es por eso que el Derecho Bancario necesita un derecho actuante y eficaz, por tener mayores y rápidas innovaciones que comprometen actualmente muchas relaciones jurídicas y mucha gente en los actos en masa que se realizan a diario dentro de nuestra sociedad. Entonces, el Derecho Bancario no podrá ser regido sólo por el Derecho Tradicional recogido en nuestros códigos y leyes, pues la realidad sobrepasaría a la ley, convirtiéndose ésta en parálisis de nuestra vida contemporánea.

Por esta razón el Derecho Bancario se constituye en un Derecho particularmente especial del Derecho Mercantil, al tener una configuración particular de las normas generales, pues:

«... si el dato de la contratación en masa y el empleo de los mecanismos jurídicos asimila el Derecho Bancario al Derecho Mercantil, en cambio los separa la nota de la objetivación o despersonalización de las personas jurídicas que es propia del Derecho Mercantil en general, y que no se manifiesta en el mismo grado en el Derecho Bancario, en razón a que este Derecho está fundado sobre el crédito y el crédito dice siempre relación con una persona concreta y determinada»^{(35) (36)}.

1.4.4. Materia Bancaria

Otra definición de lo que podemos entender por Derecho Bancario es aquella que está en función de la materia bancaria; así, Joaquín Rodríguez⁽³⁷⁾ dice que «ese conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria es lo que vamos a llamar derecho bancario».

El referido autor entiende que «la materia bancaria, como toda otra actividad social, supone sujetos, relaciones, objetos,

35 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit, pp. 8-9.

36 Joaquin Garrigues denomina mecanismos jurídicos a los contratos tipo.

37 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. cit, p. 2.

términos sin los cuales sería inconcebible. Por eso puede decirse con Biase que:

«...el complejo de las personas, de las cosas y de los negocios por mucho de las que se efectúan las operaciones de banca, es llamada materia bancaria»⁽³⁸⁾.

De esta manera, tendremos en la actividad bancaria:

- *SUJETOS*: Son las instituciones bancarias y financieras, entendiéndose como tales aquellas que se dedican profesional y principalmente a la realización de operaciones de crédito, teniendo para ello una organización específica así como a los clientes que acceden a sus servicios.
- *OPERACIONES BANCARIAS*: Son las operaciones típicas que realizan los Bancos y son aquellas relaciones jurídicas realizadas por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional.
- *OBJETO BANCARIO*: Constituyen el objeto de aquellas operaciones y que dependerán del negocio específico que realizan con sus clientes.

1.4.5. El banco - Intermediación Financiera

Messineo⁽³⁹⁾ define al Banco como:

«...aquella entidad que se dedica profesionalmente, o sea, en calidad de empresario, al ejercicio de las operaciones (o negocios) de crédito y como tal tiene una específica organización». (el subrayado es nuestro)

Otra definición que complementa la anterior es la de Raymond P. Kent⁽⁴⁰⁾, quien dice que el Banco:

38 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. cit.

39 Citado por BAUCHE GARCADIAGO, Mario. Op. cit., p. 33.

40 Citado por BAUCHE GARCADIAGO, Mario. Op. cit., p. 31.

«...es una institución cuyas principales operaciones conciernen a la acumulación de dinero temporalmente ocioso del público en general con el propósito de entregarlo a otros para ser gastado».

Para acercarnos a una definición más exacta hay que analizar la función que cumplen los Bancos actualmente en el sistema económico de la vida moderna.

Garrigues⁽⁴¹⁾ expresa que:

«...los bancos, (...) pueden actuar de un doble modo: como puros mediadores, aproximando a los contratantes (mediación de crédito directo) o realizando una doble operación que consiste en tomar dinero a crédito para darlo después a crédito (mediación en el crédito indirecto). De estas dos formas de mediación en el crédito, la última es la característica de los bancos en la actualidad y representa la fase última de la evolución histórica de la actividad bancaria».

Esta es la función social que cumple la banca actualmente y es lo que la doctrina ha venido en llamar *intermediación financiera*, que no es otra cosa que:

«... actuar como intermediarios en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones a favor de quienes necesitan el auxilio del capital para producir»⁽⁴²⁾.

De esta manera, la existencia de los Bancos asegura que el mercado del crédito tenga un desarrollo ordenado y rápido. Esta labor hace impensable una economía con ausencia de esta insti-

41 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit, p. 32.

42 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 34.

tución, ya que su inexistencia volvería la oferta y demanda del crédito inestable, caótica e insegura.

Por ello, preferimos la definición de Scordino⁽⁴³⁾, quien manifiesta que:

«... la banca moderna considerada en su forma más elemental y esquemática, se presenta como la empresa mediadora del crédito, o sea, como el organismo en el cual concentran de una parte la oferta y de la otra la demanda del dinero, permitiendo así al mercado del crédito funcionar sin que los ahorradores y los operadores industriales y comerciales se encuentren jamás efectivamente. Esta actividad de intermediación, desde el punto de vista técnico jurídico, caracteriza de modo decisivo, aunque no exclusivo, la banca moderna».

1.4.6. Operación Bancaria

1.4.6.1. Concepto

Acudiremos a la definición de Joaquín Rodríguez⁽⁴⁴⁾, quien refiere que la *operación bancaria* «... es una operación de crédito realizada por una empresa bancaria, es decir en masa y con carácter profesional».

La primera frase de esta definición estaría de cierta manera cerrando un círculo, pues se está afirmando con ello que no existiría operación bancaria si no hay una empresa bancaria y viceversa.

Lo cierto es que si bien puede parecer simplista esta afirmación, ella es el producto de la imperiosa necesidad de utilizar un criterio subjetivo y reconocer la presencia de un Banco en cualquier operación bancaria.

43 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 33.

44 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. cit, p. 19.

Esto, porque la mayoría de relaciones jurídicas que realiza el Banco con sus clientes pueden también efectuarse entre particulares; sin embargo, el carácter diferencial de las operaciones bancarias no lo encontramos en la naturaleza jurídica de estas relaciones, sino más bien en la realización en masa de dichas relaciones, que suponen además que se efectúan profesionalmente.

Garrigues⁽⁴⁵⁾ dice al respecto que al hacer de la repetición de dichos actos jurídicos una industria especial, invocando la idea de una organización adecuada, es lo que diferencia estos actos de aquellos mismos actos que pudieran realizar los particulares.

Hay que agregar que, principalmente, las operaciones bancarias suponen la concreción de una operación de crédito, basado en la captación y colocación de recursos por parte de la entidad financiera. De esta manera, el negocio del Banco consistirá en la diferencia existente entre el interés que paga al captar recursos de sus clientes y el interés que cobra al colocarlos.

«...De lo anterior surge que, en principio, las operaciones bancarias son o implican la realización de una operación o mejor, de un negocio de crédito caracterizado por ser una transmisión actual de la propiedad sobre una cosa, de una persona a otra, con cargo para esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente en especie y cantidad (...) En todo caso, lo que sí puede sostenerse es que el negocio o la operación de crédito se caracterizan por la existencia de un desfase en el tiempo, entre el momento de recibir la propiedad del dinero, en nuestro caso, y aquél en el cual es necesario restituir una cantidad equivalente. En esta forma, podremos decir que existe una operación bancaria siempre que la transmisión de propiedad se produzca, tanto en el caso que el banco la reciba de uno de sus clientes, como en el supuesto que el banco la transfiera

45 GARRIGUES, Joaquín, Op. cit, pp. 10-13.

a uno de sus clientes. Es decir, que sobre este supuesto el banco se encuentra en una permanente y doble posición dentro de los negocios de crédito, resultante de su función intermediadora; realiza negocios de crédito para captar recursos y hace lo propio, en seguida, para colocarlos»⁽⁴⁶⁾.

Pero, si bien las operaciones bancarias están circunscritas principalmente a las operaciones de crédito, existen otro tipo de operaciones en las que el Banco pone a disposición de sus clientes su organización y profesionalismo para prestarle ayuda en una amplia gama de servicios que van desde actividades de gestión de negocios hasta los de pago de recibos de luz eléctrica. El negocio del Banco en estas operaciones será la retribución recibida por el servicio prestado.

1.4.6.2. Clasificación tradicional

Esta clasificación, seguida por la gran mayoría de autores, está basada en la función que cumple actualmente la banca dentro de nuestra sociedad: *la intermediación en el crédito*.

De esta manera, en virtud de esta actividad, propia de la banca, las operaciones bancarias pueden ser de dos tipos: aquéllas producto de la intermediación en el crédito, cuales son las operaciones activas y las operaciones pasivas; respondiendo estas últimas al flujo de capitales que reciben las instituciones de crédito, mientras que las primeras responden a la distribución de dichos capitales para convertirlos en fuente de riqueza.

El segundo tipo de operaciones bancarias está constituido por aquellas operaciones que no son producto de la intermediación financiera sino que consisten en la prestación de servicios al público, y que si bien son de gran importancia en la práctica, sólo desarrollan una función complementaria. Estas operacio-

46 RODRIGUEZ, Sergio, pp. 110-111.

nes son denominadas por gran parte de la doctrina como *operaciones neutras*.

La misma clasificación sirve también para apreciar estas operaciones desde el punto de vista de la concesión del crédito; de esta manera, serán operaciones activas aquellas en las cuales es el Banco quien concede el crédito y serán operaciones pasivas aquellas en las cuales es el cliente el que concede el crédito al Banco. Asimismo se constituirán en operaciones neutras aquellas en las que no se constituya ninguna concesión de crédito, ni por el Banco ni por sus clientes.

En este sentido, analizado el punto de visto económico, la utilidad del Banco consiste en la diferencia existente entre el interés que paga en la operación pasiva y el interés que cobra en la operación activa. Hay que hacer notar que el interés que cobra en la operación activa siempre es mucho mayor que el interés que paga en las operaciones pasivas.

Las denominaciones de activas, pasivas y neutras tienen un origen contable. Así, mediante las operaciones activas, el Banco se constituye en acreedor de sus clientes al otorgarles créditos, registrándose en asientos del *haber* y en las partidas del activo del balance contable; mediante las operaciones pasivas, el Banco se constituye en deudor de sus clientes al recibir su dinero en depósitos, por lo que se registrarán en asientos del *debe* y en las partidas del pasivo del balance contable. Las operaciones neutras serán registradas en el estado de ganancias y pérdidas de los bancos.

Esta clasificación ha generado ciertas críticas, pues el término contradice la conducta que tienen los Bancos para captar los capitales que se encuentran dispersos y la manera cómo los clientes acceden al crédito otorgado por los Bancos.

Moreno Castañeda⁽⁴⁷⁾, responde a ello señalando que:

47 Citado por BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. Op. cit., p. 36.

«... por lo general, para realizar las llamadas operaciones pasivas, el banco necesita desplegar una actividad eficiente para obtener clientela y decidirla a entregarle sus valores. En cambio, para llevar a cabo las operaciones llamadas activas, le suele bastar adoptar una conducta de pasividad, en espera de los solicitantes del crédito, que sin necesidad de estímulo ninguno por parte del banco, acuden movidos por sus propias necesidades».

A lo señalado, Bauche⁽⁴⁸⁾ agrega que:

«... la denominación genérica de aquellas operaciones pasivas y activas provienen, no de la conducta que la institución asume respecto de ellas, sino de la terminología contable. Por el alto grado de precisión que deben alcanzar las operaciones del banco, la contabilidad asume en la actividad general una función preponderante y decisiva. De aquí que los términos que se emplean en la actividad se extiendan en su aplicación para denominar aquellos actos que la misma controla».

Además, la clasificación en función de la intermediación financiera tiene un sentido jurídico, al determinar que los bancos tienen deudores y acreedores de acuerdo a la presencia de una operación activa o pasiva, respectivamente. Es por esto que adoptamos esta clasificación es este estudio.

RELACIÓN DE ALGUNAS OPERACIONES BANCARIAS

OPERACIONES ACTIVAS

- Préstamos: Créditos
- Anticipos

48 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 36.

- Créditos de firma
- Descuentos
- Sobregiros
- Créditos Documentarios
- Tarjeta de crédito
- Leasing o arrendamiento financiero
- Factoring

OPERACIONES PASIVAS

- Depósitos bancarios:
- Depósitos en cuenta corriente
- Depósitos a plazo
- Depósitos de ahorro
- Emisión de Obligaciones y otros títulos
- Redescuento
- Préstamos o créditos

OPERACIONES NEUTRAS

- Depósitos
- Intermediación en cobros y pagos
- Compraventa de títulos, acciones, divisas y otros bienes
- Fideicomiso
- Mandatos y servicios

1.4.7. Operaciones bancarias neutras o atípicas

Como hemos podido apreciar, las operaciones bancarias se dividen en dos amplios grupos: las primeras que responden a las operaciones típicas que conciernen, en particular, a la concreción de un negocio de crédito, y el segundo grupo, llamadas operaciones atípicas o neutras, que incluyen a las demás operaciones que realizan los bancos.

Hemos visto —con especial énfasis— cómo las operaciones bancarias típicas se caracterizan por dar créditos, haciendo referencia a que mediante éstas el Banco o su cliente, sea ésta una operación activa o pasiva, asume una obligación de dar.

Mediante las operaciones neutras, denominadas también atípicas, complementarias o accesorias⁽⁴⁹⁾, el Banco asume una obligación de hacer frente a sus clientes, dando lugar a la vasta gama de servicios complementarios, de gestión y administración, que las instituciones financieras ofrecen a su clientela.

Podemos afirmar con Bauche⁽⁵⁰⁾ que:

«... los bancos modernos, junto a las operaciones de verdadero y propio crédito desarrollan otras funciones complementarias, poniendo a disposición de sus clientes la muy perfeccionada organización bancaria y pres-tándoles su ayuda en los más diversos campos, desde administrar sus capitales hasta pagarles sus recibos de la corriente eléctrica».

Estas operaciones tienen una extraordinaria importancia en la vida actual y muy especialmente en el negocio bancario, pues

49 Sergio Rodríguez las llama atípicas; Messineo y Garrigues los llaman accesorias o neutras; Ferri servicios bancarios; Octavio Henandez las denomina intermediarias o indiferentes; en tanto Bauche y Moreno Castañeda las llaman operaciones complementarias.

50 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 353.

permite a la entidad financiera una mayor capacidad para captar recursos de la gente a través de los servicios que ponen a su disposición.

Esto lleva a decir a Ferri⁽⁵¹⁾ que los servicios bancarios, «no obstante la notabilísima importancia que tienen en la práctica, económica y jurídicamente sólo desarrollan una función accesorio y complementaria».

Garrigues⁽⁵²⁾ expresa que:

«... en las operaciones neutras el banco recibe una retribución en una sola ocasión, de carácter fijo o personal, según el tipo de operación que se trate».

Esta retribución no altera el resultado del balance contable, registrándose en *cuentas de orden*; a ello se debe el nombre de *neutras*, pues no se registran en el activo ni en el pasivo, tal como sí se realiza en las operaciones típicas.

Octavio Hernández⁽⁵³⁾ clasifica las operaciones neutras o complementarias en:

1. **Actividades típicas y exclusivas de las instituciones fiduciarias:** en ellas incluye el fideicomiso y la emisión de certificados de participación.
2. **Actividades de Representación o Mandato:** en ellas incluye la intervención en la emisión de títulos de crédito, para garantizar los actos relativos a tal emisión y para prestar servicios conexos con la misma; sindicaturas, liquidaciones judiciales o extrajudiciales, albaceasgos, ejecutorias especiales, interventoras, depositarios judiciales, representaciones de ausentes o ignorados, tutorías, curatorías o patronatos de beneficencia; es-

51 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 36.

52 GARRIGUES, Joaquín, Op. cit, p. 31.

53 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., pp. 354-355.

tán autorizadas para la práctica de cualquier clase de negocios de fideicomisos, mandatos, comisiones y operaciones necesarias para la administración e intervención de su patrimonio.

3. **Actividades de administración:** Incluye además de las operaciones de fideicomiso, el desempeño de cargo de comisario o miembro de consejo de vigilancia de sociedades; administración de bienes inmuebles; recibo en depósito; administración o garantía, por cuenta de terceros, de bienes muebles, inmuebles, títulos o valores.
4. **Actividades de prestación de servicios:** Incluye llevar control de libros de contabilidad, de actos y de registro de sociedades y empresas, la cesión de su domicilio para efectuar pagos, recibir notificaciones y celebrar juntas y asambleas, así como realizar avalúos.

1.4.8. Contratos bancarios

1.4.8.1. Definición

Básicamente podemos entender que los contratos bancarios están referidos a aquellos negocios llevados a cabo por los Bancos y sus clientes, teniendo en cuenta que el contenido de éstos tendrá que estar circunscrito a las operaciones propias del objeto social de toda institución financiera. De esta manera, los contratos bancarios deberán ser producto de las relaciones jurídicas que el Banco realiza de manera profesional –ya sea como intermediario financiero o en la prestación de servicios– y haciendo uso de la organización que le es propia.

«El contrato bancario –dice Garrigues– es el esquema jurídico de la operación bancaria. Contrato bancario es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria»⁽⁵⁴⁾.

54 GARRIGUES, Joaquín, Op. cit, p. 31.

Giraldi⁽⁵⁵⁾, por su parte, expresa que el contrato bancario es «el acuerdo de voluntades destinado a regular los derechos nacidos en una relación cuyo objeto es una operación bancaria»

Nosotros nos inclinamos por la definición de Sergio Rodríguez⁽⁵⁶⁾, quien afirma que:

«el contrato bancario es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo. O sea que el objeto del contrato y el de las obligaciones que de él surgen dependen, en últimas, de la naturaleza de la operación bancaria a la cual se refieren».

Como vemos, el contrato bancario está en íntima relación con la operación bancaria, y es que el contrato bancario se configura como la referencia jurídico-conceptual que justifica y consolida la realización de una operación bancaria.

En otras palabras, al hablar de operaciones y contratos bancarios nos estamos refiriendo a un mismo hecho calificándolo en sus dos aspectos, el técnico en el primer caso y el jurídico en el segundo, pues éste servirá de base causal que da sustento al primero.

«... es evidente que en cuanto la operación se lleva a cabo, ella surge de un acuerdo de voluntades, lo que no es otra cosa que la celebración de un contrato expresado en la forma y términos previstos por la ley, si se encuentra tipificado como tal o resultante de las amplias posibilidades que la autonomía de la voluntad tiene en el campo del Derecho Privado. Si la operación

55 Citado por RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 116.

56 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 116.

no se realiza o si resulta defectuosa en relación con lo esperado por el cliente o si, por el aspecto, surgen diferencias sobre las obligaciones de las partes, será preciso regresar a la fuente de la operación, a su antecedente conceptual, es decir, a la causa misma del contrato celebrado»⁽⁵⁷⁾

En este orden de ideas, es importante destacar que los contratos bancarios están regidos principalmente por normas de Derecho Privado, pero hay que señalar que no dejan de tener cierta influencia las normas de Derecho Público porque, como dijimos anteriormente, al Estado le interesa supervisar la profesión de banquero, la cual está íntimamente ligada a las operaciones que realizan las instituciones financieras.

1.4.8.2. Características de los contratos bancarios

Existe cierta uniformidad en la doctrina en cuanto a las características que presentan los contratos bancarios, siendo importante señalar que éstas no pueden ser exclusivas de estos contratos. Entre estas características tenemos:

1. Regulación jurídica sui generis
2. Se encuentran relacionados con la estructura técnica bancaria
3. Carácter intuito personae
4. Contrato por adhesión
5. Buena fe recíproca
 - Deber de lealtad en información, asesoramiento y consejos al cliente

57 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 116.

- El secreto bancario
6. Comprobación especial de las prestaciones
 7. Internacionalización

1.4.8.2.1. Regulación jurídica *Sui generis*

En cuanto a la regulación jurídica *sui generis*, tal como se señaló anteriormente, los contratos bancarios son el sustento jurídico del aspecto técnico que significan las operaciones bancarias. Así, los negocios bancarios, producto de las referidas operaciones, dan lugar a relaciones contractuales entre el Banco y su clientela.

Hay que destacar en estos momentos que los contratos y las obligaciones que nacen de ellos tienen su fundamento en los principios y normas del Derecho Privado clásico, esto significa que lo especial del contrato bancario no radica en que éstos sean diferentes de los demás contratos sino en la composición de una diversa amalgama de combinaciones de los patrones contractuales y en la determinación de figura *sui generis*.

Esto tiene relación con la dinámica que posee la actividad bancaria y que produce relaciones contractuales de contenido uniforme entre el Banco y sus clientes, dando lugar a lo que conocemos como condiciones generales de contratación. El concepto nos permite ver la necesidad de una regulación jurídica *sui generis* con disposiciones simples, eficaces, y estrictas para los contratos bancarios, ya que estas condiciones son la diferencia entre estos contratos y aquéllos que son realizados por personas que no tienen la personería jurídica de intermediarios financieros.

Entre las disposiciones imprescindibles para la actividad bancaria podemos mencionar: la regla de compensación que excede los límites de compensación legal, la prevalencia del depositante en el depósito de dinero, los intereses bancarios, la apertura de

una cuenta bancaria como acuerdo inicial entre el Banco y sus clientes, el deber de lealtad y diligencia del Banco respecto de sus clientes, el secreto bancario, entre otros.

1.4.8.2.2. En cuanto a la relación con su estructura técnica

El Derecho Bancario, y por lo tanto los contratos bancarios, se ven influenciados por los variados cambios y las rápidas innovaciones del quehacer bancario. Asimismo, están claramente determinados por la compleja dinámica actividad bancaria que hace interminable el número de relaciones jurídicas establecidas entre el Banco y sus clientes.

Todo ello plantea la necesidad de una íntima relación entre el fundamento jurídico y la realidad técnico-bancaria, haciendo imposibles las abstracciones científicas y planteando la exigencia de un Derecho actuante, eficaz y eficiente, que guarde correspondencia con las expectativas que el mundo del comercio de ahora formula.

1.4.8.2.3. En cuanto al carácter *intuitio personae*

Salvo excepciones, los contratos bancarios se celebran *intuitio personae*, esto quiere decir que se dan en función de la apreciación de las calidades personales de quienes celebran el contrato.

Es así como los Bancos tienen especial cuidado en cuanto a los requisitos y condiciones morales y económicas de sus clientes, todo ello porque el desenvolvimiento de la actividad bancaria se basa en la confianza que una persona pueda inspirar a una institución financiera.

Pero esta confianza debe ser recíproca, pues las personas también escogerán entre las diversas entidades bancarias aquella con la que van a realizar sus negocios, de acuerdo al prestigio que ella ostenta, a la solidez económica que presente, a la excelencia del servicio que brinde y al profesionalismo y honestidad con los que actúe.

Ejemplo de lo dicho son las operaciones de crédito, donde en función de las condiciones antes mencionadas, una persona, ya sea el Banco o el cliente, podrá recibir una prestación inmediata frente a la promesa de una contraprestación futura. En otras palabras, se realizará el crédito en una operación pasiva, de acuerdo a la confianza que el Banco logre inspirar al cliente y se concretará el crédito en una operación activa, en base a la confianza que el cliente pueda obtener de la institución financiera.

1.4.8.2.4. Contrato por adhesión

El hecho de que los contratos bancarios se realicen en forma masiva, hace que estos contratos se celebren principalmente a través de una contratación dictada o mediante formularios. De esta manera, la persona que contrate con el Banco podrá aceptar o rechazar en bloque las condiciones que el Banco establece, sin tener posibilidad de modificarlas. Las condiciones de contratación se vuelven impersonales, dando lugar a las llamadas *condiciones generales*.

Esto no significa que exista una imposición de las cláusulas generales, pues va a existir una libre voluntad de adherirse a ellas, constituyéndose la figura en una verdadera fórmula contractual.

Jurídicamente, estamos ante una invitación a ofrecer por parte del Banco, al establecer las condiciones de contratación. El cliente, al adherirse a ellas, está realizando una oferta, y el Banco, al concretar el acuerdo con el cliente que se adhirió, estará aceptando la oferta, dando lugar al nacimiento de una relación contractual.

Con ello no se está permitiendo al Banco establecer una cantidad de condiciones en su favor o en contra de la parte más débil. Y es que en la práctica, estos posibles excesos se ven limitados por la variedad de Bancos que las personas tienen a su disposición para su elección y que supone entre las entidades fi-

nancieras una franca competencia, para acceder al público. Además, existen normas de carácter imperativo que la mayoría de legislaciones ha tipificado en salvaguarda de los intereses particulares.

1.4.8.2.5. En cuanto a los deberes del Banco con sus clientes

Los usos del Derecho Bancario han establecido los deberes que se han constituido en característicos de los contratos bancarios:

1. **Deber de lealtad en la información, asesoramiento o consejos al cliente:** Debido al grado de confianza que existe entre el Banco y sus clientes, lleva a estos últimos a solicitar informes, asesoramiento o consejos para sus negocios, ya que el Banco está en la posibilidad de tener acceso a importantes conocimientos, dada la infraestructura y amplio campo de acción que posee. Estos informes que piden los clientes, si bien no forman parte especial del negocio bancario, están de alguna manera vinculados con la relación contractual, generalmente duradera, que poseen los Bancos con sus clientes. Ello determina que los Bancos obren con gran profesionalidad, mayor diligencia y, sobre todo, muy buena fe.

Algunos autores afirman que este deber es accesorio al contrato bancario. A esto habría que agregar que el grado de diligencia del Banco y su responsabilidad en los informes dados, estará de acuerdo con la operación u operaciones de que se trate y de la relevancia cualitativa y/o cuantitativa de las mismas.

2. **Secreto Bancario:** Esta relación de confianza se basa en el secreto que el Banco debe guardar respecto de las operaciones realizadas con sus clientes, los informes entregados por los mismos, tanto de sus actividades comerciales como de sus estados financieros.

El secreto bancario, que tiene su fundamento en los usos ban-

carios respecto de la relación de confianza entre Banco y cliente y en el deber profesional de la entidad bancaria propia de su actividad, no es absoluta. Serán excluidos aquellos informes que la ley haya establecido como de entrega obligatoria de los Bancos y que generalmente tienen que ver con facilitar información a funcionarios públicos en investigaciones judiciales o tributarias.

1.4.8.2.6. Comprobación especial de las prestaciones

Mientras que en los contratos civiles el cumplimiento de las prestaciones constan en documentos privados, recibos u otros, en las operaciones bancarias las prestaciones constan en contratos con formularios impresos.

Hay que señalar que para muchas operaciones bancarias, las cuentas que poseen los clientes son el reflejo del cumplimiento de las prestaciones en dinero que tengan que realizarse.

1.4.8.2.7. Internacionalización

Debido a la internacionalización de las relaciones comerciales y financieras, así como a la profunda integración económica existente en el mundo, han ido estableciéndose reglas y usos uniformes en las relaciones entre los Bancos y entre éstos con sus clientes, lo que ha generado una técnica bancaria prácticamente uniforme. Esta situación se ve reflejada en los contratos bancarios, ya que a pesar de tener las legislaciones un trato muy similar a nivel internacional, éstas se ven claramente influenciadas por estipulaciones que tienen su origen en los usos y costumbres internacionales.

1.4.9. El fideicomiso y su ubicación en el Derecho Bancario

Se justifica un tratamiento del fideicomiso en el marco del Derecho Bancario, al tener como uno de los actores de la relación jurídica a los Bancos y dentro del ámbito privado del Dere-

cho Bancario, en cuanto a las relaciones jurídico patrimoniales que realizan con las otras partes del contrato.

El fideicomiso se ubica exactamente dentro de las operaciones neutras que realiza el Banco con sus clientes. Si bien existe una transferencia de bienes al Banco fiduciario con cargo a devolverlas al fideicomitente o al fideicomisario, según se determine en el acto constitutivo, lo que parecería estar enmarcado en las operaciones pasivas en la búsqueda por obtener recursos para cumplir su rol de intermediación, lo cierto es que estamos ante una operación neutra, pues el Banco fiduciario circunscribe su actuar a la finalidad establecida por el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso, y donde el Banco recibirá los honorarios correspondientes al cumplimiento del encargo establecido, aspecto típico de los servicios financieros que brindan las instituciones bancarias.

1.5. Diferencia del Fideicomiso con otras instituciones

Para dar una visión más completa del Fideicomiso, estimamos necesario efectuar una comparación de esta figura con otras instituciones que presentan mayores semejanzas, pero que, en esencia, se diferencian grandemente.

Las figuras con las cuales vamos a realizar las diferencias son las siguientes:

- a. El trust
- b. El Negocio Fiduciario
- c. El Mandato
- d. El Depósito

1.5.1. Diferencias entre el Fideicomiso y el Trust

Según «*Restatement of the law of trust*» el trust es:

«...una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)». ⁽⁵⁸⁾

Franceschelli⁽⁵⁹⁾ afirma que el *trust* es:

«...una relación fiduciaria, derivada de la relación voluntad privada y de la ley, en virtud de la cual aquel que tiene sobre determinados bienes o derechos la *propiedad formal* o la *titularidad*, esta obligado, por efecto de la *propiedad sustancial* QUE NO RECAE EN EL, a custodiarlos o ambas cosas, y de todos modos a servirse en provecho de uno mas beneficiarios, entre los cuales puede incluso estar comprendido, o de un fin»

Bauche⁽⁶⁰⁾ indica que para Claret y Marti:

«...en el *Trust* hay DOS propiedades diferentes, al fiduciario o *trustee* le corresponde un derecho de PROPIEDAD FORMAL, exterior, una PROPIEDAD FIDUCIARIA, al beneficiario una PROPIEDAD SUSTANCIAL O ECONÓMICA. Este desdoblamiento en dos propiedades es la dificultad mayor para un jurista no anglosajón de comprender la institución jurídica del *Trust*».

Powell⁽⁶¹⁾ expresa que:

«la idea fundamental que sustenta el concepto de trust descansa sobre una base esencialmente simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo

58 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 620.

59 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 357.

60 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit., p. 358.

61 Citado por RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 620.

que hace a su administración y a su provecho económico; de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, los mismos que administran en beneficio de otras o para un fin determinado».

Carlos Arrocha señala que Molina Pasquel, al estudiar el tema, realiza dos citas importantes.

Una de ellas es la de Sir Johns Salmond⁽⁶²⁾ quien dice:

«Bienes en trust son aquéllos propiedad de dos personas al mismo tiempo, cuya relación de propietarios es tal que uno queda sujeto a la obligación de usar su propiedad para beneficio de otro».

La otra cita es la del Instituto Norteamericano de Derecho que dice:

«Un trust cuando no está calificado por la palabra caritativo, resultante o tácito, es un estado de relaciones fiduciarias con respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en equity al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, trust que se origina con la manifestación de crearlo»⁽⁶³⁾.

Es así como encontramos al *trust*, con tres elementos personales: el *settlor*, quien es el creador del *trust*; el *trustee*, quien es el fiduciario y en función de la transferencia adquiere el título legal de los bienes; y el *cestui que trust*, quien es el beneficiario, ósea será aquel en cuyo favor se constituye el *trust*, siendo su derecho denominado «*equitable state*».

62 Citado por ARROCHA MORTON, Carlos. El Fideicomiso en México. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, p. 62. Montevideo, 1981.

63 Citado por ARROCHA MORTON, Carlos. Op. cit., p. 62.

Asimismo encontramos en el *trust* un conjunto de bienes que forman una unidad independiente, los cuales están afectos a una finalidad determinada. En este sentido el *trust*, desde el punto de vista patrimonial, está conformado por tres elementos: la transferencia de patrimonio, la constitución de este patrimonio como unidad separada y la destinación específica a una finalidad determinada.

Lo expuesto anteriormente nos muestra características muy parecidas entre el *trust* anglosajón y el fideicomiso, al tener elementos personales con características similares y al existir una transferencia de patrimonio, constituyéndose éste en una unidad separada y al ser destinados a un encargo determinado.

Lo que sucede es que los estudiosos del tema han tratado de asimilar la figura del *trust* inglés a nuestro pensamiento jurídico dando al fideicomiso condiciones similares entre sí.

Se diferencian fundamentalmente en que, mientras en el fideicomiso aceptamos la propiedad sólo del fiduciario, en el *trust*, tenemos dos propietarios de un mismo bien, el *trustee*, quien ostenta la titularidad legal o propiedad formal de los bienes, el *cestui que trust* será el propietario económico de los mismos.

1.5.2. Diferencia del fideicomiso con el negocio fiduciario

Para Regelsberger⁽⁶⁴⁾ «el negocio fiduciario es aquel seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo». De tal manera que el expediente jurídico utilizado permitiría alcanzar mayores resultados que los realmente obtenidos o, dicho de otra forma, la finalidad perseguida podría alcanzarse sin recurrir al medio empleado por las partes.

64 Citado por RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 613.

Grassetti⁽⁶⁵⁾ entiende que el negocio fiduciario es «una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o un tercero». La atribución al adquirente es plena pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial.

En otras palabras, podemos notar que en el negocio fiduciario existe un fin seriamente querido por las partes, pero que, al quererlo expresar jurídicamente, lo realizan mediante un medio excesivo. Es por ello que los negocios fiduciarios tienen como característica fundamental la desproporción entre medio y fin.

El negocio fiduciario presenta dos relaciones claramente diferenciadas entre sí. Una de ellas es de carácter real, al haber transmisión plena de derechos, sin limitación alguna para terceros.

La otra relación es de carácter personal, la cual limitará la propiedad transferida en función a una finalidad determinada.

Esto es lo que lo diferencia del fideicomiso, pues este último, al ser recogido por la ley se le dan características y efectos propios, constituyéndolo en una unidad indisoluble donde se alternan elementos reales y personales.

Otra diferencia es que mientras el negocio fiduciario no es recogido por la ley, el fideicomiso sí, protegiendo a las partes intervinientes de posibles abusos que se pudiesen presentar en el desarrollo del mismo.

1.5.3. Diferencia del fideicomiso con el mandato

El contrato de Mandato tiene como aspecto esencial la actuación, por parte del mandatario, a nombre de otra persona y el hecho que el riesgo que corre es por cuenta de su mandante, en

65 Citado por RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 613.

tanto que en el Fideicomiso el fiduciario actúa a nombre propio pues él es titular del patrimonio que administra por lo que sí tiene responsabilidades por el mismo.

Es necesario tener presente que el encargo del mandato puede ser concedido con representación o sin representación, lo que dependerá si es que el mandatario actúa en nombre del mandante o si es que actúa en nombre propio pero por cuenta y en interés del mandante.

El artículo 1790 del Código Civil Peruano señala que «por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta e interés del mandante» lo que implica la realización de una actividad, por parte del mandatario en favor del mandante, que constituye a su vez una semejanza con la figura del fideicomiso, ya que el fiduciario se obliga a realizar también una actividad en favor del fideicomisario.

Sin embargo, como ya hemos anotado líneas arriba, la diferencia fundamental con el fideicomiso radica en la transferencia de bienes al fiduciario, los cuales pasan a formar un patrimonio autónomo de modo que el mismo no responderá por las obligaciones del fiduciario, salvo aquéllas que se hubieren contraído en relación con el mismo.

Se podría intentar una figura similar en el caso del mandato, pues sería posible que el mandante transfiera ciertos bienes en favor del mandatario, en cuyo caso no se conformaría un patrimonio autónomo sino que dichos bienes pasarán a formar parte del patrimonio del mandatario, por lo que responderán por las obligaciones de éste, aún cuando no tengan relación con el mandato otorgado.

En el caso de un mandato sin representación, al igual que en el fideicomiso existe una transferencia de bienes; sin embargo, el mandatario tendrá la calidad de propietario de dichos bienes por lo que el mandante carecerá de control jurídico sobre

los mismos, manteniendo sólo una acción personal contra el mandatario.

En cuanto a los efectos que originen una y otra figura también vamos a encontrar diferencias, pues en el caso del mandato el mandatario debe ceñirse a lo que le ha sido determinado por el mandante y, en ese caso, va a obligar contractual y extracontractualmente al mandante, en tanto que en el fideicomiso los actos del fiduciario no van a obligar al fideicomisario. Existe también una cuestión de orden práctica a tener en cuenta y es que las diversas obligaciones legales que recaen sobre el derecho de propiedad recaen en el mandante, en tanto se trata de sus bienes, mientras que en el caso del fideicomiso serán de cargo del fiduciario.

1. 5. 4. Diferencia del fideicomiso con el depósito

El contrato de Depósito supone la entrega que hace una persona a otra de un bien a fin que ésta última se encargue de guardarlo, conservarlo y posteriormente, restituirlo.

De la propia definición de este contrato encontramos substanciales diferencias con el fideicomiso, ya que al efectuarse la entrega de un bien, supone que se trate de un bien mueble, situación que no ocurre con el fideicomiso ya que no se limita a bienes muebles solamente.

Sin embargo, el aspecto fundamental reside en que en el depósito no existe un traslado de propiedad sino sólo de poseedor del bien, por lo que el depositario debe ceñirse a los actos de conservación del bien para restituirlo posteriormente.

EL FIDEICOMISO COMO RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL

2.1. Definición de fideicomiso

No existe un concepto uniforme sobre la figura. Las definiciones han estado íntimamente ligadas a la posición de los autores respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Estas diversas definiciones han respondido a la necesidad de adaptar las exigencias planteadas por el *trust* anglosajón en legislaciones y fundamentos basados en los sistemas jurídicos europeo-continentales. Estos sistemas, al intentar desarrollar esta figura, tan bien acogida y muy desarrollada en el sistema inglés, han encontrado la imposibilidad de definir adecuadamente la doble titularidad existente en el *trust*, cosa que, incluso, en el derecho inglés aún causa controversia. Es así como las concepciones han tratado de limitar las facultades del fiduciario, pero reconociéndolo como propietario; se ha optado por determinarlo dentro de concepciones jurídicas ya existentes, como el mandato, al constituirlo como mandato irrevocable; Asimismo, se ha considerado al fideicomiso como un patrimonio de afectación autónoma

Entre las múltiples definiciones encontramos aquéllas que

consideran al fideicomiso como la transmisión de propiedad con finalidad específica, la misma que nos dice que el fideicomiso supone «...la transferencia de un conjunto de bienes o derechos hecho por el «fideicomitente», con el propósito que el «fiduciario» cumpla una determinada finalidad, en provecho del mismo constituyente o de un tercero»⁽¹⁾.

Para Sergio Rodríguez⁽²⁾:

«...la noción más general, aquella que gana terreno..., nos permitiría definir el fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o los enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero».

En ese mismo sentido, Ramiro Rengifo⁽³⁾ dice que mediante el fideicomiso:

«...una persona A (llamada fideicomitente) transfiere la propiedad de ciertos bienes a otra persona B (llamada fiduciario) para que los administre y/o enajene y cumpla con una finalidad señalada por el primero, para el beneficio de un tercero (llamado beneficiario). Ese tercero puede ser el mismo fideicomitente».

Azevedo⁽⁴⁾ define al fideicomiso de esta manera:

-
- 1 Definición que sirvió de base para el Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, pp. 16-17. Montevideo, 1981
 - 2 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 627.
 - 3 RENGIFO, Ramiro. La fiducia, p. 250. Editora e Impresora Ranco Ltda. Bogotá, 1984.
 - 4 Citado por ARROCHA MORTON, Carlos. El Fideicomiso en México. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones*

«Fideicomiso e o instituto jurídico em virtude do qual se adquire propriedade com e inerente obrigação de conservar o recebido e por morte, de pois de certo tempo ou sob determinado condição, transmitir a outra pessoa, física ou jurídica».

Asimismo, Gamboa⁽⁵⁾ afirma que el fideicomiso:

«...es un negocio jurídico complejo, solemne, por medio del cual una persona (llamada fiduciante), transfiere un patrimonio autónomo especificado a un banco, quien se obliga a administrarlo o enajenarlo para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero».

Bauche⁽⁶⁾ manifiesta que mediante el fideicomiso:

«... una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad, lícita y determinada, encargando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona».

Para Muñoz⁽⁷⁾ el fideicomiso es:

«...acto de comercio de negociales; inter vivos y *mortis causa*, y por el consiguiente negocio jurídico mercantil bancario, mejor que operación de crédito, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia, y de naturaleza fiduciaria, sujeto a cláusulas generales negociales o *conditio*

Financieras para el Desarrollo (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, p. 59. Montevideo, 1981.

5 GAMBOA SERRANO, Manuel José. *El Fideicomiso Bancario*, Página 31. Tesis de Grado para optar el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá D.E., 1976.

6 BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. cit, p. 374.

7 MUÑOZ, Luis. *El Fideicomiso Mexicano*, p. 49. Cárdenas Editor. México, 1973.

iuris, con efectos reales, y en virtud del cual una de las partes, el fiduciante, tradita la propiedad fiduciaria de una esfera o centro de intereses al fiduciario, que en principio está sujeto *ex lege* al deber de negociar, constituyéndose de esta suerte un patrimonio de afectación o separado, para que el fiduciario observe los comportamientos pactados y congruentes con la función negocial, lo que incide en la esfera de intereses del fideicomisario y en la del fideicomitente a consecuencia de la reversión»

Otra definición, en el mismo orden de ideas, es la de Marcelo Aceituno⁽⁸⁾ quien, sin ser persona ligada al quehacer jurídico, ofrece que el fideicomiso:

«...constituye un negocio fiduciario cuyas características se pueden delimitar fundamentalmente en las siguientes: implica una traslación o un cambio de dominio entre una persona denominada fideicomitente quien entrega a título de dominio fiduciario o propiedad fiduciaria, algún tipo de activo para que sea de alguna medida manejado por el fiduciario en búsqueda de un fin determinado».

Hay que destacar que las nociones antes mencionadas tienen aspectos coincidentes: la transferencia de propiedad, el destino de los bienes a un fin determinado y la existencia de tres sujetos implicados en el fideicomiso.

En nuestra opinión, son estos los conceptos que perfilan actualmente la definición del fideicomiso. De acuerdo a ello, por

8 ACEITUNO, Marcelo. Contribución del Fideicomiso Bancario al Desarrollo. Realidad y Perspectivas. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, p. 268. Montevideo, 1981.

considerar que se acercan a la naturaleza de la figura, los tomaremos como base para el desarrollo del análisis del fideicomiso.

Es así como definiremos al fideicomiso como una relación jurídica en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que este último destine los bienes a una finalidad determinada en favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario.

A lo largo del presente capítulo trataremos los aspectos fundamentales del contrato de fideicomiso y que lo configuran como una de las figuras más dinámicas en el comercio jurídico, de acuerdo a la definición planteada en el presente apartado.

2.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso

2.2.1. Teoría del mandato irrevocable

Esta teoría fue la primera iniciativa por incluir el *trust* anglosajón en países cuya base jurídica está inspirada en el Derecho Romano arrebatándole las características propias del Derecho Inglés. Este primer esfuerzo correspondió al panameño Ricardo J. Alfaro, quien en Lima, en 1924, con ocasión de la Tercera conferencia Científica Panamericana, sostuvo la necesidad de incluir el *trust* en los países latinoamericanos. Alfaro afirmaba que el fideicomiso consistía en un mandato irrevocable⁽⁹⁾.

Si entendemos por mandato aquel contrato mediante el cual una persona actúa en nombre de otra persona, corriendo el riesgo de los actos por cuenta de esta última, la figura resulta oscura e imperfecta para acoger la naturaleza del fideicomiso, donde el fiduciario no actúa en nombre de ninguna persona, sino en fun-

9 Alfaro, posteriormente, desistió de considerar al fideicomiso como un mandato irrevocable en 1948 en su obra «Adaptación del *trust* del derecho anglo-americano al derecho civil».

ción del patrimonio que él administra, actuando frente a terceros como propietarios de los mismos. Además, el mandato por naturaleza es revocable, siendo contradictoria e inconsistente la posibilidad de que exista irrevocabilidad en ella.

Esta teoría, lo que buscó era acercarse al concepto del *trust* inglés, al instituir que las facultades otorgadas al fiduciario resultaban irrevocables luego de aceptado el encargo.

2.2.2. Teoría del Patrimonio de Afectación

Teoría defendida por el francés Lepaulle, la cual, en el mismo esfuerzo por desarrollar la figura del *trust*, manifiesta que lo consustancial y permanente en esta figura es la subsistencia de un patrimonio destinado a un fin determinado. De esta forma, el *trust* es considerado como un patrimonio autónomo, el mismo que existe independientemente de sujeto alguno, encontrándose este patrimonio afectado a una determinada finalidad que esté dentro del marco de la ley. En otras palabras, esta tesis llega a afirmar la premisa de que las partes constitutivas del *trust* no son necesarias ni constantes, ya que las variantes que muestra la figura permiten ver que puede existir ausencia de alguna de ellas al momento de realizarse el acuerdo.

Esta teoría ha recibido duras críticas, pues el hecho de desdeñar la existencia de las partes es considerado como una construcción artificiosa, pues siempre va existir una persona vinculada en el acuerdo, a pesar de que no esté presente alguna de ellas en alguna de sus modalidades.

Otra de las objeciones que se esgrimen frente a esta teoría es el hecho de utilizar el término «afectación» para graficar la circunstancia de que el patrimonio esté sujeto a determinada finalidad. Lo que sucede es que este término no posee un significado propio dentro de nuestra terminología jurídica, especialmente en nuestras legislaciones, por lo que no puede atribuírsele los alcan-

ces que se pretendieron dar al momento de plasmar los lineamientos de la teoría.

Lo que sí resulta un gran aporte al estudio del fideicomiso es el dejar ver que los bienes que constituyen el fideicomiso, forman una unidad patrimonial jurídico-económica que está separada de los bienes del fiduciario y que está libre de cualquier problema económico que pudieran tener el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario.

2.2.3. Teoría del Patrimonio Especial

Esta teoría rechaza la idea de que exista una total autonomía del patrimonio, tal como se establecía en la postura anterior. Lo que sí reconoce es un patrimonio con características especiales de independencia, pero siempre atribuible a una persona, por lo que la denominación adecuada es la de patrimonio especial y no la de un patrimonio autónomo. De esta manera, se define al patrimonio especial como «... un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico, que constituyen una universalidad jurídica –el patrimonio personal–, que corresponde a una misma persona y tiende a un fin específico y en razón del cual se produce una limitación de la responsabilidad»⁽¹⁰⁾.

2.2.4. Teoría del negocio fiduciario

Esta teoría señala que el fideicomiso es un negocio fiduciario. En tal sentido, en esta figura encontraremos los dos elementos fundamentales de todo negocio fiduciario :

- *El elemento real*, constituido por la transferencia de bienes y derechos de una persona a otra.

10 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 630.

- *El elemento obligacional*, constituido por las limitaciones obligatorias impuestas en el acto constitutivo.

Una característica importante en todo negocio jurídico es la desproporción existente entre el mecanismo legal utilizado y el efecto práctico querido por las partes, por lo que la confianza juega un rol fundamental. Esto no sucede en el fideicomiso, pues las relaciones establecidas entre las partes están recogidas por la ley, buscando salvaguardar los intereses de las partes.

Al faltar esta característica, el fideicomiso es entendido como un negocio fiduciario impuro, por la intervención de la ley a fin de evitar el abuso de alguna de las partes.

Sergio Rodríguez⁽¹¹⁾ se inclina por esta teoría, porque:

«... a través de la relación obligatoria consagrada en la ley, se explica sin dificultad que el fiduciario tenga un derecho de propiedad restringido, y enderezado en forma exclusiva a cumplir la finalidad prevista en el contrato. Y por este aspecto, cabe agregar que una de las notas más destacadas de los bienes adquiridos en propiedad fiduciaria es la de constituirlos, como lo dijimos, en un patrimonio autónomo o especial, con consecuencias tanto más definidas en cuanto se trate de países en los que se reconozca esta figura, pero que en todo caso busca desvincular el conjunto de bienes recibidos del patrimonio del fiduciario, de manera que no se produzca respecto a aquél ninguno de los efectos que podrían predicarse en relación a éste».

El mismo autor concluye :

«Se trata, pues, de una transmisión de propiedad para la consecución de un fin determinado que explica por ello que las facultades normales del propietario se subordi-

11 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., pp. 631-632.

nen a los términos obligatorios previstos en el contrato, todo lo cual constituye una especie de negocio fiduciario impuro»⁽¹²⁾.

2.2.5. Opinión del autor

Nosotros consideramos que el fideicomiso es una figura *sui generis* en la que, si bien existen elementos reales y personales como todo negocio fiduciario, no hay desproporción entre ellos. A diferencia del negocio fiduciario, donde los elementos están claramente diferenciados y actúan de manera independiente el uno del otro, en el fideicomiso los elementos interactúan entre sí, configurándose una unidad por la interdependencia que existe entre ellos y porque, al ser recogida y determinada por la ley, las partes intervinientes tienen plena conciencia de los alcances de la figura, alejándose de una posible desproporción entre el medio y el fin.

En consecuencia, aceptamos la posición de Sergio Rodríguez, cuando señala la configuración del fideicomiso a partir del hecho de encontrarse recogido por la ley, a fin de evitar el abuso de las partes. Sin embargo, no coincidimos en su apreciación cuando entiende al fideicomiso como un negocio fiduciario pues, como mencionamos anteriormente, consideramos que esta figura adquiere características y efectos propios, constituyendo las relaciones que nacen producto de él una unidad indisoluble.

2.3. El Fideicomiso como acto unilateral y como contrato

Para introducirnos en el tema es necesario tomar en cuenta algunos conceptos jurídicos, para lo cual acudiremos a la autoridad de Manuel De La Puente y Lavalle, en su obra «El Contrato en General»

12 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 632.

2.3.1. Fuentes de las obligaciones

Manuel De La Puente y Lavalle⁽¹³⁾ señala respecto de la fuente de las obligaciones que es:

«... el título jurídico del derecho del acreedor y de la correspondiente obligación del deudor. En otras palabras se llama fuente de la obligación al hecho que la produce».

El mismo autor menciona el hecho de que la fuerza vinculante de la obligación la encontramos en la ley, considerando a ésta como la única fuente de la obligación en última instancia. Lo que le lleva a afirmar que «No se concibe obligación alguna que no tenga directa o indirectamente, su origen en la ley»⁽¹⁴⁾.

2.3.2. Clasificación de las fuentes de las obligaciones

En este sentido, por la actuación de la ley, podemos clasificar a las fuentes de las obligaciones en inmediatas o directas y mediatas o indirectas.

Las inmediatas o directas se dividen a su vez en:

- a) Cuando la ley impone directamente la obligación, como por ejemplo en el caso de los contratos forzosos.
- b) Cuando la ley confiere a los actos humanos poder para crear obligaciones. Esta se sub-divide en: Voluntarios (como por ejemplo: los contratos, la gestión de negocios y la promesa unilateral) ; e Involuntarios (como por ejemplo: la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento sin causa).

13 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, página 20. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991.

14 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 20.

Las mediatas o indirectas tienen como única fuente a la ley, cuando atribuye a los actos humanos el poder para ser fuente inmediata o directa de obligaciones.

De lo expuesto, podemos señalar que el fideicomiso tendrá como fuente mediata de las obligaciones a la ley.

La ley atribuirá a los actos humanos el poder para ser fuente de obligaciones de manera directa. Es así como el fideicomiso tiene como fuente directa actos humanos voluntarios para constituirse como tal⁽¹⁵⁾.

2.3.3. El fideicomiso como acto unilateral

El fideicomiso podrá tener como fuente a actos jurídicos unilaterales, a los cuales podemos definir como aquéllos en los que una sola parte declara su voluntad y esta declaración tiene la virtud de producir los efectos jurídicos queridos por esta parte.

En tal sentido, podemos tener los fideicomisos testamentaria-

15 Es conveniente hacer notar en este momento que no somos ajenos a la discusión doctrinaria sobre las orientaciones del Derecho Civil de dejar de lado la Teoría del Acto Jurídico por la Teoría del Negocio Jurídico.

Los Mazeaud definen al acto jurídico como toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho; definición a la cual Manuel de la Puente agrega que no debe ser contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Entre las definiciones del negocio jurídico, Francesco Messineo afirma que es una declaración de voluntad, o un conjunto de declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza –de ordinario– en los límites de la correspondencia, o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no-ílicitos.

Creemos que ambos conceptos tienen algunas diferencias fundamentales, que no es materia del presente trabajo analizar. Por ello consideramos conveniente no alejarnos de la noción del acto jurídico pues es ésta la postura del legislador peruano en el Código Civil de 1,984.

rios, siempre y cuando la ley les dé la virtud de producir efectos jurídicos. Algunas legislaciones han optado por esta postura, ya sea indicándola expresamente o dando la posibilidad de entenderla así. Por ejemplo, en el caso peruano se indica expresamente tal supuesto⁽¹⁶⁾. Asimismo, otras legislaciones señalan que si no se designa fiduciario en el testamento, el juez lo designará, y si el fiduciario nombrado no aceptara podrá nombrar un sustituto. Como vemos, en ambos casos se está dando la posibilidad de que el acto unilateral del fideicomitente produzca efectos jurídicos con su sola declaración de voluntad.

2.3.4. El fideicomiso como contrato

El fideicomiso también tendrá como fuente a actos jurídicos bilaterales, a los cuales podemos definir como aquellos actos que necesitan del concurso de las manifestaciones de dos partes para producir el efecto jurídico querido por ellos, es decir, crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

El fideicomiso, en las relaciones entre vivos tiene carácter bilateral, perfeccionándose con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario. Nunca será un acto jurídico plurilateral, pues el fideicomisario tiene el papel de tercero, no siendo fundamental su aceptación para la constitución del fideicomiso.

2.3.4.1. Contrato nominado y típico

Queremos comenzar este acápite señalando que no somos ajenos al tema –nada pacífico– en la doctrina respecto al uso de los términos jurídicos «contratos nominados» y «contratos típicos».

Al respecto y compartiendo la opinión de Manuel De La Fuente, consideraremos a los contratos nominados como aquellos que tienen un nombre conocido para ser identificados. Asi-

16 Artículo 319 del D. Leg. 770.

mismo, entendemos como contratos típicos aquellos que están regulados por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el fideicomiso será un contrato nominado pues es éste el término con el cual es susceptible de ser identificado, conjuntamente con la expresión fiducia.

El contrato típico es aquel contrato que está regulado por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, es aquél que tiene una regulación legal específica que lo diferencia de los demás. De La Puente⁽¹⁷⁾ cita a Gete-Alonso quien dice al respecto que «la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria»

En contraposición al contrato típico, Manuel De La Puente expresa que:

«...es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido una recepción legislativa mediante una disciplina particular»⁽¹⁸⁾.

El mismo Manuel De la Puente explica que los conceptos vertidos están relacionados con la tipicidad legal o legislativa, pero que existe también una tipicidad social, que consiste en «el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su base en la costumbre, de contratos perfectamente identificables, que crean (regulan, modifican o extinguen) obligaciones especiales adecuadas a la finalidad de cada tipo de contrato, el cual determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aun cuando cada uno de estos contratos no contenga una regulación completa»⁽¹⁹⁾.

17 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 200.

18 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 200.

19 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 201.

De esta manera, una vez que un contrato adquiere reiteración, uniformidad y frecuencia (características de los contratos típicos sociales), la tipicidad legal lo recoge con la finalidad de que el ordenamiento jurídico guarde correspondencia con la realidad económica y social de la colectividad.

Nosotros hemos visto cómo el fideicomiso a lo largo de su historia aparece como una figura con características propias, que adquiere una tipicidad social y que el sistema legal tuvo que reconocer con la finalidad de salvaguardar los intereses de los particulares.

Actualmente, el fideicomiso es un contrato que puede considerarse como típico, ya sea porque un ordenamiento jurídico concreto lo haya recogido en su legislación (típico legal), ya sea por la gran difusión que tiene en estos momentos, muy especialmente en los países latinoamericanos, sobre todo por su doctrina y jurisprudencia, a pesar de que no haya sido incorporado a la legislación en alguno de ellos (típico social). En esta forma, descartamos la posibilidad que el fideicomiso pueda ser considerado como un contrato que carezca de disciplina particular, tanto legal como social (atípico).

En otras palabras, el fideicomiso será siempre un contrato típico, siendo considerado típico legal cuando el sistema jurídico de un país lo ha reconocido dentro de su legislación, siendo considerado típico social cuando, si bien no es reconocido específicamente por la legislación de un país determinado, la actividad económico-social ha determinado su uso dentro de la sociedad.

2.3.4.2. Contrato a título oneroso

Los contratos, según el criterio basado en la valoración, se clasifican en contratos a título oneroso y contratos a título gratuito.

Consideraremos a los contratos a título oneroso como aquellos en los cuales cada una de las partes tiene prestaciones a su cargo. Hay que agregar que, y tal como lo dice Lacruz⁽²⁰⁾, «para que el contrato tenga carácter oneroso no es preciso que se entrecrucen prestaciones simultáneas, sino que cada prestación tenga su correspondencia en otra». Siguiendo esta idea, consideraremos contratos a título gratuito a aquellos en los cuales una de las partes asume una prestación a su cargo sin que la otra se obligue a contraprestación alguna.

Compartimos la opinión de De La Puente⁽²¹⁾ al establecer que:

«... lo que determina el carácter oneroso de un contrato es la existencia de prestación y contraprestación, ambas en situaciones de principales, a cargo, respectivamente, de una y otra parte, de tal manera que el contrato está articulado a base de ambas».

Bianca, citado por el autor antes mencionado⁽²²⁾, dice que «el contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte corresponde una prestación principal a cargo de la otra»

Siguiendo esta línea, estamos frente a un contrato a título gratuito cuando existe una prestación principal a cargo de una de las partes y a cargo de la otra parte no encontramos ninguna prestación o sólo encontramos alguna prestación accesorio totalmente irrelevante para la calificación del contrato.

Mencionados estos puntos, consideramos al fideicomiso como un contrato a título oneroso, pues es característica en él la correspondencia de prestaciones entre las partes intervinientes en el contrato. Por una parte encontramos que el fiduciario tiene la

20 Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 213.

21 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 215.

22 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 215.

obligación de realizar ciertas prestaciones de acuerdo al contrato que dio origen al fideicomiso, pudiendo ser la obligación de administrar y disponer determinados bienes. Por otra parte tenemos la obligación del fideicomitente de entregar los bienes al fiduciario y –eventualmente– solventar la retribución que corresponde al fiduciario por los servicios prestados.

De esta manera, el carácter oneroso del fideicomiso es esencial, pues es fundamental para su existencia. No se podría explicar un contrato de fideicomiso sin esta característica, ya que tal como está estructurada la figura, las partes implicadas no permitirían otra situación y las legislaciones lo han entendido así, entre ellas la peruana⁽²³⁾.

Queda claro que lo que busca el Banco fiduciario o la entidad fiduciaria es la retribución por los servicios que presta al fideicomiso, esto como parte de la amplia gama de posibilidades que tienen sus clientes para realizar operaciones bancarias, muy especialmente las referidas a las operaciones neutras que no implican una operación de crédito. También queda claro que el fideicomitente, al celebrar el contrato de fideicomiso busca en el Banco fiduciario o la entidad fiduciaria la posibilidad de aprovechar el enorme potencial de conocimientos sobre negocios que poseen las instituciones financieras para realizar éstos, o el buen respaldo económico y moral que rodea a los Bancos, que garantice una buena administración o gestión de sus bienes. Todo ello hace que ambas partes asuman –en igual equivalencia– prestaciones a su cargo que permitan que sus intereses se vean claramente satisfechos.

2.3.4.3. Contrato conmutativo

Los contratos, según el riesgo que asumen las partes, se clasifican en contratos conmutativos y aleatorios.

23 Ley General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley 26702

De La Puente⁽²⁴⁾ define al contrato conmutativo como aquel contrato

«... en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la otra parte, si la hubiere».

Max Arias Schreiber⁽²⁵⁾ señala que:

«El contrato es conmutativo cuando una de las partes, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que pueda correlativamente lograr».

El contrato aleatorio es definido por De la Puente⁽²⁶⁾ como aquel:

«... en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar el contenido patrimonial».

En este sentido, «solo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder, que hayan celebrado para correr ese albur»⁽²⁷⁾.

Arias-Schreiber⁽²⁸⁾ dice que en estos contratos:

«...las partes contratantes parten desde un primer instante de un hecho incierto o incógnito, es decir,

24 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 219.

25 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos Parte General, Tomo I p. 63. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1995.

26 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 220.

27 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 220.

28 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 64.

que existe para ambos un factor de riesgo no predefinido y cuyo esclarecimiento se producirá con posterioridad».

De esta forma, el fideicomiso se constituye en un contrato conmutativo, pues al momento de su celebración las partes que intervienen saben a ciencia cierta las prestaciones que estarán a su cargo. Así, el fideicomitente sabrá por anticipado que entre sus obligaciones estará la de transferir el dominio del bien una vez llegado el acuerdo y el fiduciario será consciente de que tendrá como una de las prestaciones a su cargo el disponer de los bienes en función a la finalidad determinada en el contrato.

Es claro entonces que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso, las partes se obligan mutuamente en función de hechos ciertos y concretos, conociendo anticipadamente el contenido de sus prestaciones.

2.3.4.4. Contrato simple

Para De La Puente⁽²⁹⁾ los contratos, según su estructura, se clasifican en simples o complejos. Serán contratos simples aquellos en los que sólo existe una relación jurídico patrimonial y serán contratos complejos aquellos contratos que incluyen a su vez diversos contratos en su interior.

El mismo autor explica que los contratos complejos pueden ser de dos tipos: contextuales y vinculados. Entre los contratos contextuales contamos con aquellos que teniendo forma escrita, poseen total autonomía entre sí pero se encuentran en un mismo documento. Esta autonomía implica que jurídicamente un contrato que está inmerso en el mismo contexto con uno u otros contratos sea totalmente independiente y esté ajeno a lo que ocurra con el o los otros contratos.

29 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. xxx.

El otro tipo de contrato complejo, el vinculado, es aquél que teniendo la misma característica de encontrar varios contratos en un mismo documento y no perdiendo su identidad jurídica y económica, estos están ciertamente vinculados entre sí, ya sea porque la ley así lo establece o porque la voluntad de las partes así lo ha decidido. En otras palabras, en este tipo de contratos, cada uno de los contratos inmersos en el mismo documento sí se pueden ver afectados por lo que pudiese ocurrir con los demás.

Nosotros consideramos que el contrato de fideicomiso es un contrato simple, a partir de un pensamiento unitario de lo que significa esta figura. Somos de la opinión de que existe una unión estructural, una sola relación jurídico-patrimonial constituida en esencia por elementos, tanto reales como obligacionales, teniendo sus efectos un mismo fundamento causal. De esta manera, consideramos que la causa o motivo generadores del fideicomiso establecen un solo vínculo entre las partes contratantes, creando éste el efecto práctico querido por las partes. Por ello dejamos de lado la posición que establece al fideicomiso como un contrato complejo, que determina que en él existen dos tipos de contratos, uno de efectos reales y otro de efectos obligacionales, que están vinculados entre sí.

2.3.4.5. Contrato especial

Por el área a la que pertenecen, los contratos pueden dividirse en contratos civiles, mercantiles o especiales.

Serán contratos civiles aquellos que están regulados por el Código Civil o su equivalente en un determinado ordenamiento jurídico. De esta manera, estarán inmersos en esta clasificación los contratos típicos recogidos en el Código Civil y aquellos contratos que no estando determinados en este cuerpo legal, le son aplicables sus disposiciones generales. Siguiendo el mismo criterio, serán contratos mercantiles los contratos típicos que están legislados dentro del Código de Comercio y otras leyes que tienen por contenido los actos de comercio; también serán contra-

tos mercantiles aquellos que se rigen por las disposiciones generales de las mencionadas normas.

Estaremos ante contratos especiales cuando nos encontremos con contratos regulados por normas especiales distintas a las mencionadas anteriormente. Entre las normas especiales tendremos aquellas relacionadas con diferentes actividades económicas, como pueden ser los Códigos de Minería, de Trabajo, la Ley de Instituciones Financieras, entre otras.

Nosotros consideramos que la configuración del fideicomiso en cualquiera de estos tipos de contratos, dependerá de cómo lo trate la legislación de cada país. De acuerdo a ello, y por lo visto en la mayoría de las legislaciones, el fideicomiso se configuraría como un contrato especial, remitiéndonos para estos efectos al desarrollo del tema en el punto referido al Derecho Bancario como un Derecho especial.

2.3.4.6. Contrato principal o accesorio

Utizando el criterio de la autonomía, tenemos que los contratos se clasifican en principales, accesorios o derivados.

Los contratos principales son aquellos totalmente independientes de cualquier otro tipo de contrato. Al poseer una independencia jurídica, estos contratos por si solos cumplen satisfactoriamente los intereses de las partes. En este sentido, solamente será necesario el acuerdo entre las partes y la formalidad exigida por la ley según del contrato de que se trate para lograr el efecto práctico querido por ellos.

Los contratos accesorios tienen como característica fundamental la dependencia a otro contrato, pues su objetivo es complementarlo. Así, autores como De la Puente y López de Azalia⁽³⁰⁾

30 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 231.

nos dicen que la relación que existe entre el contrato principal y el contrato accesorio es una de causa a efecto.

De la Puente⁽³¹⁾ agrega que «El efecto mas importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no solo por sus propias causas propias sino también por extinción de la respectiva obligación principal».

Los contratos derivados son aquellos que se desprenden de otro contrato y a entender de De La Puente⁽³²⁾ y otros autores⁽³³⁾ es una especie del contrato accesorio. Ejemplo típico de este tipo de contratos son los subcontratos, los cuales necesitan de la existencia de un contrato anterior, el mismo que los circunscribe a su naturaleza jurídica.

El contrato de fideicomiso tiene las características de un contrato principal, al no depender ni lógica ni jurídicamente de otro contrato, pues su existencia y validez sólo están bajo su sujeción. De esta manera, el fideicomiso por si solo satisface plenamente el efecto práctico querido por las partes.

No obstante ello, es necesario tener presente que existe una modalidad operativa en la cual el fideicomiso se presenta como un contrato accesorio. Nos referimos al fideicomiso de garantía, el cual será analizado más adelante.

2.3.4.7. Contrato constitutivo

Por su función, los contratos se clasifican en constitutivos, modificativos, regulatorios y extintivos.

31 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 231.

32 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 231.

33 Arias-Schreiber opina que es un matiz del contrato principal, pues una vez celebrado el contrato adquiere autonomía. (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 53).

Estaremos frente a un contrato constitutivo cuando, mediante él, se crea, origina o funda una situación jurídica determinada no teniendo un contrato que lo anteceda. Será un contrato modificativo aquel que se realiza en función de otro contrato que lo precede, efectuando algunas modificaciones a los acuerdos establecidos anteriormente. Los contratos regulatorios serán aquellos que, al igual que el anterior, tienen un contrato que los precede, pero sobre el cual no se efectúa ninguna modificación, sino que se incluyen determinados aspectos relacionados a la ejecución, como son la realización de alguna aclaración de los acuerdos tomados en el contrato, la determinación del desarrollo de alguna cláusula específica o la interpretación de un acuerdo asumido, entre otros. Por último, tenemos a los contratos extintivos, los cuales ponen fin a un contrato anterior, con este tipo de contratos se pone fin a una situación jurídica determinada.

El contrato de fideicomiso es, en esencia, uno constitutivo, pues mediante este contrato nacen obligaciones para cada una de las partes claramente determinadas, no teniendo como base un contrato pre-existente. Podrán también existir acuerdos de voluntades destinados a modificar, regular o extinguir un contrato de fideicomiso.

2.3.4.8. Contrato con prestaciones recíprocas

Los contratos, por la prestación, se clasifican en contratos con prestación unilateral o contratos con prestaciones recíprocas. Esta clasificación está basada en la cantidad de prestaciones y en la interrelación que se pueda encontrar entre las mismas⁽³⁴⁾.

34 Anteriormente los contratos se clasificaban en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos. Actualmente gran parte de la doctrina deja de lado lo referente al número de partes en la relación jurídica y sus declaraciones de voluntad, y afirma que las palabras unilateralidad y bilateralidad son términos que están equivocados, ya que son expresiones propias del acto jurídico y no de la teoría general de los contratos, haciendo notar que todo contrato es plurilateral y, por consiguiente, las partes obligatoriamente

Serán contratos con prestación unilateral cuando la prestación o prestaciones se encuentran a cargo de una de las partes del contrato. Así, Arias-Schreiber⁽³⁵⁾ señala que en este tipo de contratos «...la carga contractual está desplazada a una parte, en tanto que la otra parte es sólo un elemento pasivo y no tiene, como manifiesta Messineo «...un comportamiento receptivo»».

Estaremos ante un contrato de prestaciones recíprocas cuando cada una de las partes contratantes posee prestaciones a su cargo, de manera tal que cada parte es «recíprocamente» acreedora y deudora a la vez de la otra parte⁽³⁶⁾.

2.3.4.9. Contrato de ejecución inmediata o diferida

Los contratos, utilizando el criterio del tiempo, se clasifican en dos grupos, el primero de ellos se divide en contratos de ejecución inmediata o de ejecución diferida, mientras que el segundo grupo los divide en contratos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

El primer grupo responde, según López de Zavalía⁽³⁷⁾ a la pregunta ¿cuándo debe comenzar la ejecución del contrato? Las respuestas pueden ser : inmediatamente, es decir «contrato de ejecución inmediata»; o después, es decir «contrato de ejecución diferida».

tienen que ser dos o más para que el contrato sea una realidad. Además, el término sinalagma, que significa, a entender de Arias-Schreiber y De la Puente (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 54), obligación conjunta y vinculación de dos o más personas para crear obligaciones no tiene ninguna relación con la bilateralidad.

35 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 55.

36 Los contratos con prestaciones recíprocas constituyen la gran mayoría de los contratos típicos en el Código Civil Peruano. Los contratos de prestación unilateral que mantiene nuestro Código Civil son la donación, el mandato no remunerado, la fianza y la renta vitalicia.

37 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 233.

Para Manuel De la Puente⁽³⁸⁾ será un contrato de ejecución inmediata

«... aquel cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración. No existe solución de continuidad entre la conclusión del contrato y la ejecución de las prestaciones derivadas del mismo».

El mismo autor afirma que estaremos ante un contrato de ejecución diferida «. . . cuando, no obstante haber sido celebrado, el momento inicial de su ejecución es aplazado por un plazo determinado o indeterminado»⁽³⁹⁾.

En este sentido, el fideicomiso es un contrato que puede tener cualquiera de las dos características, pues podremos encontrarlos con fideicomisos cuyo momento de ejecución varíe según lo que se determine en el acuerdo constitutivo. De esta manera tendremos contratos de fideicomiso donde los términos del mismo tengan que ejecutarse de manera inmediata o en un momento posterior. Así tendremos, por ejemplo, el caso en el cual el fideicomitente encargue al fiduciario en fideicomiso valores para ser negociados en el mercado a su mejor precio actual (contrato de ejecución inmediata), el caso de un fideicomiso establecido a favor del hijo del fideicomitente debiendo postergarse el momento de ejecutarse una vez acaecida la muerte de este último.

Como veremos en el punto siguiente, existe la posibilidad de que los contratos de ejecución inmediata o de ejecución diferida tengan la posibilidad de combinarse con los de ejecución instantánea o de ejecución de tracto sucesivo pues ambos criterios de clasificación son complementarios y no se cruzan entre sí.

38 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 234.

39 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit, p. 234.

2.3.4.10. Contrato de ejecución instantánea o de tracto sucesivo

Como hemos mencionado en el punto anterior, siguiendo el criterio de clasificación en función del tiempo, encontramos a los contratos de ejecución instantánea y a los contratos de tracto sucesivo.

Esta división responde, al igual que la anterior, a la pregunta señalada por López de Zavalía⁽⁴⁰⁾ de ¿cuánto debe durar la ejecución del contrato? Las respuestas también surgen de manera natural: en un solo momento, («contrato de ejecución instantánea») o en un tiempo determinado, («contrato de tracto sucesivo»).

Para Max Arias Schreiber⁽⁴¹⁾, el contrato de ejecución instantánea es aquel que se agota en el acto mismo en que se ejecuta. El mismo autor⁴² agrega que «Lo fundamental de esta clasificación es que el cumplimiento de la prestación no tiene secuencias ni desdoblamientos ni se prolonga en el tiempo».

Dichos contratos podrán ejecutarse de manera inmediata o en forma diferida. Mosset Iturraspe⁽⁴³⁾ dice al respecto que:

«... un contrato puede realizarse íntegramente, en todos sus efectos, al momento mismo de su perfeccionamiento o puede, por el contrario, ejecutarse de una vez luego de transcurrido un plazo desde su nacimiento».

El contrato de tracto sucesivo será aquel «en el que la duración no es simplemente tolerada por las partes, de modo tal que su utilidad es proporcional a ella. Lo fundamental es que la distribución de la ejecución está dada en el tiempo y éste es su carácter relevante o esencial. Se trata, en suma, en los que

40 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 233.

41 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 70.

42 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 70.

43 Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 70.

existe reiteración de actos ejecutivos, debidamente distribuidos o repetidos»⁽⁴⁴⁾.

Al igual que en los contratos de ejecución instantánea, pueden presentarse contratos de tracto sucesivo de ejecución inmediata o de ejecución diferida, pues como mencionamos anteriormente ambas clasificaciones no cruzan sus aspectos conceptuales.

Siguiendo al mismo autor⁽⁴⁵⁾, diremos que los contratos de tracto sucesivo se dividen, a su vez, en contratos de ejecución continuada y de ejecución periódica o escalonada.

La ejecución será continuada cuando se realiza de manera ininterrumpida, pero desplazada en el tiempo. La ejecución será periódica cuando hay varias prestaciones divididas en el tiempo, que se pueden dar en fechas con espacios que transcurren de manera uniforme o en forma desigual.

Los contratos de fideicomiso pueden tomar las características de cualquiera de estos contratos. De esta manera, podremos ver fideicomisos de ejecución inmediata, como por ejemplo que el encargo trate sobre la venta de un inmueble al contado y al mejor precio actual; asimismo, podemos tener contratos de tracto sucesivo, como, por ejemplo, que se entregue un inmueble al fiduciario con la finalidad de que éste administre una empresa.

2.3.4.11. Contrato solemne o formal

Según su forma, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales.

Los contratos son consensuales, *solus consensus obligat*, cuando, para la celebración del contrato sólo es necesario el consentimiento de las partes. En otras palabras, no se necesita para la

44 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 70.

45 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., p. 70.

celebración del contrato ninguna formalidad ni algún requisito adicional.

Los contratos reales son aquellos en los que la entrega del bien es un requisito de existencia para la celebración del contrato, constituyéndose –de alguna manera– en un elemento formal. Esta posición ha sido descartada por la doctrina contemporánea, pues se considera que si bien es cierto que es un factor fundamental en la contratación, no puede constituirse en requisito fundamental para la existencia del contrato.

Los contratos formales o solemnes son aquellos en que además de necesitar el consentimiento de las partes, se necesita la observación de la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. La doctrina distingue dos formalidades: la formalidad *ad solemnitatem*, que es aquella que es indispensable para la formación del contrato, y la formalidad *ad probationem*, la cual no es indispensable para la validez del contrato, sino sólo para su probanza.

En este sentido, estos contratos están compuestos por dos elementos: el consentimiento y la solemnidad. Ambos elementos son indispensables, debiendo manifestarse el consentimiento de las partes a través de la solemnidad establecida por la ley.

El fideicomiso tiene carácter de contrato solemne, pues la mayoría de las legislaciones que tratan el tema establecen formalidades para darle validez al acuerdo entre las partes para constituir este tipo de contratos.

2.3.4.12. Contrato de negociación previa o por adhesión

Por la manera como se forman los contratos, estos pueden dividirse en contratos de negociación previa o por adhesión.

Es un contrato de negociación previa aquel que tiene una etapa preliminar antes de llegar a la configuración del contrato. Esta etapa tiene como contenido tratativas entre las partes, conversa-

ciones y reuniones en las cuales se van determinando los términos del contrato.

Es un contrato por adhesión aquel en el cual las cláusulas y estipulaciones están previamente determinada por una de las partes, quedándole a la otra parte aceptarlas, dándose por configurado el contrato, o rechazarlas, no formalizándose la relación jurídica.

En este sentido, consideramos que el fideicomiso puede estar inmerso en alguno de estos contratos. De esta manera, el fideicomiso puede responder a una negociación previa entre el fideicomitente y el fiduciario, llegando a un acuerdo sobre los términos del contrato, o responder a la adhesión por parte de la fiduciaria, aceptando los términos planteados por el fideicomitente a fin de que se destinen los bienes a la finalidad querida por él.

Es importante señalar que, al ser las entidades financieras las que han sido aceptadas por la mayoría de legislaciones como entidades fiduciarias, el contrato de fideicomiso rompe con la característica general de los contratos bancarios, en cuanto a la contratación en masa, donde son los clientes los que se adhieren a estos contratos, en aras de una mayor practicidad y las exigencias de la vida moderna. En el contrato de fideicomiso, el fideicomitente o el cliente tienen un rol fundamental para la determinación de las cláusulas del contrato, donde la institución bancaria tendrá que negociar las estipulaciones del mismo con él, o simplemente adherirse a lo determinado por el fideicomitente.

2.3.4.13. Contrato sujeto a un plazo o a una condición

El fideicomiso puede estar sujeto a un plazo, entendiendo este último como un hecho futuro y cierto del cual depende el nacimiento o la extinción de una relación jurídica.

Este plazo puede ser suspensivo o resolutorio. Por ejemplo, un fideicomiso será constituido con plazo suspensivo cuando comience a surtir efectos a partir de una fecha determinada, distinta a la del acto constitutivo. Un fideicomiso será de plazo resolutorio cuando se determine la fecha exacta hasta la cual surtirá efecto el mismo. Este último tendrá una limitación : el límite de tiempo establecido por la ley.

También el fideicomiso puede estar sujeto a una condición, entendiendo este último como un hecho futuro pero incierto del cual depende el nacimiento o extinción de una relación jurídica.

Esta condición también puede ser suspensiva o resolutoria. Por ejemplo, un fideicomiso será constituido con condición suspensiva cuando comience a surtir efectos a partir de la muerte del fideicomitente. Un fideicomiso será constituido con condición resolutoria cuando se determine que el fideicomiso dejará de surtir efectos en tanto perdure la enfermedad del hijo del fideicomitente.

2.4. Propiedad Fiduciaria y Patrimonio especial

Entre los puntos jurídicos que significan una ventaja para la realización y empleo del fideicomiso, y que lo han llevado a ser una figura muy utilizada en muchos países latinoamericanos está, en esencia, la posibilidad de constituir lo que la doctrina ha venido en llamar como la «propiedad fiduciaria», que tiene como característica principal el ser un patrimonio afectado al cumplimiento de una finalidad determinada. Esto conlleva a que los bienes objeto del fideicomiso escapen a las vicisitudes económicas, tanto del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, logrando que el patrimonio de éstos no se confunda con los del fideicomiso y no estén al alcance de los acreedores de las partes intervinientes en el fideicomiso. Hay que agregar, que significa una gran ventaja el hecho de que, al tener que cumplir con los bienes una finalidad determinada y entregar al fiduciario la pro-

piEDAD en función de ello, se tenga una mayor seguridad en la obtención de los objetivos trazados.

Pero, ¿qué tipo de propiedad es la que se transfiere al momento de la realización del fideicomiso? Analizaremos este punto a partir del concepto jurídico de propiedad.

«Propiedad» para Manuel Albaladejo⁽⁴⁶⁾, en un sentido riguroso, significa «uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes, el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta –en principio– queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo»⁽⁴⁷⁾.

Este poder jurídico pleno que se concede al propietario sobre la cosa, al entregarle el señorío total sobre ésta, nos hace ver que este poder es unitario. Sobre este poder descansan una serie de facultades o derechos, o posibilidades de hacer o no hacer sobre la cosa. En otras palabras, el ser propietario tiene como consecuencia que uno pueda usarla, disfrutarla, enajenarla, etc.

Hay que agregar que entre las otras cualidades de la propiedad como poder pleno tenemos que es un derecho absoluto, es

46 ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I, tomo III, Vol. I, pp. 243-245. Librería Bosh, 3a. Ed. Barcelona, 1977. Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos Reales. Materiales de Enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho, p. 13. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.

47 En general, la doctrina se ha dividido en dos grupos respecto de la idea jurídica de propiedad. Una definición analítica sitúa a la propiedad desde un punto de vista cuantitativo, enumerando los atributos o facultades que le confiere al titular de este derecho. Otra definición es la sintética, que, desde un punto de vista cualitativo, ve a la propiedad no como una suma de facultades que posee el propietario, sino afirmando que el derecho de propiedad es un derecho unitario y abstracto.

decir que no cabe sobre una cosa un derecho más amplio que el de propiedad, y que es un derecho exclusivo, pues no permite que haya otra persona con igual derecho sobre la misma cosa.

Si bien las facultades que encierra la propiedad hacen imposible una enumeración exhaustiva de las mismas, es importante señalar las que la doctrina menciona como sus atributos clásicos: usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), abusar (*ius abutendi*), poseer (*ius possidendi*), disponer (*ius disponendi*) y reivindicar (*ius vindicandi*)⁽⁴⁸⁾.

Todos los demás derechos reales «sólo conceden sobre aquella [la cosa] diferentes poderes en orden a la utilidad que (directa o indirectamente) pueda proporcionar en ciertos aspectos (así: obtener sus frutos [derecho de usufructo]; utilizarla en una determinada faceta, por ejemplo para pasar a través de la misma [derecho de servidumbre de paso];...;pero no una dominación total de la misma. Es decir, no constituye sino un señorío parcial. Por eso se llaman derechos reales limitados. No en el sentido de que tengan límites que también el de propiedad los tiene,... sino en el de que son más reducidos que el derecho real pleno (propiedad)»⁽⁴⁹⁾.

En el fideicomiso, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien al fiduciario, en esta forma este último se convierte en el nuevo propietario del bien, estando limitado su accionar sobre el mencionado bien en función de una finalidad determinada por el fideicomitente al momento del acuerdo que dio nacimiento al fideicomiso. El fiduciario fruto de este acuerdo no tiene el señorío total sobre el bien, pues no tendrá nunca el derecho de goce, por

48 El Código Civil Peruano define a la propiedad en su artículo 923: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien...»

49 ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., tomo III, Vol. I, pp. 243-245. Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. cit., p. 13.

lo que no podrá beneficiarse de los frutos que se recojan del bien; asimismo, podrá tener los derechos de uso y disposición en función de las cláusulas del contrato del fideicomiso y estarán en estricta relación con la estructura finalista del contrato. Además, los bienes fideicometidos ingresarán al patrimonio del fiduciario, pero como una masa económica separada del resto de sus bienes. Lo que sí tendrá es el derecho reivindicatorio sobre el bien como manifestación plena del derecho y deber que posee el fiduciario de realizar todo lo que esté a su alcance para la concreción del fin.

Pero no sólo el fiduciario adquiere derechos que son oponibles a terceros y que tienen carácter reivindicatorio; también el fideicomisario ha recibido por parte de varias legislaciones un reconocimiento de estos derechos sobre los bienes fideicometidos.

Sergio Rodríguez⁽⁵⁰⁾, al hablar de los derechos del fideicomisario, señala al respecto que a pesar de existir la facultad genérica de todo acreedor de permitírsele impugnar los actos llevados a cabo en fraude o perjuicio de los acreedores, de manera tal que las cosas vuelvan al estado anterior y si se quiere, los bienes se reintegren al patrimonio del deudor,

«... varias legislaciones consagran también, y en forma independiente, la posibilidad para el beneficiario de reivindicar los bienes que se encuentren en manos de un tercero. Disposición que ha sido criticada con justicia porque la acción reivindicatoria o acción de dominio es propia del dueño, quien despojado de la posesión de uno de sus bienes se dirige contra el poseedor para que judicialmente se ordene su restitución. Teniendo en cuenta que, como lo hemos afirmado, el beneficiario no es dueño, es un simple acreedor y que en todo caso el

50 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 657.

reintegro de los bienes no va a hacerse a su patrimonio, de donde nunca han salido, sino al patrimonio del fiduciario, parece más técnico prescindir de dicha facultad específica y más bien reiterar el principio de que pudiendo pedir la anulación de ciertos actos, el resultado será, en la mayoría de veces, que los bienes regresen al patrimonio del fideicomiso».

Sin percatarse, Sergio Rodríguez nos da cuenta de la evolución de la figura, en donde las legislaciones van moldeando la misma en un afán por recoger la figura del *trust* inglés y a la vez centrarla en el pensamiento socio-económico de las prácticas comerciales en nuestros países. No creemos que se esté desnaturalizando al fideicomiso, sino que se está recreando la figura, con la finalidad de hacerla más atractiva para los agentes económicos, haciendo del fideicomiso una figura *sui generis* en nuestros ordenamientos.

Como podemos ver, el nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria, de lo que sí dispone quien posee el señorío total sobre algún bien. Lo que sucede con esta figura es que al ingresar el *trust* anglosajón en los sistemas legales inspirados en el Derecho Romano, se ha introducido, desde nuestro punto de vista, un nuevo derecho real, que no posee el poder pleno que da el derecho de propiedad, sino que entrega un poder más reducido, que supone un desmembramiento del derecho de propiedad, aspecto propio de otros derechos reales, como pueden ser el usufructo, la servidumbre, entre otros.

Consideramos que esta sería la solución para entender la verdadera naturaleza jurídica de la «propiedad» entregada en el fideicomiso y que la doctrina ha venido en llamar «propiedad fiduciaria», teniendo ésta características propias con respecto de los derechos reales clásicos.

Ya Arocha⁽⁵¹⁾ advierte de ciertos autores que defienden otra posición, la misma que manifiesta que en el fideicomiso existen dos titulares del bien fideicometido, el fiduciario, como titular jurídico, y el fideicomisario, como titular económico. Basan su apreciación en la doctrina anglosajona que cuando habla del *trust* califica al *trustee* y al *cestui que trust* como propietarios del mismo bien, sin tomar en cuenta que estos fundamentos encuentran su lógica en un sistema muy distinto al nuestro, donde existen dos jurisdicciones que actualmente se complementan entre sí, como son el *common law* y el *equity law*. Además, emplean el término titularidad, cuya definición no es clara ni en nuestra doctrina, ni en las legislaciones ni jurisprudencia latinoamericanas. Hay que agregar, que en nuestros sistemas es inadmisibile que sobre un mismo bien recaiga el mismo derecho de propiedad en dos personas distintas.

Nosotros estamos afirmando la presencia de un nuevo derecho real, pero para que esto ocurra debe contener las características propias de este tipo de derechos. Así, la propiedad fiduciaria debe contener el carácter inmediato y el carácter absoluto de este tipo de derechos. Mediante el primero –carácter inmediato–, el que detenta dicho poder lo realiza y ejercita directamente sobre los bienes sin intermediación de otras personas. Esto sucede en el fideicomiso, donde, una vez celebrado el contrato, el fiduciario tendrá una relación directa con el bien, no mediando entre ellos más que el actuar del fiduciario y la conciencia de éste de realizar sus acciones conforme a los lineamientos establecidos en el contrato que le dio origen. Por el segundo –carácter absoluto–, el titular del derecho real concretiza su derecho no sólo frente a un sujeto determinado sino también frente a terceros, es decir es un poder *erga omnes*. En la propiedad fiduciaria, tal como estamos viendo, encontramos un derecho en el fiduciario *erga omnes*, porque lo podrá oponer a cualquiera que quisiese tener una rela-

51 ARROCHA MORTON, Carlos. Op. cit., p. 75-76.

ción directa con los bienes fideicometidos, inclusive en contra del fideicomitente o del fideicomisario.

Esta afirmación –de estar frente a un derecho real– se reafirma con la clásica distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito o derechos personales. En los primeros, el derecho recae en forma directa e inmediata sobre el bien y genera una relación directa entre el individuo y el bien; sin embargo, en los derechos de crédito encontramos una relación entre dos o más personas, teniendo entre ellas la facultad de exigirse una conducta determinada.

En la propiedad fiduciaria, encontraremos que existe una relación directa entre los bienes fideicometidos y el fiduciario, pues éste podrá usar y disponer de los bienes de acuerdo con la finalidad determinada en el contrato. También existe entre el fiduciario y, el fideicomitente y el fiduciario, un derecho de crédito, al tener estos últimos la posibilidad de exigir al fiduciario una conducta encaminada a la consecución del fin establecido en el contrato de fideicomiso.

Somos conscientes de que esta distinción clásica ha recibido duras críticas en la doctrina, pero la mencionamos en primer lugar con fines didácticos. Entre las posiciones que han aparecido, podemos mencionar la concepción obligacionista de los derechos reales, la cual afirma que los derechos reales originan un deber universal de abstención, teniendo eficacia *erga omnes*, mientras que en los derechos de crédito hay un sujeto pasivo frente al titular del derecho, originando un derecho cuya eficacia es inter partes .

Dentro de esta concepción, parece claro notar que los derechos adquiridos por el fiduciario –al ser titular de la propiedad fiduciaria– son oponibles a terceros, pues él adquiere ante terceros la calidad de propietario del bien, siendo –por lo tanto– propio de este derecho el atributo *erga omnes*.

Otra posición, cercana a la anterior, manifiesta que los derechos reales decide el asunto de la imputación de los bienes entre los diferentes integrantes de una sociedad. En cambio, los derechos de crédito están relacionados con la cooperación entre las personas de una colectividad; en otras palabras, el intercambio recíproco de bienes y servicios.

En este sentido, es importante señalar que la atribución de los bienes fideicometidos al fiduciario, forma parte fundamental de la naturaleza del fideicomiso, cosa que la comunidad está en la obligación de respetar, teniendo el fiduciario las acciones que la legislación ponga a su disposición para hacer valer su derecho. No estamos, pues, ante un derecho en el que estén implicados sólo miembros específicos de la sociedad y que sólo ellos tengan el deber de respetar, aspecto propio de los derechos de crédito.

De esta manera, al igual que cualquier derecho real, se reafirma el carácter subjetivo de la propiedad fiduciaria, al reconocerse al fiduciario un interés tutelado por un ordenamiento jurídico frente a los intereses de los demás, siendo así cómo el fiduciario podrá ejercer y poner en acción el valor de su derecho pues es merecedor de la tutela del derecho.

La propiedad fiduciaria será entonces un nuevo derecho real en la que su titular no ejerce el poder pleno sobre los bienes fideicometidos, pues su accionar sobre éstos estará mediatizado en función de la finalidad establecida al momento de celebrar el contrato, pero que ante terceros el fiduciario figura como propietario del bien (y por eso utilizamos el término propiedad para acentuar la relación de pertenencia), a pesar de ser otros los beneficiarios de tales derechos.

Esto se debe a que a pesar de recibir la propiedad de los bienes fideicometidos y recaer sobre él la titularidad de los mismos, el fiduciario sólo tendrá las atribuciones necesarias para realizar el fin determinado al momento de constituir el fideicomiso. Esto hace notar que mientras un propietario en el uso pleno de sus

derechos tiene la posibilidad de gozar, usar y disponer de sus bienes, el fiduciario o propietario fiduciario no tendrá idénticas facultades, al no tener definitivamente el derecho de goce y en cuanto al uso o administración y enajenación de los bienes fideicometidos, ambos estarán en función del acto constitutivo. Es así como el fiduciario podrá realizar la administración del bien como una facultad, pero también como una carga, porque de la conducción, manejo, guarda, custodia, conservación y explotación económica del bien, dependerá la apropiada e idónea realización de lo establecido en el fideicomiso.

En otro orden de ideas, hemos mencionado que una de las características de la propiedad fiduciaria es el constituirse en un patrimonio afectado a una finalidad determinada, escapando estos bienes de las vicisitudes económicas de los agentes económicos que intervienen en el fideicomiso. De esta manera, se forma este conjunto de bienes fideicometidos que componen una unidad patrimonial separada del resto de bienes del fiduciario.

Este patrimonio escapa de la concepción clásica de patrimonio, el cual es definido como el conjunto de derechos y relaciones jurídicas unidas a una persona, siendo para ésta un único patrimonio, no pudiendo existir varias masas patrimoniales a un solo sujeto.

Podemos definir al patrimonio como «un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas, de contenido económico que se consideran como integrantes de una universalidad jurídica que tiende a un mismo fin y corresponde a una persona»⁽⁵²⁾.

Los Mazeaud⁽⁵³⁾ explican que:

52 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., p. 59.

53 MAZEAUD, Henri, Jean y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. IV, Páginas 449-450. Ediciones jurídicas europa-América. Buenos Aires, 1960. Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. cit., pp. 334-335.

«Los derechos extranjeros rechazan la noción del patrimonio unido a la personalidad. El derecho anglosajón no la ha admitido jamás. El derecho alemán y el derecho suizo la han abandonado. Para esos modernos derechos el patrimonio es cesible, incluso en el vida del titular (artículo 419 del Código Civil alemán); y, sobre todo, una persona puede tener varios patrimonios afectados a fines diferentes.

Hacia esa noción del patrimonio de afectación, del patrimonio existente como universalidad desde que se halle destinado a un fin, es hacia donde debería dirigirse resueltamente el derecho francés.

(...)

En todo caso se impone una reforma, la del reparto o la división del patrimonio: los derechos de que sea titular una persona deben poder constituir masas de bienes distintas, verdaderos patrimonios, susceptibles de ser transmitidos separadamente, incluso en vida del titular».

Al igual que en otras figuras, en el fideicomiso encontramos una masa de bienes separada del patrimonio de su titular, obediendo a reglas distintas y formando una universalidad diferente. Los Mazeaud⁽⁵⁴⁾ brindan una serie de ejemplos de estas otras figuras; así encontramos en el Derecho de sucesiones, la separación de los patrimonios demandada por los acreedores o en caso de ausencia, los bienes del ausente forman parte de una masa distinta en poder del heredero; en los regímenes matrimoniales, los bienes comunes; en el Derecho comercial, el fondo de comercio tiende a convertirse en un patrimonio autónomo, o la noción

54 MAZEAUD, Henri, Jean y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. IV, pp. 426-430. Ediciones jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1960. Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. cit., pp. 333-334.

de empresa, que a su entender, unifica las numerosas actividades que concurren a un mismo fin implica una universalidad más amplia que el patrimonio.

A pesar de estar de acuerdo en que el patrimonio tipo dentro de nuestras legislaciones debe ser el patrimonio de la persona con carácter único, es necesario advertir que las exigencias del tráfico económico y jurídico exigen la presencia de figuras como el fideicomiso, con el fin de insertar nuestras economías al mercado mundial, estando acorde con la cultura de globalización de las actividades comerciales en el mundo, y sobre todo, para evitar el que se realicen esfuerzos de ingenio entre los actores jurídicos para adecuar a nuestros sistemas figuras tan dinámicas como la que estamos estudiando, sin estar seguros de no desvirtuar la verdadera naturaleza de las mismas.

Nosotros calificamos a los bienes entregados en fideicomiso como un patrimonio afectado a un fin determinado⁽⁵⁵⁾. En este sentido, este patrimonio, que tiene como titular del mismo al fiduciario, contará con ciertas características especiales:

1. Los bienes están separados del resto de activos del fiduciario, diferencia exigida sobre todo en términos contables, a fin de que los bienes de un fideicomiso no se confundan con los bienes del fiduciario, ni de otros bienes fideicometidos y que están bajo la administración del mismo.
2. Los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así, al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los

55 Concluimos afirmando que la propiedad fiduciaria no es patrimonio autónomo, sino más bien un patrimonio con un destino especial o con un fin determinado, pues la lógica jurídica de los países cuyas legislaciones están inspiradas en el Derecho Romano, hacen que no podamos pensar en patrimonios que no recaigan sobre la titularidad de algún sujeto determinado.

sujetos mencionados. De esta manera, a pesar de ser el fiduciario propietario del bien fideicometido, estos bienes no podrán estar dentro de las pretensiones de sus acreedores, por el carácter autónomo de los mismos y porque otros figuran como beneficiarios de tales derechos. En cuanto al fideicomitente, el haber transferido la propiedad del bien hace que los bienes del fideicomiso estén fuera de su patrimonio y que estén fuera del alcance de sus acreedores, salvo que este fideicomiso se haya constituido con finalidad fraudulenta. Sobre el fideicomisario, sus acreedores no podrán recaer sobre los bienes fideicometidos, al no formar parte de su patrimonio. Máximo podrán pretender algún derecho sobre los frutos percibidos por el fideicomiso.

2.5. Los bienes

El bien o los bienes materia del contrato de fideicomiso, pueden ser, en términos generales, cualquier bien o derecho que sea susceptible de enajenación por parte del fideicomitente. Es decir, no podrán ser materia de un contrato de fideicomiso aquellos derechos que el fideicomitente los tenga con carácter personalísimo.

La transferencia de estos bienes deberá cumplir con todos los requisitos formales establecidos por la ley. Por ejemplo: deberá realizarse la tradición, inscribirse la transferencia en los Registros Públicos respectivos, etc.

Sergio Rodríguez⁽⁵⁶⁾ señala que «Algunas legislaciones prevén específicamente que puedan transmitirse bienes o derechos en propiedad al fiduciario, lo que siempre ocurre, pero estableciendo al mismo tiempo derechos de usufructo, uso o habitación a favor del fideicomisario. En este supuesto, a más de las limitaciones ordinarias que ponen coto a las facultades naturales del pro-

56 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 637.

pietario fiduciario, éste no sería más que un nudo propietario, siendo los beneficiarios usufructuarios o titulares de los derechos de uso o habitación».

Estos bienes forman una masa patrimonial totalmente autónoma de los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario, el fideicomitente o el fideicomisario, teniendo características propias como es que efectivamente los bienes están separados del activo contable del fiduciario; que sólo pueden garantizar obligaciones generadas a partir del destino que se ha determinado para los bienes, estando excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, haciendo la salvedad de que sobre este último sí cabe la posibilidad de que se tomen medidas legales sobre los frutos que les son destinados, pues se trata de derechos patrimoniales que ya forman parte de su patrimonio.

2.6. Finalidad determinada

Se constituye en una de las características más importantes en el fideicomiso el destinar los bienes fideicometidos a la consecución de una finalidad determinada. En este sentido, la entidad fiduciaria no podrá dirigir los bienes hacia un fin distinto, que no sea otro que lo estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso.

Batiza⁽⁵⁷⁾ sostiene que «puede afirmarse que la única razón de ser de las facultades que corresponden al fiduciario consiste en hacerle posible el cumplimiento de su obligación fundamental que es la realización del fin del fideicomiso que se le encomienda».

2.7. Temporalidad

Podemos decir al respecto que este tema ha sido abordado de dos maneras. En primer lugar, tenemos una posición que establece como principio general que el fideicomiso es indefinido, seña-

57 Citado por ARROCHA MORTON, Carlos. Op. cit., p. 61.

lándose excepciones al respecto. En segundo lugar, existe otra posición, contraria a la primera, que establece como principio el límite temporal para el fideicomiso, determinando excepciones a ello.

La primera posición señala que los fideicomisos realizados a favor de personas naturales o de personas jurídicas, que sean organismos del Estado o que obren a favor de objetivos de bien social o cultural, pueden establecerse con carácter indefinido. El fideicomiso establecido a favor de personas naturales tendrá como límite la propia vida de esta persona, mientras que el fideicomiso dado a favor de las personas jurídicas antes mencionadas durará hasta que exista esta persona jurídica o hasta que persista en sus objetivos de alto contenido social o cultural. Sólo tendrán un límite temporal aquellos fideicomisos cuyos beneficiarios sean personas jurídicas distintas a las que hemos indicado en este párrafo.

La segunda posición señala que los fideicomisos tendrán siempre un límite temporal, con un máximo de tiempo determinado por la ley. Como excepción (es decir que podrán tener carácter indefinido) tendremos aquellos fideicomisos otorgados a favor de personas naturales incapaces, hasta que perdure la incapacidad, y aquellos fideicomisos otorgados a favor de personas jurídicas estatales o cuyos objetivos tengan profundo contenido social o cultural.

En otras palabras, la diferencia fundamental entre ambas posiciones radica en la temporalidad asignada a los fideicomisos otorgados a favor de las personas naturales, pues la primera posición da carácter de indefinido a este tipo de fideicomisos, mientras que la segunda, le pone un límite temporal.

El legislador optará por alguna de estas dos posiciones al momento de recoger la figura del fideicomiso. Criterios económicos y sociales regirán su determinación, buscarán la posibilidad de no mantener la riqueza indefinidamente congelada en beneficio de al-

guna persona o tener la idea de que las finalidades instituidas en el fideicomiso pueden concretarse en un tiempo determinado.

2.8. Irrenunciabilidad

El fideicomiso, en principio, es irrenunciable, salvo algunas excepciones establecidas por la ley o por causas expresamente establecidas por el acto constitutivo.

Estas excepciones son abordadas a lo largo del punto dedicado a obligaciones y derechos de las partes de un fideicomiso, y a él nos remitimos para mayor profundidad del tema.

2.9. Elementos personales o partes que intervienen

2.9.1. Fideicomitente

Los autores usan para identificarlo denominaciones como fideicomitente, fiduciante o constituyente⁽⁵⁸⁾.

Para Rodolfo Batiza⁽⁵⁹⁾ «es la persona natural o jurídica que crea un fideicomiso por una declaración expresa de la voluntad». Casi con idénticas palabras Leonor Ibarra⁽⁶⁰⁾ define al fideicomitente como «...la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de su voluntad». Para Catalina Idarra y Monique Didier⁽⁶¹⁾ «el constituyente es la persona que como su

58 Ricardo Alfaro lo llama fideicomitente; Sergio Rodríguez y Gamboa lo denomina –indistintamente– fideicomitente, fiduciante o constituyente; Claudia Prieto y Wilma Yamhure lo llaman fideicomitente o constituyente; Catalina Idarra y Monique Didier lo mencionan como constituyente o fideicomitente; Leonor Ibarra lo denomina fiduciante o fideicomitente.

59 IDARRAGA DE ROSSI, Catalina y Monique DIDIER DE UCROS. La fiducia y la responsabilidad del fiduciario, p. 25. Tesis de Grado para optar título de Abogadas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1983

60 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., p. 103.

61 IDARRAGA DE ROSSI, Catalina y Monique DIDIER DE UCROS. Op. cit., p. 22.

nombre lo indica crea la fiducia». Ricardo Alfaro⁽⁶²⁾ nos dice que «el fideicomitente es la fuente del fideicomiso»

Para Sergio Rodríguez⁽⁶³⁾ «el fiduciante, es como su nombre lo indica, quien constituye el fideicomiso, quien transfiere unos bienes de su patrimonio para conseguir por medio de un tercero una determinada finalidad».

Para Jaime Lara Meléndez⁽⁶⁴⁾ es «aquella persona que destina y transfiere uno o más bienes para el cumplimiento de una finalidad determinada en su propio provecho o de un tercero».

De esta manera, el fideicomitente es aquel que constituye el fideicomiso, transfiere la propiedad de algunos bienes de su patrimonio a otra persona (el fiduciario) para lograr, por intermedio de este último, una finalidad determinada, en provecho propio o de un tercero

El fideicomitente será cualquier persona, natural o jurídica, capaz de disponer de sus bienes a fin de poder constituirlos en fideicomiso. Las personas incapaces podrán actuar mediante sus representantes legales⁽⁶⁵⁾.

2.9.2. Fiduciario

Jaime Lara Meléndez⁽⁶⁶⁾ define al fiduciario como «aquella persona a la cual el fiduciante transfiere el dominio de uno o más

62 Citado por GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 43.

63 Citado por GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 43.

64 Citado por GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 44.

65 En este sentido se manifiesta Mario Bauche en su obra «Operaciones Bancarias» (Op. cit. 374), al decirnos que el fideicomitente es el «...ente físico, que puede ser cualquier persona, o el ente moral —una sociedad mercantil, una asociación civil, etc.— con capacidad legal para contratar y obligarse».

66 Citado por IDARRAGA DE ROSSI, Catalina y Monique DIDIER DE UCROS. Op. cit., p. 29.

bienes especificados en el encargo de administrarlos para cumplir con una finalidad determinada en provecho del propio fiduciante o de un tercero».

Para Raúl Cervantes Ahumada⁽⁶⁷⁾ el fiduciario «es la persona a quien se le encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos».

Sergio Rodríguez⁽⁶⁸⁾ manifiesta que el fiduciario es:

«...quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos y enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues no sólo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento».

A entender de Fernán García De La Torre⁽⁶⁹⁾, el fiduciario «es el adquirente del conjunto de bienes especificados objeto del negocio y por lo tanto tiene una doble investidura: la de verdadero propietario, y la de ejecutor de la voluntad consagrada en el acto constitutivo».

Para José Villagordoa⁽⁷⁰⁾ el fiduciario es:

«...la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y que se encarga de la realización de los bienes del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por

67 Citado por GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 46.

68 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 633.

69 GARCIA DE LA TORRE, Fernan. Op. cit., p. 59.

70 Citado por PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. La Fiducia Mercantil Inmobiliaria. p. 139. Tesis de Grado para optar título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1986.

medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente»

De esta manera, podemos definir al fiduciario como aquella persona sobre la cual el fideicomitente realiza la transferencia de propiedad de los bienes fideicometidos, lo que hará que el fiduciario sea el nuevo propietario del bien, pero estará limitado su accionar a la realización de los fines determinados al momento de configurar el fideicomiso.

Como hemos mencionado anteriormente, el fiduciario tendrá las atribuciones indispensables para el cumplimiento de la finalidad determinada en el fideicomiso. En este sentido, el fiduciario no tendrá nunca el goce de los bienes fideicometidos, pues los beneficios de los mismos están destinados a la finalidad establecida. Asimismo, las facultades de uso o administración, y de enajenación estarán previamente delimitadas en el acto que da origen al fideicomiso, pudiendo encontrarse estas facultades señaladas en forma detallada, de manera discrecional o combinando ambas posibilidades.

Históricamente, hemos visto cómo la confianza que deposita el fiduciante en el fiduciario era fundamental para la realización de la fiducia. Vimos cómo honorabilidad u honestidad en el desempeño de sus funciones y la amistad entre las partes hacía posible la concreción de la figura. Actualmente, la confianza que deposita el fideicomitente en el fiduciario está basada en tres condiciones, fundamentalmente: la honorabilidad en el cumplimiento del encargo, la experiencia en la actividad económica que interese y, sobre todo, la seguridad de que su encargo sea realizado de manera eficaz y eficiente, teniendo un respaldo de seriedad y solvencia económica garantizada.

Esto ha llevado a que en los ordenamientos legales latinoamericanos las únicas personas autorizadas para tener la calidad de fiduciarios sean las instituciones financieras y las sociedades fiduciarias previa autorización expresa, en un afán por parte del

Estado, de brindar las garantías necesarias para que esta confianza depositada en las entidades fiduciarias por parte de los particulares no sea defraudada.

Al hacer un estudio de la legislación latinoamericana, Sergio Rodríguez⁽⁷¹⁾ recuerda las diversas maneras en que nuestras leyes abordan los distintos aspectos que se pueden presentar al respecto:

«Pueden designarse varios fiduciarios para el ejercicio del encargo conjunta o separadamente o de manera que unos se sucedan a otros en caso de no aceptación o de falta. Si el encargo se cumple conjuntamente existen numerosas disposiciones en las leyes que, en términos generales, establecen que en caso de empate decidirá el juez; si el número es impar la decisión será de la mayoría; quien salve su voto no será responsable por las actuaciones de los demás, salvo que por los hechos y omisiones las prohija ulteriormente, etc. El sustituto, por su parte, no responde por las actuaciones de su antecesor, a menos que culpablemente los encubra o no tome los correctivos enderezados a mejorar decisiones que pudieran calificarse de censurables, incluyendo el ejercicio de acciones judiciales contra su predecesor.

(...)

La tendencia de las legislaciones es imponer al fiduciario la obligación de aceptar, salvo justa causa. Sin embargo, si en todas no se establece lo mismo, es decir, cabe en algunas la no aceptación, lo que parece constituir una regla general es que una vez aceptado no es posible renunciar al encargo, sino por justa causa calificada por el juez o la entidad competente, quienes deberán impartir su aprobación de que la renuncia surta efecto».

71 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 634.

Hay que agregar que el fiduciario no podrá jamás tener la condición de fideicomisario, ni delegar el encargo a otra persona. Asimismo, es necesario señalar que el fiduciario quedará libre de responsabilidad cuando actúe en función de los términos establecidos al momento de constituirse el fideicomiso.

2.9.3. Fideicomisario

La doctrina lo identifica no sólo con el término fideicomisario, sino también con la denominación de beneficiario⁽⁷²⁾.

El fideicomisario o beneficiario, a entender de Gamboa⁽⁷³⁾, es «aquella persona que recibe en último término el beneficio constituido a su favor por el fiduciante o fideicomitente a través del fiduciario».

Para Valencia Zea⁽⁷⁴⁾ «el fideicomisario o beneficiario es el que tiene el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de todas sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad de su incumplimiento».

Sergio Rodríguez⁽⁷⁵⁾ expresa que el fideicomisario «es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado».

Según Mario Bauche Garciadiego⁽⁷⁶⁾, el fideicomisario «es aquel quien recibe el beneficio del fideicomiso, que puede ser un

72 P.ej. Valencia Zea, Gamboa y Catalina Idarraga y Monique Didier usan indistintamente ambos términos, Sergio Rodríguez, Mario Bauche, Raúl Cervantes lo mencionan simplemente como fideicomisario.

73 GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 52.

74 Citado por GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. Op. cit., p. 52.

75 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 635.

76 BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. cit, p. 374.

familiar, un amigo, un acreedor, una institución benéfica, etc. Bien puede suceder que no exista fideicomisario determinado».

Raúl Cervantes Ahumada⁽⁷⁷⁾ nos dice que «es fideicomisario la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente, pero ya indicamos que no puede serlo el fiduciario».

Fernan García De La Torre⁽⁷⁸⁾ define al fideicomisario como «... la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio; de aquí que la capacidad requerida sea la de goce».

Para Leonor Ibarra Díaz⁽⁷⁹⁾ el fideicomisario «es el sujeto en cuyo provecho o beneficio cumple el fiduciario el encargo de destinar ciertos bienes a una finalidad lícita previamente determinada por el fiduciante en el acto constitutivo del fideicomiso».

Para Catalina Idarraga y Monique Didier⁽⁸⁰⁾ «el tercer elemento personal es el beneficiario o fideicomisario en cuyo provecho se constituye el negocio fiduciario».

Por lo tanto, podemos definir al fideicomisario por su característica principal, el ser aquella persona sobre la cual recae el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso. En este sentido, tendrá el legítimo interés en el encargo al fiduciario de cumplir con la finalidad determinada por el fideicomitente y el derecho de reclamar dicho cumplimiento y acudir a los mecanismos legales pertinentes en caso de incumplimiento del encargo antes mencionado.

Podrá ser fideicomisario cualquier persona, sea natural o jurí-

77 PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 139.

78 GARCIA DE LA TORRE, Fernan. Op. cit., p. 60.

79 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., p. 104.

80 IDARRAGA DE ROSSI, Catalina y Monique DIDIER DE UCROS. Op. cit., p. 38.

dica, al ser innata la capacidad general o de goce de las personas (entre las que se encuentra la capacidad para recibir derechos), salvo restricción expresa de la ley o incapacidades particulares.

Hay que señalar que la calidad de fideicomisario puede tenerla el fideicomitente, mas nunca el fiduciario. Asimismo, pueden haber varios fideicomisarios, dándose la posibilidad de no estar determinado al momento de la realización del fideicomiso. Lo que está muy claro es la prohibición de establecer las llamadas sustituciones fiduciarias.

Claudia Prieto y Wilma Yamhure⁽⁸¹⁾ citan a la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) la cual manifiesta lo siguiente:

«El fideicomisario es la persona natural o jurídica, o la entidad de Derecho Público o Privado con la personalidad jurídica, en cuyo beneficio se constituye el fideicomiso, en el entendido de que puede ser singular o plural, de que es factible que se le asigne o no al constituirse el fideicomiso, y de que puede serlo el mismo fideicomitente. El fideicomisario requiere capacidad de goce, pues ha de estar en aptitud de recibir el beneficio derivado de la realización de los fines del fideicomiso».

2.10. Contenido del contrato de fideicomiso

Entendemos como contenido del contrato la constitución, modificación o extinción de una o más relaciones jurídicas⁽⁸²⁾. En este sentido, y como dice Giovanni Pachioni⁽⁸³⁾, el «objeto del

81 PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 139.

82 Optamos por el término «contenido» en preferencia del término «objeto» del contrato, a fin de no crear confusión con lo que significa el objeto de la obligación. Esto porque el contenido u objeto del contrato se agota en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, teniendo estas últimas su objeto claramente distinguible.

83 PACHIONI, Giovanni. Objeto del Contrato. En: *Derecho Civil 8: Contratos*

contrato en suma es siempre, o la transferencia directa de un derecho por parte de un contratante a otro, o la obligación que por un contratante se asume frente a otro de ejecutar una determinada prestación». En otras palabras, el contenido de todo contrato será la transferencia de propiedad o la obligación de hacerlo, la entrega de la posesión de una cosa, la obligación de realizar u omitir determinada acción, etc.

En este sentido, el contrato de fideicomiso tendrá como contenido una relación jurídica en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que esta última destine los bienes a una finalidad determinada en favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario.

2.11. Obligaciones que nacen del fideicomiso

2.11.1. La obligación

Siguiendo a Ernesto Clemente Wayar⁽⁸⁴⁾ diremos que una relación jurídica no es otra cosa que la relación social captada por el Derecho objetivo y que:

«...queda configurada, entonces, cuando el Derecho objetivo capta una relación entre personas, establecida para la consecución de fines considerados dignos de tutela, y le atribuye a una (o varias) de ellas un poder y le impone a otra (u otras) el deber correlativo. Poder y deber son emanaciones del orden jurídico».

Ubicando en este contexto a la relación obligatoria, hay que

- Parte General. Materiales de enseñanza, p. 239. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991-II.

84 Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Tratado de las Obligaciones, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo I, p. 94. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994.

señalar que Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁽⁸⁵⁾, al referirse a esta relación de obligación explican que en ella:

«... el poder sólo puede ser ejercido frente a determinada persona, que está obligada a satisfacer el interés de aquél que goza del poder. Se requiere de la cooperación del sujeto pasivo, porque es precisamente el comportamiento de éste el que habrá de satisfacer, normalmente, el interés de quien ostenta el poder. La relación es de obligación porque poder y deber materializan un vínculo jurídico concreto y perfectamente localizado entre dos personas o centros de interés: el sujeto activo tiene derecho a exigir que el sujeto pasivo observe una conducta específica y éste está obligado a observar esta conducta».

Los mismos autores definen la obligación como «... una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley»⁽⁸⁶⁾.

2.11.2. Elementos de la obligación

Los elementos de la obligación, adoptando los conceptos de Manuel Albaladejo⁽⁸⁷⁾, son cuatro:

85 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 95.

86 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 95.

87 ALBALADEJO, MANUEL, Manuel. Curso de Derecho Civil Español, tomo II, p. 12. Lib. Bosch. Barcelona, 1984.

1. El vínculo jurídico
2. Los sujetos
3. La prestación
4. La causa

2.11.2.1. El vínculo jurídico

El vínculo jurídico es el nexo que liga una persona a la otra. Este vínculo incluirá tanto la deuda o deber de prestación y el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento. En otras palabras, el mencionado vínculo contiene el débito y el crédito del deudor y acreedor respectivamente. Asimismo, el vínculo jurídico comprende la responsabilidad del deudor y el poder del acreedor de dirigirse contra el patrimonio del deudor.

En el fideicomiso existen entre los elementos personales una serie de vínculos jurídicos que hacen posible la configuración del fideicomiso. Es así como, por ejemplo, existe la obligación de transferir el bien, donde confluyen el deber jurídico por parte del fideicomitente de realizarlo y la acreencia del fiduciario de exigirla.

Como otro ejemplo podemos mencionar la deuda que tiene el fiduciario de destinar los bienes a la finalidad determinada en el contrato, constituyéndose en acreedor, ya sea el fideicomitente o el fideicomisario, dependiendo del caso.

2.11.2.2. Los sujetos

Son aquellas personas ligadas por el vínculo jurídico; y como mínimo debe existir un acreedor (sujeto activo) y un deudor (sujeto pasivo) en la obligación, pero nada impide que puedan haber más.

Por otra parte, los sujetos pueden ser determinados desde el momento inicial de la relación obligacional, o determinables, en

base a situaciones establecidas en el inicio de la misma relación obligacional.

Estas personas son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, los cuales estarán unidos por los vínculos generados a partir de los términos del contrato.

Asimismo, cabe dentro del fideicomiso la posibilidad de determinar tanto al fiduciario como al fideicomisario posteriormente en función de las circunstancias previstas en los términos del acto que da origen al fideicomiso.

2.11.2.3. La prestación

Es el objeto o contenido de la obligación y está determinada por una conducta que constituye el deber del obligado y la satisfacción del interés del acreedor. Esta conducta se constituye en un dar, hacer o no hacer algo.

Los requisitos que debe cumplir la prestación son:

2.11.2.3.1. Posibilidad

La prestación ha de ser posible, teniendo como principio básico de que «nadie puede estar obligado a lo imposible». Esta imposibilidad puede ser objetiva, es decir imposible para todos los sujetos; o subjetiva o relativa, es decir imposible para un sujeto en particular.

También la imposibilidad puede ser originaria o subsiguiente, dependiendo de si la imposibilidad se sitúa en el momento de nacer la obligación o si se presenta luego de originarse la obligación.

Asimismo, tenemos imposibilidad de hecho o de derecho⁽⁸⁸⁾. En el primer caso, porque la acción misma a la cual se está obligando el deudor es totalmente imposible, o en el segundo caso,

88 Artículo 140, inciso 2 y 219 inciso 3 del Código Civil Peruano de 1,984

porque si bien es materialmente posible para el deudor realizar su acción, la ley la prohíbe por sí o por los medios realizados para llegar a cumplirla.

Hay que agregar que la imposibilidad también puede presentarse de manera total, en cuyo caso la obligación nunca nace; y de manera parcial, en cuyo caso dependerá de la decisión del acreedor o de la viabilidad de realizar la prestación.

En estos términos, las prestaciones nacidas del fideicomiso deben ser posibles. Tanto el fideicomitente como el fiduciario deberán tener la posibilidad de hecho y de derecho para concretizar sus prestaciones. Por ejemplo, el fideicomitente deberá tener la posibilidad de transferir el bien materia del contrato; y el fiduciario deberá ser una entidad debidamente autorizada para poder tener tal condición y consecuentemente realizar las prestaciones propias de dicha función.

2.11.2.3.2. Licitud

La prestación debe ser lícita. Para Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁽⁸⁹⁾ el requisito de licitud «se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público»⁽⁹⁰⁾.

Esta característica es sumamente importante en la dinámica del fideicomiso, debido que éste puede encerrar un fraude a terceros acreedores. Es así como, la mayoría de legislaciones que tratan sobre el tema reiteran esta disposición y la señalan expresamente.

89 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 147.

90 Artículo V del Título Preliminar, artículo 140 inciso 3 y artículo 219 inciso 4 del Código Civil.

2.11.2.3.3. Determinación o determinabilidad

La prestación debe ser determinada o determinable. Existen tres formas de determinar la prestación: una de ellas es que las partes, de común acuerdo, la determinen; otra posibilidad es que se acuda a algún elemento objetivo para determinar la prestación⁽⁹¹⁾; y la última posibilidad es acudir a un criterio subjetivo para determinarla⁽⁹²⁾.

Las prestaciones deben estar claramente determinadas al momento de constituir el fideicomiso. Asimismo, podrán quedar determinadas las obligaciones dependiendo de las situaciones planteadas en el acto que dio origen al fideicomiso. Es importante señalar que las normas que legislan sobre el punto, señalan que en caso de alguna duda sobre la determinación de las obligaciones se puede acudir a los órganos que se creen para tal efecto o se podrá acudir al organismo oficial encargado de la supervisión de los fideicomisos o al órgano judicial correspondiente.

2.11.2.3.4. Patrimonialidad

Coincidiendo con el criterio objetivo para analizar el carácter patrimonial de la prestación, citamos nuevamente a Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁽⁹³⁾, quienes afirman al respecto que:

«... como regla general, la patrimonialidad no se define únicamente por la valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés

91 Artículo 1545 del Código Civil.

Un ejemplo sobre este punto es determinar el precio de un bien en función de algún índice económico o el valor en el mercado a la fecha de hacer efectivo el pago.

92 Artículo 1143 del Código Civil

Un ejemplo es la determinación de la prestación por un tercero en la obligación de dar un bien incierto.

93 OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 147.

subjetivo; sino por la prestación en si, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específico, encarnado por el juez, que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación».

Por lo demás, este tema es desarrollado en el punto dedicado a la propiedad fiduciaria y al patrimonio especial, al cual nos remitimos para mayor profundidad.

2.11.2.4. La Causa

Siguiendo la opinión de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, la causa de la obligación, «causa legal» o «causa final», es un elemento de la relación obligatoria con categoría de esencial. La causa de la obligación responde a la pregunta ¿por qué se debe? Esto lo diferencia del consentimiento que responde a la interrogante ¿ha querido deber? y del objeto, que responde a la pregunta de ¿qué se debe?.

Los mismos autores refieren que la causa de la obligación, vinculada al contrato es la razón por la que asume su obligación el contratante. Afirman que la causa de la obligación es:

«... siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos, se diferencia, desde luego, de la causa del contrato que (...) es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo».⁽⁹⁴⁾

En este sentido, en los contratos de prestaciones recíprocas la causa de la obligación de cada una de las partes es el compromi-

94 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 179.

so asumido por la otra parte, existiendo, claramente, la interdependencia entre las prestaciones. El fideicomiso, cuando se constituye como contrato tendrá como causa de la obligación las prestaciones recíprocas que se deben el fideicomitente y el fiduciario entre sí, y que trataremos a continuación.

2.11.3. Derechos y obligaciones del fideicomitente

2.11.3.1. Derechos del fideicomitente

Existen derechos del fideicomitente que resultan de su voluntad al momento de constituir el fideicomiso, y otros derechos que la ley le ha otorgado, basados en la protección de los intereses de las partes contratantes.

Es importante señalar que existe coincidencia en afirmar que el interés del fideicomitente es desaparecer luego del acto constitutivo que da origen al fideicomiso, por lo que se señala que los derechos que se reserva el fideicomitente deben constar de manera expresa en el mencionado acto.

1) Designar al fiduciario y fideicomisario

El fideicomitente tiene el derecho de designar uno o varios fiduciarios, así como tiene derecho a designar uno o más beneficiarios. Este derecho resulta inherente al fideicomitente en esta figura y es recogido por las legislaciones que tratan el fideicomiso.

2) Los reservados al momento del acto constitutivo

De acuerdo a este derecho, el fideicomitente podrá reservarse una serie de derechos al momento de constituir el fideicomiso. Básicamente, podrá establecer alguna reserva de derechos en función a la amplitud de derechos que le conceda la ley, a fin de proteger sus intereses.

Estos derechos podrá ejercerlos directamente sobre los bienes o sobre el desarrollo del fideicomiso. Podrá ejercerlos directamente sobre los bienes, por ejemplo, cuando se reserva el dere-

cho de establecer usufructo a favor del fideicomisario. Podrá ejercerlos sobre el desarrollo del fideicomiso, por ejemplo, reservándose el derecho de supervisar o vigilar de que se esté cumpliendo con la finalidad establecida, o el derecho de establecer un comité técnico que cumpla con dicha misión.

A lo largo de este punto desarrollaremos una serie de derechos sobre los cuales el fideicomitente puede reservarse la posibilidad de tenerlos durante el desenvolvimiento del fideicomiso, si es que la legislación de un país determinado no lo ha recogido como un derecho inherente a la condición de fideicomitente.

3) Revocar el fideicomiso

En términos generales, consideramos que el fideicomitente puede reservarse el derecho de revocar el fideicomiso, sobre todo en circunstancias que, por el paso del tiempo o la variación del contexto en virtud del cual se estableció, hacen innecesario el mismo.

Consideramos que no sería posible la revocatoria del fideicomiso cuando por la naturaleza del mismo se tornaría impensable tal supuesto. Nos referimos al caso en que hayan intereses de terceros de por medio, como pueden ser los fideicomitentes inversionistas en un fideicomiso inmobiliario o el acreedor en el caso de un fideicomiso de garantía.

Podría pensarse en objeciones a la posibilidad de revocar el fideicomiso, en situaciones sobre las cuales hay un interés colectivo de por medio o en los casos en que el tipo de fideicomiso esté determinado en función de un largo plazo o para fines científicos o culturales.

Esta es una de las diferencias con el mandato, pues mientras en este último la revocabilidad es normal, no lo es en el fideicomiso, tal como hemos visto en este punto.

4) Exigir rendición de cuentas

Este derecho guarda estrecha correspondencia con la obligación del fiduciario de ofrecer informes detallados sobre los resultados del fideicomiso y su desarrollo. El momento en que podrá exigir el cumplimiento de esta obligación está dado en función del término señalado en la ley o en el acto constitutivo.

5) Pedir la remoción del fiduciario y designar otro

El fideicomitente podrá ejercer este derecho si hace la reserva correspondiente en el acto constitutivo del fideicomiso. También podrá exigir este derecho si existe incompetencia, incapacidad o mala conducta por parte del fiduciario para cumplir con la finalidad encargada.

En el caso de incompetencia, incapacidad o mala conducta del fiduciario tendrá que acudir al Poder Judicial o a la autoridad administrativa señalada por la ley para que tomen las decisiones sobre el particular.

Asimismo, el fideicomitente podrá, una vez aprobada la remoción, designar al fiduciario reemplazante. De no designarse al fiduciario y no establecerse nada en la ley, el fideicomiso se dará por finalizado.

Hay que agregar que este derecho también asiste al fideicomisario.

6) Ejecutar la acción de responsabilidad contra el fiduciario

El fideicomitente tiene derecho de exigirle al fiduciario que responda por la utilización y conservación de los bienes dados en fideicomisos. En este sentido, podrá ejercer la acción de responsabilidad en contra del fiduciario ante el órgano jurisdiccional correspondiente, pudiendo exigir se le indemnice por los daños y perjuicios causados.

Hay que agregar que este derecho también asiste al fideicomisario.

7) Obtener la devolución de los bienes

El fideicomitente tendrá derecho a que se le devuelvan los bienes materia del fideicomiso una vez que éste haya llegado a su término, salvo que otra cosa se haya determinado al momento de constituir el fideicomiso. Este derecho se hace extensible a los herederos del fideicomitente.

Es importante señalar que el fideicomitente tendrá todos los derechos expresamente estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso, siempre y cuando dichas estipulaciones no sean incompatibles con los derechos y obligaciones del fiduciario, no estén en contra de la ley ni desnaturalicen la esencia de la figura jurídica que estamos estudiando.

2.11.3.2. Obligaciones del fideicomitente

1) pago de honorarios

Es obligación del fideicomitente pagar los honorarios profesionales al fiduciario por la gestión realizada. Esto está íntimamente ligado a la reafirmación de que los servicios que brinda la entidad fiduciaria no se encuentran dentro de las operaciones activas o pasivas de esta institución, sino dentro de lo que se denominan las operaciones neutras.

Es importante señalar que en principio el fideicomitente está obligado al pago de los honorarios, si otra cosa no se ha estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso o si la administración de este último no alcanza para realizar por si solo el mencionado pago.

Hay que agregar que una de las causas de culminación del fideicomiso está en el hecho de que la entidad fiduciaria deje de percibir el pago de honorarios por sus servicios.

Generalmente, el pago de estos honorarios se cargan a lo producido en el desarrollo del fideicomiso.

2) Reembolso de gastos

Constituye una obligación innata al desempeño de una actividad por encargo. En este sentido, si otra cosa no se ha establecido, el fideicomitente tendrá el deber de reembolsar los gastos al fiduciario que se hayan generado a partir del cumplimiento de los términos establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.

Al igual que la anterior obligación, el reembolso de los gastos efectuados en la administración y gestión son, generalmente, cargados a lo producido por el fideicomiso.

3) Saneamiento por evicción

Salvo que otra cosa se haya dispuesto en el acto constitutivo, se presume que el fideicomitente responde por el saneamiento por evicción al efectuarse un acto traslativo de dominio.

En este orden de ideas, el fideicomitente responderá por los vicios que pudiese tener el bien, como serían los casos de embargos, hipotecas o anticresis.

Consideramos que para los supuestos de fideicomisos en garantía el saneamiento por evicción es prestación obligada del fideicomitente, a fin de que los objetivos del mismo se cumplan a cabalidad.

Donde no creemos que se deba presumir que el fideicomitente deba responder por el saneamiento por evicción es en los casos en que el fideicomiso se constituya gratuitamente. En este caso se deberá atender a lo que expresamente se haya señalado en el acto constitutivo del fideicomiso.

4) Velar po el cumplimiento de los fines

En términos generales, el fideicomitente deberá velar de que se

cumpla con los bienes la finalidad determinada en el acto constitutivo del fideicomiso.

2.11.4. Derechos y obligaciones del fiduciario

Creemos que los derechos y obligaciones del fiduciario están íntimamente ligados en función de la finalidad determinada al momento de constituirse el fideicomiso. Estos derechos y obligaciones tendrán básicamente tres límites: los términos establecidos en la constitución, su falta de compatibilidad con el fin perseguido en el fideicomiso y las posibles reservas hechas por el fideicomitente en el acto constitutivo.

2.11.4.1. Derechos del fiduciario

1) Exigir la transferencia de los bienes

Al tener estricta correspondencia la labor encargada al fiduciario y la entrega en propiedad de los bienes fideicometidos, éste tendrá derecho a exigir se haga entrega de los bienes formalmente, a fin de poder cumplir con el encargo señalado en el fideicomiso. Es así como el fiduciario podrá reclamar los bienes a quien los posea, inclusive al fideicomitente.

2) Recibir el pago de honorarios

El fiduciario tendrá derecho al pago de los honorarios profesionales que le corresponden por la gestión y administración de los bienes fideicometidos.

Si bien, en principio, el deudor de esta prestación es el fideicomitente, por ser él quien pidió el encargo, como lo dijimos anteriormente, generalmente dicho pago se realiza a partir de los frutos o productos generados por el fideicomiso.

3) Renunciar a la gestión

Si bien en principio el encargo en el fideicomiso es irrenun-

ciable, la mayoría de legislaciones establecen algunas situaciones en las cuales el fiduciario puede hacer uso de este derecho.

Una de estas situaciones es el hecho de que no se realice el pago de los honorarios profesionales por su gestión, ya sea porque el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario se niega a realizar dicho pago; o porque los bienes fideicometidos o la finalidad señalada o ambas no rinden lo suficiente como para subvencionar dicho pago.

Generalmente, las legislaciones también establecen que para realizar dicha renuncia, el fiduciario necesita de aprobación de la autoridad oficial encargada de la supervisión de los fideicomisos o de un órgano jurisdiccional.

4) Todos los que se establezcan en el acto constitutivo

No es necesario abundar al respecto, pues es evidente que el fiduciario tendrá todos los derechos establecidos en el fideicomiso, siempre y cuando no vayan en contra de la ley, el orden público y las buenas costumbres, y no desnaturalicen la figura.

2.11.4.2. Obligaciones del fiduciario

1) Administrar los bienes en la forma establecida

Esta obligación radica en el manejo de los bienes fideicometidos, conservándolos y cuidándolos, tanto en forma material como jurídica, adoptando las providencias adecuadas y razonables para mantener el control de los mencionados bienes.

Esta administración deberá estar dirigida a la consecución de la finalidad determinada en la constitución del fideicomiso, lo que representa la obligación fundamental en esta figura.

En este sentido, el fiduciario deberá buscar el mayor provecho posible a los bienes dados en fideicomiso, procurando lograr las mejores condiciones para su administración o inversión, a

tal punto de que se vean satisfechos los intereses económicos convenientes.

Respecto de la inversión, de común, los fideicomitentes no buscan el simple mantenimiento de los bienes, sino que los fiduciarios satisfagan un interés económico determinado a partir de que los bienes rindan sus frutos.

Es así como el fiduciario, ya sea siguiendo las instrucciones dadas expresamente en el acto constitutivo, ya sea acudiendo a la libertad discrecional para actuar establecida en el mismo acto, o actuando de acuerdo a una mixtura de ambas, deberá adecuarse a las sanas normas de la administración; también deberá diversificar los riesgos en las inversiones no concentrándolas en una sola actividad económica y deberá tener siempre presente que invertirá atendiendo especialmente criterios de seguridad, en detrimento de una mayor rentabilidad pero con un mayor riesgo.

2) Responder por la gestión

Al respecto, Sergio Rodríguez⁽⁹⁵⁾ afirma que

«... en términos generales las legislaciones latinoamericanas exigen al fiduciario el comportamiento de un buen padre de familia en la administración y manejo de los bienes que se le confían, de manera que es responsable en su gestión hasta por los daños que produzca con culpa leve. Sin embargo, las leyes hablan, en ocasiones, del cuidado de un administrador diligente o del que emplea un comerciante en su propio negocio, conducta que tiene la particularidad de insinuar que se trata de un profesional que debe conocer los detalles y circunstancias, aun secundarias, en relación con el negocio que desempeña».

95 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 646.

Es importante indicar que la liberación de la responsabilidad del fiduciario en su actuar estaría dada en función de que éste obre siguiendo los lineamientos establecidos en el acto constitutivo o de acuerdo con las decisiones que tomen los comités técnicos creados para el caso específico o el órgano oficial instituido para acudir en consulta en los casos de fideicomiso.

3) Hacer inventario de los bienes recibidos

Esta obligación tiene carácter excepcional, pues en la gran mayoría de los casos dicha relación consta en el acto constitutivo del fideicomiso. Lo que normalmente sucede es que las fiduciarias realizan una constatación física de los bienes fideicometidos. Es más común, e incluso lo exigen algunas legislaciones, cuando estamos frente a un fideicomiso constituido por testamento.

4) Prestar caución

Esta obligación también tiene carácter excepcional, al estar basado el fideicomiso en la confianza depositada en el fiduciario. Impuesta por el fideicomitente, por decisión judicial lo que se busca es garantizar el cumplimiento de las obligaciones principales a cargo de la entidad fiduciaria.

5) Mantener los bienes separados del resto de sus activos y de otros fideicomisos

Esta obligación parte de lo ya señalado anteriormente, en el sentido de que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio especial que no se confunde con los activos del fiduciario, ni con los activos del fideicomitente ni del fideicomisario. Tampoco estos bienes se deberán confundir con los bienes de otros fideicomisos dados al mismo fiduciario.

Esta obligación no sólo debe verificarse físicamente, sino que debe tener su correspondencia en los registros contables de la institución fiduciaria. Como lo hemos visto al analizar las operaciones neutras, este tipo de operaciones no van registradas ni

en los activos ni en los pasivos de la fiduciaria, sino más bien en las cuentas de orden donde se incluyen las obligaciones de tipo contingente.

6) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes

Como hemos mencionado, las obligaciones del fiduciario no sólo están en función de la guarda y conservación de los bienes, sino que está bajo su responsabilidad el ejercitar todos los actos en defensa y protección de los bienes de los cuales él es titular.

En este sentido, deberá llevar adelante todas las acciones judiciales para proteger los bienes física y jurídicamente, frente a todo tipo de actos que vayan en desmedro de los bienes materia del fideicomiso.

Esta obligación, importante para el desarrollo del fideicomiso, tiene tal trascendencia que puede plantearse frente a cualquier tercero, e inclusive frente al fideicomisario o fideicomitente.

Sergio Rodríguez⁽⁹⁶⁾ da una serie de ejemplos en los cuales debe intervenir el fiduciario en una defensa jurídica de los bienes:

«Tendrá pues que defenderlos contra ocupaciones de hecho, cuando inmuebles constitutivos del mismo sean invadidos por terceros o proponer las defensas necesarias contra demandas reivindicatorias o juicios de cualquier naturaleza respecto de los bienes. Deberá proponer las acciones tendientes a desahuciar inquilinos morosos, obtener la recuperación de deudas vencidas, cobrar intereses pactados a su favor, etc., y además, protegerlos en forma global aun de riesgos indirectos. Si una liquidación de impuestos deduce a cargo de los bienes sumas que excedan las que en opinión de un asesor ju-

96 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 648.

rídico puedan corresponderle, es obligación del fiduciario llevar hasta las últimas consecuencias las acciones judiciales o administrativas tendientes a impugnar la mentada liquidación».

7) Rendir cuentas sobre su gestión

El fiduciario está obligado a rendir informes detallados respecto de la administración y gestión de los bienes dados en fideicomiso. Estos informes deberán ser dados cada cierto tiempo o realizar determinados actos, de acuerdo con el acto constitutivo o con lo establecido en la ley que trata sobre la materia.

Los informes deberán ser oportunos, detallados y, sobre todo, contables. Asimismo, deberán ser informes completos y fidedignos, señalando los ingresos y egresos producidos por el desarrollo del fideicomiso en busca de la finalidad señalada, y el estado de pérdidas y ganancias del mismo.

La no rendición de cuentas puede generar un motivo para pedir la remoción del fiduciario, ya sea porque ha sido instruido expresamente en el acto constitutivo o lo ha dispuesto de esta manera la ley. Asimismo, consideramos que de no estar ante los supuestos anteriores igual procedería la remoción, al presentarse la rendición de cuentas como un aspecto obligatorio en el encargo, por lo que se puede entender que si el fiduciario no lo realiza no estaría cumpliendo el mencionado encargo.

Igualmente, es de sumo interés la rendición de cuentas, pues uno de los motivos de renuncia por parte del fiduciario es el hecho de que el fideicomiso no pueda producir de forma tal que alcance para pagar los honorarios del fiduciario, y el fideicomitente o el fideicomisario no deseen pagar dicha retribución.

8) Transferir los bienes a quien corresponda

Conforme a lo establecido en el acto constitutivo o a lo dispuesto en la ley, una vez finalizado el fideicomiso, el fiduciario

tendrá la obligación de transferir los bienes fideicometidos a la persona que corresponda, pudiendo ser el fideicomitente, sus herederos, o el fideicomisario.

Se presume que si no hay nada establecido, los bienes deberán ser reincorporados al patrimonio del fideicomitente o al de sus herederos. Hay que tener en cuenta que el fiduciario no podrá hacer suyos los bienes fideicometidos.

9) Pedir opinión del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa

El fiduciario tendrá la obligación de recurrir al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa correspondiente para formular consultas en aquellos casos en que existan dudas sobre las implicancias de las facultades que le fueron otorgadas en el acto constitutivo, o en los casos que, a pesar de estar claramente establecidas sus facultades, haya la necesidad de alejarse de ellas para cumplir con la finalidad señalada en el mencionado acto.

Una vez absuelta la consulta por las referidas entidades, el fiduciario podrá actuar de acuerdo a lo indicado por éstas.

10) Guardar secreto

Es una obligación de las entidades fiduciarias tener bajo estricta confidencialidad los negocios que se lleven a cabo en el desarrollo del fideicomiso.

Al establecer la mayoría de legislaciones a los Bancos como entidades fiduciarias, este secreto estaría dentro de lo que significa el secreto bancario, punto que tratamos anteriormente.

La infracción a esta obligación podrá generar responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados.

11) Indelegabilidad de las fiduciarias

Constituye un aspecto importante (pues el fideicomiso tiene

como fundamento a la confianza) el que las entidades fiduciarias no puedan delegar sus funciones y facultades a otras entidades. En este sentido, para ejecutar los actos que se les ha encargado, las fiduciarias nombran a delegados especiales o factores, teniendo absoluta responsabilidad directa e ilimitada sobre los actos que éstos realicen.

2.11.4.3. Clasificación de las obligaciones del fiduciario

Algunos autores como Leonor Ibarra⁽⁹⁷⁾ o Gamboa⁽⁹⁸⁾, han clasificado las obligaciones del fiduciario en:

1. Obligaciones con referencia a los bienes.
2. Obligaciones con referencia al fideicomitente o sus herederos.
3. Obligaciones con referencia al fideicomisario.
4. Obligaciones con referencia al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa.

2.11.4.3.1. Obligaciones con referencia a los bienes

- Realizar los todos los actos que fueran necesarios para la consecución de la finalidad establecida.
- Asegurar y mantener el control de los bienes fideicometidos.
- Hacer inventario de los bienes.
- Prestar caución.
- Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes.
- Invertir y administrar los bienes, procurando su mayor rendi-

97 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., pp. 122-123.

98 GAMBOA SERRANO, Manuel José. Op. cit., pp. 99-102.

miento y realizando negocios de menor riesgo, siempre dentro de las instrucciones establecidas en el acto constitutivo.

- Registrar en sus libros los fideicomisos y sus bienes.
- Separar contablemente los bienes fideicometidos de los suyos, y de los otros fideicomisos que pudiesen estar a su cargo.
- Transferir los bienes a quien corresponda.

2.11.4.3.2. Obligaciones con referencia al fideicomitente o sus herederos

- Actuar íntegramente de acuerdo a los términos establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.
- No podrá delegar el encargo.
- Hacer inventario de los bienes.
- Prestar caución.
- Rendir cuentas.
- Devolver los bienes al fideicomitente, si así se determinó en el acto constitutivo.
- No podrá renunciar, salvo causa permitida por el acto constitutivo o por la ley, debidamente justificada.

2.11.4.3.3. Obligaciones con referencia al fideicomisario

- Guardar lealtad e imparcialidad hacia él y los otros beneficiarios.
- Rendir cuentas.
- Entregar los frutos del fideicomiso, de acuerdo a las instrucciones establecidas por el fideicomitente.

- Retener los frutos que le corresponden al fideicomisario, si éstos están siendo perseguidos por algún acreedor.
- Mantener informado al fideicomisario del desenvolvimiento y ejecución del encargo.

2.11.4.3.4 Obligaciones con referencia al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa encargada de su supervisión

- Pedir autorización para renunciar.
- Pedir instrucciones cuando tenga dudas sobre los términos del encargo.
- Pedir instrucciones cuando tenga que apartarse de aquellas establecidas en el acto constitutivo.
- Solicitar las tarifas que puede cobrar.

2.11.5. Derechos y obligaciones del fideicomisario

Es importante mencionar que los derechos y obligaciones por parte del fideicomisario serán aquellas que estén en función del acto constitutivo del fideicomiso o aquellos que establece la ley, a fin de proteger los intereses de las partes implicadas en la figura.

2.11.5.1. Derechos del fideicomisario

En términos generales, los derechos del fideicomisario son aquellos que se derivan de su condición de acreedor, considerando entre estos derechos la entrega de los frutos derivados del fideicomiso.

1) Aquellos que se le concedan en virtud del acto constitutivo

Buena parte de los derechos propios del fideicomisario se encuentran establecidos en el acto constitutivo, y sobre ellos está

centrada su posición dentro de lo que significa el normal desarrollo del fideicomiso.

En el caso de ser incapaz el fideicomisario, los que ejerzan la patria potestad, tutoría o curatela de estas personas, serán las encargadas de hacer valer sus derechos en el fideicomiso.

2) Exigir el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la entidad fiduciaria

El contenido de las prestaciones a cargo de la entidad fiduciaria que pueden ser objeto de la acreencia del fideicomisario, estarán determinadas en función de las instrucciones y lineamientos determinados en el acto que da origen al fideicomiso.

Podríamos incluir dentro de este derecho, aquel que asiste al fideicomisario de exigir que se tomen todas las medidas necesarias para la conservación y protección de los bienes fideicometidos.

3) Exigir prestar caución

Dependiendo de las circunstancias, el fideicomisario, al igual que el fideicomitente, tiene derecho a exigir que el fiduciario preste caución con el fin de garantizar los bienes fideicometidos y el fiel cumplimiento de las indicaciones planteadas en los términos del fideicomiso.

4) Exigir indemnización por responsabilidad del fiduciario

El fideicomisario tendrá derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios, derivados de la responsabilidad del fiduciario en las acciones que éste realice con el fin de cumplir con las estipulaciones determinadas en el fideicomiso, y podrá ejercer las acciones legales correspondientes para hacer efectiva dicha responsabilidad.

5) Pedir la remoción del fiduciario

Si el fideicomitente no se ha reservado el derecho de pedir la remoción del fiduciario, el fideicomisario tendrá derecho a solicitar la mencionada remoción.

Esta se podrá solicitar si existe incompetencia por parte del fiduciario en la gestión de los bienes. Asimismo, podrá solicitarse la remoción cuando existiera negligencia en la administración de los bienes. También se podrá solicitar cuando la entidad fiduciaria no cumpla con las obligaciones que le son propias, como por ejemplo en caso de no rendir cuentas a solicitud del fideicomitente.

6) Ejercer las medidas necesarias para la protección y defensa de los bienes

En caso que el fiduciario no ejerza los mecanismos necesarios para proteger y defender los bienes tanto física como jurídicamente, el fideicomisario podrá ejercer las medidas de defensa y presentar las acciones legales pertinentes a fin de salvaguardar el patrimonio del fideicomiso y sus intereses.

En este sentido, de estar consagrada en la legislación tal precepto, el fideicomisario no será un tercero interesado en un posible proceso, sino que se presentará en calidad de persona con legítimo interés para actuar.

7) Impugnar la anulabilidad de los actos del fiduciario

El fideicomisario podrá atacar aquellos actos que van en detrimento del patrimonio del fideicomiso o de los derechos de las partes interesadas, ya sea por mala fe del fiduciario, o por exceso en las facultades que se le hayan otorgado, o por ir en contra de los términos y finalidad establecidos en el acto constitutivo.

La ley establece en qué supuestos se puede pedir la anulación de estos actos, para no crear una inestabilidad jurídica para los terceros que realicen negocios con el fiduciario.

Respecto de las implicancias de esta facultad, ya la hemos analizado al tratar acerca de la propiedad fiduciaria y el patrimonio especial, y a estos temas nos remitimos.

8) Exigir rendición de cuentas

Esta facultad va de la mano con las anteriores, pues si el fideicomisario no pudiese exigir la rendición de cuentas o por lo menos tener acceso a revisar los estados de cuenta, tampoco podría ejercer a cabalidad las facultades señaladas, como por ejemplo: exigir el cumplimiento de las prestaciones a cargo del fiduciario, reclamar en caso de que este último incurra en responsabilidad, salir al frente cuando esté en peligro la integridad del patrimonio fideicometido, etc.

2.11.5.2. Obligaciones del fideicomisario

1) Pago de honorarios y gastos

Si así se dispone en el acto constitutivo, el fideicomisario tendrá la obligación de hacer efectivo el pago de los honorarios al fiduciario, como retribución a la gestión que este último realiza para llegar a la consecución de la finalidad determinada.

2) No estorbar en la ejecución del encargo

El fideicomisario tendrá la obligación de no hacer nada que perturbe el libre desenvolvimiento del encargo, permitiendo con esto el libre accionar del fiduciario, siempre y cuando éste obre en función de los términos establecidos en el fideicomiso.

2.12. Extinción del fideicomiso

Entre las principales causales de extinción del fideicomiso mencionaremos a las siguientes :

- Realización plena de la finalidad determinada en el fideicomiso.
- Imposibilidad absoluta de realizar el fideicomiso.

- Expiración del plazo para el encargo.
- Haber transcurrido el tiempo máximo establecido por la ley.
- Cumplimiento de la condición resolutoria.
- Hacerse imposible o no cumplirse oportunamente la condición suspensiva.
- Por muerte del fideicomitente o fideicomisario, si así se ha establecido en el acto constitutivo.
- Falta del fiduciario (por renuncia, remoción, disolución, etc.), si no se ha previsto su reemplazo en el acto constitutivo o no haya un mecanismo legal para hacerlo
- Acción de los acreedores anteriores al acto constitutivo.
- Declaración de nulidad del acto constitutivo.
- Revocación del fideicomitente, si tiene causales para solicitarla o si se ha reservado el derecho de hacerlo.
- Acuerdo entre fideicomitente y fideicomisario, si el primero no ha hecho la reserva de revocatoria y el fideicomisario ha aceptado la constitución del fideicomiso.
- Confusión de la calidad de fiduciario y fideicomisario en una misma persona.

MODALIDADES O CLASES DE FIDEICOMISO

El Fideicomiso puede presentar diversas modalidades o clases. Para efectos prácticos clasificaremos las modalidades de la siguiente manera :

1. Por el Acto Jurídico que le da origen :
 - Por acto entre vivos.
 - Por testamento.
2. Por los sujetos que lo realizan :
 - Oficial.
 - Público.
3. Por la Modalidad Operativa :
 - Fideicomiso de Administración.
 - Fideicomiso de Inversión.
 - Fideicomiso de Garantía.
 - Fideicomiso Inmobiliario.

- Fideicomiso Testamentario.
- Fideicomiso de Seguros.
- Fideicomiso de Desarrollo.
- Fideicomiso Prestacional o de Fondo de Pensiones.
- Fideicomiso de Fondos de Inversión.
- Fideicomiso de Nacionalización.

3.1. Por el acto jurídico que le da origen

Por el acto jurídico que le da origen, podemos encontrar aquellos que han sido realizados por actos entre vivos, mediante un contrato, y los constituidos por acto unilateral, mediante testamento.

Respecto a este tema, nos remitimos al punto tratado en el Capítulo 2, referido al Fideicomiso como acto unilateral y como contrato.

3.2. Por los sujetos que lo realizan

Esta clasificación, tiene como factor distintivo el aspecto subjetivo del contrato de fideicomiso. Desde un punto de vista subjetivo, debemos tomar en cuenta a los sujetos que intervienen en el contrato de fideicomiso.

Es así como, tomando en cuenta a los sujetos que intervienen en este tipo de contratos, se pueden presentar fideicomisos públicos y fideicomisos privados.

3.2.1. Fideicomiso oficial o público

Estamos frente a un fideicomiso oficial o público cuando, con recursos que dispone o genera la administración pública, uno de los intervinientes en el contrato es una entidad del Estado. En este sentido, encontraremos en esta modalidad que el fideicomi-

tente, el fiduciario o ambos pueden entidades del Estado, o, en otras palabras, ostentar personería jurídica de derecho público.

Es importante señalar que para estos efectos, entendemos por entidad pública a aquella institución que posea ciertos rasgos que nos permitan vislumbrar que estamos en la presencia de una institución sujeta a la actividad del Estado.

Entre estos rasgos mencionaremos el hecho de que esta entidad haya sido creada por ley o por alguna otra norma de rango inferior. Otras de las pautas que se deben tomar en cuenta es la circunstancia de que dichas entidades tengan potestades públicas y el grado de injerencia del Estado en su administración y control. Asimismo, también podemos mencionar entre las características, a la búsqueda de un beneficio para la sociedad en general, a pesar de no ser atributo exclusivo de una entidad del Estado.

Así, estarán incluidos en estas entidades, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados, las empresas con accionariado del Estado, la banca estatal, entre otros.

Estos sectores públicos han aprovechado la naturaleza del fideicomiso pues éste les permite tener un mecanismo eficaz de aplicación de los recursos.

De esta manera, el Estado mediante los fideicomisos oficiales podría redistribuir los ingresos, mantener recursos específicos para determinada actividad sin que se vea afectado por los vaivenes políticos, pues se constituye en un patrimonio autónomo destinado a un fin específico.

Estos fideicomisos permiten al Estado tener una estructura administrativa de bajo costo operativo (destino de recursos, personal y gastos sólo por tiempo determinado) para apoyar sectores de la economía que se consideren primordiales en una determinada circunstancia.

Al interior del fideicomiso oficial, existen dos modalidades

claramente diferenciadas. De esta forma, tenemos aquellos fideicomisos que se concretan a partir de un encargo determinado y aquellos que están dados en función de actividades de desarrollo o política económica.

En aquellos fideicomisos que se establecen en virtud de un encargo determinado, sólo se incluye un interés particular de la entidad estatal que da origen al fideicomiso. Mediante él, el Estado podrá destinar a una entidad fiduciaria una obra determinada o un mandato específico que, por su elevado costo o lo complejo del mismo, logrará la posibilidad de que dichos recursos se administren adecuadamente y a su vez desplegará sus esfuerzos a un estricto control de la operación.

En aquellos fideicomisos públicos que presentan como marco de acción actividades de fomento o desarrollo —de aquí su denominación de fideicomisos de fomento o desarrollo— se concretan en función de proyectos y actividades dirigidos a sectores prioritarios de un país, cuya virtud sea la búsqueda para coadyuvar al desarrollo económico y social de una nación.

El último de los puntos citados, será abordado con mayor profundidad más adelante, sobre todo, por considerar que este tipo de fideicomisos no deberían ser analizados —como la mayoría de tratadistas sobre el tema lo hacen— como propios de la actividad que desarrolla el Estado a fin de mejorar las condiciones de vida de los habitantes de una sociedad determinada, sino que ellos (fideicomisos de desarrollo) muy bien podrían constituirse entre particulares, en una búsqueda por mejorar, tanto cuantitativa como cualitativamente, aspectos fundamentales del bienestar social.

Otro aspecto importante es el hecho de que, al estar estos fideicomisos circunscritos a la actividad administrativa del Estado, ellos deben llevarse a cabo en función de las formalidades que exigen estas actividades.

De esta manera, para que los fideicomisos públicos se concreten deberán seguirse todas las formalidades exigidas por la ley para este tipo de casos.

De no haber nada legislado expresamente, consideramos que las formalidades a seguir serán las generales de actos de disposición de bienes del Estado. En esta forma, los funcionarios encargados de aprobar y constituir los fideicomisos serán aquellos sobre los cuales pesa la responsabilidad de poder disponer de los bienes de los organismos del Estado.

De existir un reglamento de constitución, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos públicos (cosa que consideramos importante), las reglas a seguir serán las impuestas por este reglamento, debiéndose entender por no constituidos estos fideicomisos, de no seguir las reglas establecidas por aquél.

Nosotros consideramos que dicho reglamento debe estar enmarcado dentro de lo que las leyes sobre fideicomiso han establecido, de manera tal que los mecanismos impuestos en él no distorsionen la verdadera naturaleza de la figura. En otras palabras, consideramos que debe velar por un adecuado funcionamiento de los fideicomisos públicos, más los lineamientos establecidos por las leyes que tratan el fideicomiso deben servir de base para cualquier tipo o modalidad de estos contratos, pues consideramos que todos ellos tienen la misma naturaleza jurídica.

Lo que debe buscar este reglamento es que exista una buena coordinación entre los órganos de la administración del Estado, resguardar los intereses del mismo y, sobre todo, cuidar el total cumplimiento del encargo establecido en el fideicomiso.

El reglamento deberá permitir que el fideicomiso se constituya en una herramienta en la labor administrativa del Poder Ejecutivo a partir de un plan de acción de este último, estableciendo las pautas de coordinación entre los diversos sectores de la administración pública que tengan que ver con la constitución del fideicomiso, desburocratizando la toma de decisiones sobre el particular.

Asimismo, dicho reglamento deberá poner incidencia –sobre todo por las características de la administración pública– en que el fideicomiso es un contrato en el cual una institución fiduciaria (al ser la responsable del cumplimiento de los fines determinados en el contrato de fideicomiso) será la encargada de realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de esos fines. Por ello, se deberán establecer disposiciones que garanticen la realización del fideicomiso de acuerdo a los lineamientos determinados en el contrato

Por lo expuesto, consideramos que este reglamento debe contener determinados aspectos, tales como:

- Determinación de las entidades encargadas de aprobar y modificar los fideicomisos.
- Niveles de aprobación y autorización de los fideicomisos
- Recursos que se podrán disponer a fin de constituir los fideicomisos.
- Forma de determinación de la entidad pública que actuará como fideicomitente del Estado.
- Obligación de precisar los fines del fideicomiso, sus condiciones y términos.
- Obligación de determinar los derechos y obligaciones de la entidad fiduciaria.
- Obligación de crear Comités Técnicos al interior de los fideicomisos, conformados por funcionarios de los organismos del Estado implicados en los fines del fideicomiso y por un funcionario de la entidad fiduciaria.
- Obligación de establecer los derechos y obligaciones de los Comités Técnicos.
- Prohibición de establecer fideicomisos de desarrollo, cuando

éstos no respondan a planes y presupuestos anteriormente aprobados.

- Registro de los fideicomisos establecidos por el Estado.
- Obligación de la entidad fiduciaria de plantear, luego de un tiempo determinado, los proyectos o modificaciones que requiera, para que el encargo pueda ser cumplido eficientemente.
- Prohibición para la fiduciaria de delegar el encargo que se le confía.
- Establecimiento al interior de la fiduciaria de una auditoría interna.
- Determinación de la entidad encargada de revocar los fideicomisos. Hay que señalar que la revocatoria de los fideicomisos de garantía no es posible hasta que la obligación garantizada no haya sido satisfecha. Asimismo, respecto de los fideicomisos de inversión debemos decir que éstos podrán ser revocados, siempre y cuando las circunstancias que rodean al contrato lo permitan.
- Deberá recurrirse a fideicomisos estatales sólo en casos de excepción, y cuando las circunstancias lo ameriten.
- Establecimiento de sanciones para aquellos fiduciarios y comités técnicos que no actúen dentro de los lineamientos establecidos en el fideicomiso.

3.2.2. Fideicomiso privado

Utilizando el mismo criterio subjetivo, diremos que estamos ante un fideicomiso privado cuando las partes intervinientes en el contrato son de carácter privado. En este sentido, tanto el fideicomitente como el fiduciario serán, en estos contratos, personas particulares de derecho privado, y que no exponen en ningún momento el patrimonio del Estado.

El fideicomiso es, en general, un gran generador de recursos y negocios bancarios, ofreciendo una serie de ventajas para las partes contratantes, ya sea para aquellos particulares que actúan en calidad de fideicomitentes, como para aquellas instituciones financieras que actúan en calidad de fiduciarias.

Los particulares tienen en el fideicomiso una amplia gama de posibilidades de concreción de cualquier tipo de negocios que les permita cierta rentabilidad.

Asimismo, estos particulares tienen la seguridad de que su patrimonio está especialmente determinado y específicamente diferenciado, poniéndolo a salvaguarda de cualquier contingencia que pudiese sufrir no sólo él, sino también el fiduciario.

De esta manera, al realizar fideicomisos, los particulares pueden satisfacer sus intereses a través de la gestión profesional y especializada de las entidades fiduciarias, muy especialmente las instituciones financieras (al recaer sobre ellas la responsabilidad de promocionar la figura), con la gran ventaja de tener la confidencialidad que brindan estas instituciones a los negocios que emprenden.

Resulta necesario agregar que el fideicomiso ofrece a los particulares la seguridad de que sus preceptos serán ejecutados, por confiar en una institución, que, por su personería jurídica, sobrevive —por lo general— al paso del tiempo.

La banca privada tiene en el fideicomiso no sólo la posibilidad de aumentar potencialmente los servicios financieros que brinda, sino también cada institución financiera tendrá la ocasión de presentar a sus clientes ventajas comparativas respecto de sus competidores.

En este sentido, el fideicomiso, para la banca comercial, al ser una oportunidad de brindar a sus clientes servicios distintos a los tradicionales, se constituye en un instrumento complementa-

rio y diferenciador para ganar la predilección de los clientes potenciales.

Asimismo, para la banca comercial, el fideicomiso se presenta como un ingreso adicional proveniente de los servicios producto de este contrato; y como una manera de ofrecer a la sociedad una mayor utilización de recursos humanos y materiales.

Las modalidades con que cuentan los actores para concretar sus interés son múltiples y serán desarrollados a lo largo del presente capítulo.

3.3. Por la modalidad operativa

De acuerdo a las peculiaridades de los intereses de las partes intervinientes, las modalidades en que puede ser utilizado el fideicomiso son muy variadas.

Mario Bauche Garciadiego⁽¹⁾, citando a Octavio Hernández, manifiesta que «las variedades del fideicomiso son infinitas, pues sólo están condicionadas a la amplitud y a la flexibilidad de las leyes, a la inventiva humana, y a la densidad de las relaciones económico-jurídicas de toda sociedad».

En tal sentido, podemos mencionar entre estas modalidades, a las siguientes :

- Fideicomiso de Administración.
- Fideicomiso de Inversión.
- Fideicomiso de Garantía.
- Fideicomiso Inmobiliario.
- Fideicomiso Testamentario.

1 BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. cit, p. 375.

- Fideicomiso de Seguros.
- Fideicomiso de Desarrollo.
- Fideicomiso Prestacional o de Fondo de Pensiones.
- Fideicomiso de Fondos de Inversión.
- Fideicomiso de Nacionalización.

3.3.1. Fideicomiso de administración

Mario Bauche⁽²⁾ expresa que el fideicomiso de administración «es aquel cuya finalidad es que la fiduciaria *maneje* o *administre* el patrimonio del fideicometido, en provecho del fideicomisario».

Asimismo, sobre el fideicomiso de administración, Andrés Buey Fernández⁽³⁾ manifiesta que esta modalidad «implica también la transferencia de bienes o derechos, pero sólo para que el fiduciario proceda a efectuar los actos conservatorios que fueran menester».

Lo que hay que tomar en cuenta al analizar el fideicomiso de administración es la circunstancia de que detrás de esta modalidad está la intención de las personas de desprenderse de la administración de sus bienes, ya sea porque sus condiciones físicas, su edad, sus múltiples ocupaciones en otras áreas, por los constantes viajes que pueda tener, o por su desconocimiento sobre la materia, entre otros motivos, no le permiten tener el manejo directo de los mismos.

2 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit, p. 375.

3 BUEY FERNANDEZ, Andres. El Fideicomiso Público y el Fideicomiso Privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, p. 122. Montevideo, 1981.

Impulsada por cualquiera de estos motivos, una persona puede acudir a este servicio que brindan las instituciones financieras, quienes les darán no sólo su respaldo económico, sino también su seriedad y profesionalismo en actividades económicas especializadas.

De esta manera, el fideicomiso de administración se constituye a partir de la transferencia de los bienes de una persona (fideicomitente) a la institución financiera (fiduciario) la que se encargará de administrar dichos bienes, en favor de la misma persona o de un tercero beneficiario (fideicomisario), con la ventaja de que dichos bienes forman un patrimonio autónomo, que estará ajeno a los problemas económicos que puedan sufrir tanto el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario⁽⁴⁾.

Resulta necesario agregar que el hecho de que el encargo en el fideicomiso se realice a partir de una transferencia de propiedad, permite que el conocimiento adquirido por las entidades crediticias en el ambiente de los negocios, haga posible un mejor aprovechamiento de los bienes fideicometidos. Esto hace que el fideicomiso sea mucho más atractivo para el común de las personas, las mismas que no tienen estos conocimientos, al poder confiar sus bienes a estas instituciones, pues esto les asegura una mejor administración y provecho de su patrimonio.

Mediante esta modalidad, las personas pueden dar en administración a las entidades fiduciarias bienes muebles, bienes inmuebles, valores, fondos destinados a cierto sector de la eco-

4 Es importante hacer notar que la diferencia entre el fideicomiso de administración y los encargos fiduciarios o mandatos de representación, que recaen sobre las instituciones de crédito, está en el hecho de que mientras en el primero existe una transferencia de propiedad, y por lo tanto, actúa en nombre propio; en los segundos no existe tal transferencia de propiedad, sino una sencilla entrega de bienes, por lo que la entidad bancaria actuará en nombre de su representado al ser sólo un tenedor de dichos bienes.

nomía; patrimonios de empresas que estén en proceso de crecimiento o liquidación, bienes con destino específico ya sean familiares o de solidaridad social, entre otros.

3.3.2. Fideicomiso de inversión

Para Mario Bauche Garciadiego⁽⁵⁾, el fideicomiso de inversión «es aquel cuya finalidad es que la fiduciaria destine el patrimonio fideicometido a la realización de operaciones ECONOMICAMENTE PROVECHOSAS al beneficiario del fideicomiso»

Al referirse al fideicomiso de inversión, Leonor Ibarra Díaz⁽⁶⁾ manifiesta que «mediante su accionar el fiduciario captará sumas de dinero de los fideicomitentes, destinándolas a una inversión económicamente productiva, en beneficio del fideicomisario que en la mayoría de los casos podría resultar el propio fideicomitente. Dichas inversiones se podrán canalizar a la producción, con la inversión de los dineros en préstamos garantizados, o en sociedades anónimas que tomen muy en cuenta los elementos de seguridad y liquidez al invertir los recursos, a fin de no exponerlos a riesgos anormales y peligrosos».

Para Fernán García de la Torre⁽⁷⁾, al tratar sobre este punto, afirma que:

«Este negocio consiste en el manejo de dineros de los fideicomitentes para aplicarlos a los fines predeterminados, por cuanto si su destinación fuere libre y con una garantía de rendimiento, estaríamos frente a una simple capitalización y colocación que realiza un establecimiento de crédito o cualquier otra entidad distinta de una sociedad fiduciaria. Como se ve, lo que se pretende con el fideicomiso de inversión es hacerse a ciertos vo-

5 BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. cit, p. 375.

6 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., p. 144.

7 GARCIA DE LA TORRE, Fernan. Op. cit., p. 106.

lúmenes de dinero con el objeto de invertirlos en determinados fines, obteniendo de ello alguna utilidad para las partes».

Andrés Buey Fernández⁽⁸⁾, al referirse al fideicomiso de inversión dice que «aunque por algunos autores considerado variante del anterior [fideicomiso de administración], tiene por finalidad no sólo la conservación de los bienes en cuestión sino la búsqueda de rentabilidad, a través de la colocación o adquisición que efectúa el fiduciario». (el agregado es nuestro)

Sergio Rodríguez⁽⁹⁾ también se inclina por considerar a esta modalidad como una variante del fideicomiso de administración, pero agrega que en el fideicomiso de inversión «a más de la simple administración y manejo de sus bienes, el fiduciante busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales puedan derivar rendimientos interesantes».

El mismo autor declara que:

«...para verlo desde otro aspecto, se administran bienes y negocios que van a permanecer inalterables como tales (se explota un comercio, se arrienda un inmueble, etc.) mientras se invierten los recursos líquidos que se reciban o los mismos activos mediante su transformación, enajenación y remplazo (se vende el establecimiento de comercio y se compra un hotel o las acciones de una compañía de textiles)»⁽¹⁰⁾.

El fideicomiso de inversión presenta las mismas ventajas que el fideicomiso de administración respecto del patrimonio autónomo, y del respaldo y solvencia con las que actúan las entidades fiduciarias. Asimismo, presenta una gran gama de posibilidades

8 BUEY FERNANDEZ, Andres. Op. cit., p. 122.

9 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 665.

10 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 665.

de concreción que, como se dijo anteriormente, sólo estará limitada por la creatividad de los operadores y la legislación vigente al momento de constituir el fideicomiso.

Los términos de estos fideicomisos pueden variar, desde establecer el encargo de una manera amplísima y sin restricciones, hasta una determinación específica y claramente delimitada de las funciones de la entidad fiduciaria.

En la práctica, en el fideicomiso de inversión, las partes intervinientes han demostrado su preferencia por establecer una serie de lineamientos de acción para la entidad fiduciaria. Esto se debe a que, por un lado, el fideicomitente siempre desea tener cierta incidencia sobre los bienes fideicometidos; y por otra, la fiduciaria prefiere tener estas indicaciones para la utilización de los recursos que se le asignan, pues éstos van a ser un parámetro para medir la responsabilidad de sus actos y su implicancia en los resultados de su gestión.

Entre las operaciones más comunes en algunos países latinoamericanos, están el destinar capitales a fines específicos y el manejo de patrimonios producto de fondos, pertenecientes a trabajadores de empresas, que tienen una finalidad específica. En este último caso, lo que se busca es un rendimiento óptimo de dichos recursos y una adecuada distribución, ya que los mismos podrían sufrir ciertas vicisitudes si estuviesen a cargo de los dirigentes de estas agrupaciones, en su mayoría neófitos en la administración y gestión de los mismos, a lo que hay que agregar lo circunstancial de sus cargos.

Otro de los usos de esta figura se encuentra en la posibilidad de constituir fideicomisos de inversión sobre fondos de bienestar social en las empresas, que pueden estar generados en montos destinados a supuestos de enfermedad, accidentes de trabajo, tragedias, beneficios extraordinarios, entre otros.

3.3.3. Fideicomiso de garantía

Para Octavio A. Hernández⁽¹¹⁾, el fideicomiso de garantía «...es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por tercero».

Otra definición es la que da Sergio Rodríguez⁽¹²⁾, quien manifiesta que el fideicomiso de garantía:

«Se presenta en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda a venderlos y destinar lo producido a la cancelación de la deuda»

Leonor Ibarra Díaz⁽¹³⁾ expresa que se presentan estos fideicomisos cuando:

«...el obligado (o un tercero), actuando como fideicomitente, puede transmitir al fiduciario la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho, para que, en caso de incumplimiento de la obligación el fiduciario venda dicho bien o derecho y con su producto pague al acreedor»

En el mismo sentido que las demás definiciones, Fernán García de la Torre⁽¹⁴⁾ precisa que el fideicomiso de garantía es:

«...aquel donde un deudor (fideicomitente) constituye un fideicomiso sobre determinados derechos o bienes de su propiedad con el objeto de garantizarle a su acreedor (fideicomisario) el pago oportuno de un crédito an-

11 Citado por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit, p. 375.

12 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 666.

13 IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. Op. cit., p. 146.

14 GARCIA DE LA TORRE, Fernan. Op. cit., p. 109.

terior o el cumplimiento de una obligación. En este tipo de negocio la fiduciaria sería quien, llegado el momento, pagaría —con los bienes que le fueron transferidos— la obligación que el fideicomitente no pudo (o no quiso) cumplirle a su acreedor-fideicomisario»

Mario Bauche Garciadiego⁽¹⁵⁾ grafica con un ejemplo los alcances de esta figura:

«Por ejemplo, un industrial o un particular, ha adquirido compromisos con otros y por determinadas circunstancias no puede cumplir sus obligaciones, es decir, no puede pagar sus deudas. Si se viniese la quiebra del industrial o del comerciante, o bien el concurso civil del particular, sus bienes no alcanzarían a pagar a todos sus acreedores si se vendiese dentro de un procedimiento judicial, ya sea por el síndico de la quiebra o bien por remate. En cambio, si entregados en fideicomiso, la institución de crédito los sigue administrando y logra venderlos a precios más ventajosos que en la almoneda judicial, no sólo podrá pagarse a todos los acreedores, sino que es posible que aquel deudor recupere algo para sí».

Como podemos ver, los autores coinciden en establecer a este tipo de fideicomiso como una modalidad distinta a las tradicionales de garantía, como son la prenda y la hipoteca, y es que mediante los fideicomisos de garantía un deudor se constituye en fideicomitente transfiriendo sus bienes a una institución fiduciaria con la finalidad de garantizar una obligación frente a un acreedor, el cual se constituye en fideicomisario del contrato, al ser él el beneficiario de la venta de los bienes producida por el fiduciario, si es que no se concreta oportunamente el cumplimiento de la obligación.

15 BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Op. cit, p. 375.

Es importante señalar que en este tipo de fideicomiso se hace mucho más evidente la prohibición de que la condición de fiduciario y fideicomisario confluyan en una misma persona, por las desventajas que implica en su posición contractual al fideicomitente y a los posibles actos extralegales que podrían producirse en este tipo de situaciones.

A pesar de que buena parte de la doctrina respalda lo afirmado en el párrafo anterior, este criterio no es uniforme en la misma, pues existen autores como Andrés Buey Fernández⁽¹⁶⁾ que define a esta modalidad de fideicomiso como:

«...aquel que se constituye con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación por el deudor, a cuyo efecto éste transfiere bienes a la entidad fiduciaria acreedora quien en caso de incumplimiento queda facultada para venderlos con el objeto de cancelar la deuda».

Es así como esta figura se presenta como una de las más seductoras, dada la función económica y social que cumple, ante mecanismos de garantía tradicionales como la prenda y la hipoteca. Una ventaja comparativa es la oportunidad que tienen los acreedores de no verse implicados en un procedimiento judicial para el remate de los bienes, sino que por las disposiciones del fideicomitente, las entidades financieras procederán a la venta de los mismos.

Otra de las ventajas que presenta para los acreedores es el hecho de que al salir los bienes del entorno patrimonial del deudor, los mismos quedan libres de cualquier vicisitud que pudiese tener el deudor, escapando de posibles acreencias que pudiesen presentar terceros.

Pero estos fideicomisos no sólo presentan ventajas para el

16 BUEY FERNANDEZ, Andres. Op. cit., pp. 121-122.

acreedor, sino también para el deudor, quien muchas veces se ve perjudicado en los remates judiciales, donde en la mayoría de casos el bien es adjudicado por un valor muy inferior al que pudiese tener en el mercado. De esta manera, el deudor, al momento de establecer las condiciones del fideicomiso, puede señalar lineamientos de venta a la entidad fiduciaria; como por ejemplo, mecanismos de venta, montos mínimos de valorización del bien, entre otros.

En este sentido, las instituciones financieras aseguran tanto al deudor como al acreedor mejores condiciones para el pago y un mecanismo eficaz para la venta.

Además, mientras acontece el momento del cumplimiento de la obligación, la entidad fiduciaria puede hacer producir rentas o administrar recursos sobre los bienes.

Así, si el deudor tenía como fuente de ingresos los frutos que daban los bienes fideicometidos, podría seguir manteniendo dicha fuente con la sola indicación a la entidad fiduciaria de que ésta se los entregue cuando los frutos se produzcan.

También, estos frutos adquiridos, producto de la administración de la entidad fiduciaria, podrían considerarse como parte de pago de la obligación asumida, con lo cual se lograría, incluso, completar la obligación de pago del deudor, evitándose la venta del bien y la reducción del patrimonio del deudor.

De esta manera, tanto el deudor como el acreedor pueden ver cómo el bien sigue teniendo un valor económico, mientras se cumple el plazo para el cumplimiento de la obligación. Este aspecto representa una diferencia sustancial respecto de las garantías tradicionales, donde los mecanismos de conservación del bien no son tan dinámicos económicamente como los planteados por el fideicomiso.

Otra de las ventajas para el deudor, se da en el caso específico

en que un comerciante o una empresa, ante la precaria situación de su negocio y para evitar verse implicados en un concurso de acreedores, una declaratoria de quiebra o alguna otra situación incómoda, puede acordar con sus acreedores entregar a una institución financiera en fideicomiso los bienes que conforman su patrimonio, con la finalidad de que esta institución los administre, estabilice el negocio y cancele las obligaciones pendientes, conforme se vaya recuperando la empresa.

Queremos añadir que este tipo de fideicomiso ha tenido ciertos inconvenientes en su desarrollo, sobre todo en países como Colombia, donde se prohíbe el pacto comisorio⁽¹⁷⁾ y donde la doctrina, e incluso su Superintendencia Bancaria —en un momento dado— mostraron serias divergencias con respecto de esta figura.

En general, las objeciones están planteadas en función a que los fideicomisos de garantía se constituirían en un artilugio jurídico para que los acreedores puedan hacer suyos los bienes dados en garantía. Asimismo, se considera que las instituciones fiduciarias se subrogarían en la función jurisdiccional del Estado. Otro inconveniente planteado es la circunstancia de no permitir al deudor la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Por nuestra parte consideramos que no existe la posibilidad de que los acreedores tomen para sí los bienes dados en garantía mediante el fideicomiso, pues mediante él lo que se ha realizado es una transferencia de propiedad del deudor al fiduciario, hecho que se ha realizado cumpliendo todos los requisitos necesarios establecidos por la ley para que un contrato sea válido. Hay que agregar que el fiduciario tendrá que obrar de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato por lo que mal podríamos de-

17 Entendemos por pacto comisorio a aquel que hace posible que el acreedor pignoraticio disponga de los bienes dados en garantía prescindiendo de los mecanismos prescritos tanto por la ley sustancial como por la ley procesal.

cir que el acreedor tiene la libertad de hacerse para sí los bienes dados en garantía.

Respecto de la función jurisdiccional ejercida por la institución fiduciaria consideramos que no existe disputa que deba ser «juzgada», lo que existe es una oportunidad de pago como un hecho concreto con una fecha claramente determinada.

Sobre la privación del derecho de defensa, Sergio Rodríguez⁽¹⁸⁾ nos dice que «no parece que haya propiamente una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada a controvertir cualquier circunstancia accesorias tiene un contenido eminentemente patrimonial»

Al respecto, nosotros coincidimos con tal apreciación teniendo que agregar que se debe fomentar el derecho de las personas a autorregular sus propios intereses, sobretodo, en países latinoamericanos, donde el Poder judicial no ha respondido a las expectativas de celeridad exigidas en la dinámica económica actual. Es más, si el deudor-fideicomitente se siente lesionado en sus intereses por alguna actitud del fiduciario en su actuar, siempre tendrá la vía jurisdiccional para hacer prevalecer su derecho.

Lo que sí puede preocupar es la posibilidad de que la entidad fiduciaria y el acreedor-fideicomisario pertenezcan a un mismo grupo económico, ya que de ser así podrían presentarse actos en perjuicio del fideicomitente. Consideramos que con una debida reglamentación se evitarían estos posibles actos que perjudiquen los intereses de alguna de las partes.

Por todo lo expuesto, nos reiteramos en la opinión de que el fideicomiso de garantía se presenta como una de las modalidades más atractivas y dinámicas del fideicomiso; esto, debido al gran aporte que puede dar a la amplia gama de negocios que actual-

18 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 668.

mente se presentan en las actividades económicas de la sociedad en que vivimos.

3.3.4. Fideicomiso inmobiliario

Esta modalidad de fideicomiso, cuyo objeto siempre recae sobre bienes inmuebles, ha tenido gran desarrollo en algunos países latinoamericanos, por lo atractivo de las operaciones inmobiliarias que permite realizar. Estas operaciones pueden ir desde simples encargos –como puede ser la administración de inmuebles– hasta negocios de construcción inmobiliaria que incluyan proyectos de gran envergadura.

Claudia Prieto Nieto y Wilma Yamhure Kattah⁽¹⁹⁾, quienes han tratado a profundidad el tema y a las cuales acudiremos para desarrollar el punto, denominan a este tipo de fideicomiso como «fideicomiso de administración inmobiliaria» y lo define como:

«...un negocio jurídico en virtud del cual una persona natural o jurídica, llamada fideicomitente, transfiere a una entidad Fiduciaria la titularidad de uno o varios bienes inmuebles específicos, con el propósito de que los administre, maneje y/o enajene en provecho de un tercero que puede ser el fideicomitente o un nuevo beneficiario, denominado para estos efectos fideicomisario».

Las mencionadas autoras agregan que:

«...el ámbito más explotado y regulado en la práctica y en el cual se han especializado la casi totalidad de las Sociedades Fiduciarias, es el de la construcción sobre planos, según la cual dicha institución recibe a título de fiducia un lote de terreno, con el fin específico de desarrollar un determinado proyecto de construcción»⁽²⁰⁾.

19 PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 190-191

20 PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 191.

En este sentido, las entidades fiduciarias, una vez realizada la transferencia del terreno, pueden captar el interés de inversionistas con el fin de contribuir al desarrollo de un proyecto de construcción urbano o comercial, a partir la garantía que su sola presencia implica para la concreción del mencionado proyecto.

Así, una de las funciones de la entidad fiduciaria será la coordinación de todos los interesados para que el proyecto se desarrolle tal cual se acordó, como pueden ser los fideicomitentes, ya sea los que entregan el inmueble o los que invierten en el proyecto, y las entidades financieras que apoyan con el crédito dicho proyecto. También serán las encargadas de conseguir el crédito, coordinar la elaboración de los planos, contratar a los constructores, obtener las licencias —ya sean municipales o gubernamentales—, vender los inmuebles resultantes y repartir las utilidades, si las hubiere.

Sobre este punto, Prieto Nieto y Yamhure Kattah⁽²¹⁾ explican el fin primordial del fideicomiso inmobiliario:

«El fin primordial del contrato de Fiducia Inmobiliaria, es el desarrollo de un proyecto de construcción en el inmueble transferido, de conformidad con el anteproyecto y los planos que se presenten a la Fiduciaria y que usualmente son elaborados y aprobados por fiduciante o fiduciantes. Esta actividad se lleva a cabo a través de la constitución de un fondo común compuesto por el inmueble que se recibe a título de fiducia y los aportes en dinero provenientes de los fideicomitentes de inversión, para que se cumpla con el fin específico de construir el proyecto inmobiliario».

Terminado el proyecto de construcción, la fiduciaria repartirá

21 PRIETO NIETO, Claudia y WILMA YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 197-198.

las utilidades que se pudiesen haber presentado o liquidará las pérdidas acaecidas que no podrán exceder de los aportes dados por los fideicomitentes.

En este tipo de contratos, el fideicomitente tiene características especiales, pues existen aquéllos que aportan el terreno y otros que contribuyen con dinero en efectivo.

Es así como Prieto Nieto y Yamhure Kattah⁽²²⁾ señalan que los fideicomitentes se han clasificado de la siguiente manera :

- «a) Fideicomitente Inmobiliario: También llamado fideicomitente inicial, conformado por la persona o personas que aportan el terreno, en valor determinado en un avalúo comercial realizado por una entidad competente, y de ser el caso los estudios y la promoción del proyecto, también llamado paquete técnico.
- b) Fideicomitentes de Inversión: Fideicomitentes de inversión o adherentes, son aquellas personas naturales o jurídicas, interesadas en involucrarse como inversionistas al proyecto a cambio de una retribución en área, que en la mayoría de los casos consiste en la obtención de su vivienda al costo, al final del mismo. Aunque lo más frecuente es contar con la participación de estos sujetos en el negocio fiduciario, también es factible y se ha presentado en veces, que el proyecto se efectúe sin la existencia de aquéllos.

Los inversionistas que deseen participar en dicho proyecto, deben suscribir por escritura publica un contrato con la Fiduciaria, en el que declaren adherirse al acuerdo fundamental. Es importante tener presente que los constituyentes del negocio, pueden establecer beneficiarios distintos a si mismos».

Adicionalmente, resulta importante señalar que al interior de

22 PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. Op. cit., p. 199-200.

estos proyectos existen distintos órganos de decisión y de ejecución, entre los cuales encontramos la Asamblea de Constituyentes, el Comité Técnico, la Gerencia del proyecto, la Interventoría y el Constructor.

Como mencionamos al iniciar el tema, gracias a su amplio potencial de utilización, el fideicomiso inmobiliario puede ir desde la simple administración de inmuebles, hasta negocios de construcción inmobiliaria que incluyen importantes proyectos como aquéllos a que hemos hecho referencia .

En la industria de la construcción se han venido dando básicamente dos tipos de modalidades de fideicomiso :

1. *Fideicomiso de costo variable*: en él el fideicomitente inversionista asume los riesgos del proyecto, respondiendo por los costos del proyecto (materiales, mano de obra, honorarios profesionales, etc), con el fin de beneficiarse de una reducción de costos comparativamente con los precios del mercado inmobiliario.

Generalmente, esta modalidad está planteada para aquellos que tienen apreciables ingresos, y a los cuales comúnmente se les exige una cuota inicial durante la construcción del proyecto, para luego contribuir con cuotas mensuales al mismo.

2. *Fideicomiso a precio fijo*: en él el riesgo financiero es asumido por el constituyente, quien establece un precio a las unidades inmobiliarias que se están construyendo o se van a construir en el proyecto en busca de compradores. A estos compradores no podríamos denominarlos inversionistas, ni incluirlos en el contrato de fideicomiso inmobiliario que da razón al proyecto, ya que no asumen ningún riesgo, al no estar afectados a la variación de los costos de la obra, ni beneficiarse ni perjudicarse por las vicisitudes de la misma.

Es por ello que esta modalidad se utiliza para favorecer a per-

sonas de menores recursos que aquellas comprendidas en el fideicomiso inmobiliario de costo variable, por lo que ha sido muy empleada en proyectos populares de vivienda.

3.3.5. Fideicomiso testamentario

Este tipo de fideicomiso permite al fideicomitente la posibilidad de que sus preceptos se respeten luego de su muerte. De acuerdo a ello, mediante testamento, una persona puede destinar parte de sus bienes o todos ellos, según estemos en legislaciones que limiten o no la libre disposición de los bienes por vía testamentaria, a una finalidad determinada, transfiriendo estos bienes a una entidad fiduciaria que lo sobrevivirá.

El destino de los bienes es múltiple y las características del fideicomiso son muy variadas, por lo que en la práctica, el fideicomitente podría establecer como fideicomisario a algún pariente, ya sea para solventar sus gastos de manutención, para costear sus gastos de educación o enfermedad. También podría destinar los bienes para fines científicos o culturales.

Luego de cumplido cierto plazo, concretado el objetivo o desaparecida la finalidad, entre otras causas, el fideicomitente podría establecer que dichos bienes sean transferidos a una persona determinada.

3.3.6. Fideicomiso de seguros

Destinado generalmente a los seguros de vida, este tipo de fideicomiso permite al fideicomitente destinar el dinero producto de un seguro de vida a una finalidad determinada por él, que por lo demás tendrá las mismas características que el fideicomiso testamentario. En este sentido la beneficiaria del seguro de vida será la entidad fiduciaria, para que ésta obre de acuerdo a lo ya señalado anteriormente.

Sergio Rodríguez expresa que algún autor mexicano ha veni-

do en denominar a este tipo de fideicomisos como «el seguro de seguros».

El mismo autor⁽²³⁾ menciona otra hipótesis distinta al fideicomiso de seguro de vida, y es la planteada en función de un seguro de daños, en el cual el fideicomiso tendría la finalidad de restablecer o reponer el daño causado con la indemnización recibida producto de dicho daño.

3.3.7. Fideicomiso de desarrollo

El fideicomiso de desarrollo surge de la exigencia por encontrar nuevas formas que resulten adecuadas para la movilización de recursos, que logren atender sectores económicos que se consideren fundamentales para el desarrollo de un país y respondan a las limitaciones y condiciones que plantea el nuevo entorno social y a la situación económica internacional vigente.

Estas limitaciones y condiciones llevaron a decir Francisco Vara Mora⁽²⁴⁾ lo siguiente :

«El decaimiento de las corrientes de comercio en el sentido norte-sur, el receso de las economías centrales, la manipulación de las tasas de interés y las prácticas generalizadas de proteccionismo, entre otras, hacen que se constituya un imperativo para nuestro desarrollo el usar congruentemente todos los instrumentos de política económica a nuestro alcance si queremos lograr mayores niveles de crecimiento e instrumentar, al propio tiempo, acciones que permitan mantener la inflación controlada y con tendencia declinante».

23 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 669.

24 VARA MORA, J. Francisco. Fondos de Desarrollo y Fondos de Inversión. Experiencia del banco de México en el manejo de los Fideicomisos de Fomento. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, p. 133. Montevideo, 1981.

Algunos países como México han visto en el fideicomiso una herramienta económica eficaz para los fines; es así como Arrocha⁽²⁵⁾ dice que:

«El instrumento jurídico que se ha considerado idóneo en México para permitir inversiones conjuntas de bancos de fomento mexicanos, en asociación con bancos privados o paraestatales del extranjero, ha sido el fideicomiso».

De esta manera, muchos Bancos centrales o entidades estatales creadas para este efecto, participan en el fomento de las actividades económicas de los países, a partir de la administración de fondos ofreciendo un financiamiento que permita su desarrollo.

Estos fondos pueden tener distinto origen. Es así como Sergio Rodríguez⁽²⁶⁾, al referirse a este punto, señala lo siguiente:

«Caracterizados por la presencia de entidades internacionales o gubernamentales de crédito y por la aplicación de recursos a entidades de interés comunitario o de desarrollo, vinculadas con programas especialmente interesantes para países del llamado tercer mundo, tanto si los recursos provienen exclusivamente de aportes estatales, como cuando se trata de fondos mixtos en los llamados programas de cofinanciamiento, en los cuales participan los recursos estatales o de entidades internacionales, y los del sector privado».

En desarrollo de estas posibilidades existen fondos administrados por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, y los Bancos Centrales de distintos países».

En consecuencia, como se sabe, las economías de los países latinoamericanos durante mucho tiempo, fueron dependientes

25 ARROCHA MORTON, Carlos. Op. cit., p. 103.

26 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 669.

estructuralmente del crédito proveniente del exterior y de una política interna inflacionaria para tratar de activar sus economías. Esto generó una serie de distorsiones económicas en nuestras naciones, encontrándose actualmente muchas de ellas en la búsqueda de una orientación que nos permita —cada vez más— ser generadoras de nuestros propios recursos y eliminar los procesos inflacionarios en los cuales nos encontrábamos.

Una de las opciones es ayudar a los procesos productivos a partir de fondos de desarrollo que canalicen recursos de una manera eficiente, dando créditos por sectores prioritarios de mediano y largo plazo.

Resulta importante tener presente la función que juega el fideicomiso dentro de la política financiera de un país. Por ello consideramos necesario explicar cómo las políticas financieras tienen un papel fundamental en el fomento del desarrollo.

En este sentido, con la finalidad de encausar de una forma adecuada los recursos provenientes del sector financiero, el Estado, en especial su Banco Central de Reserva, utiliza una serie de mecanismos a través de los cuales orienta el crédito hacia los sectores económicos considerados prioritarios en el país.

Estos mecanismos están centrados básicamente en un sistema de encajes. Mediante este encaje legal, los Bancos Centrales pueden establecer una serie de controles, a fin de regular lo captado por el sistema financiero. Uno de estos controles es aquel mediante el cual las entidades financieras tienen la obligación de depositar un porcentaje de los depósitos captados en las arcas del Banco Central, con lo cual se busca incidir sobre la liquidez en la vida económica de un país.

Otro de los controles establecidos por la mencionada entidad estatal está planteado en términos de obligar a las instituciones de crédito a dirigir un porcentaje de los fondos recaudados a sectores productivos de incidencia en la economía nacional, busca-

do incentivar áreas que –de no ser por estas normas– verían frustrado su acceso al crédito, por la naturaleza misma de dichas actividades.

Sobre el porcentaje restante, si bien es cierto de que es de libre disponibilidad para las instituciones de crédito, éstas también tienen ciertas limitaciones, las mismas que están dirigidas fundamentalmente a evitar que se centralicen los créditos, diversificando el riesgo crediticio.

Como podemos apreciar, mediante el encaje legal, en sus diversas modalidades, el Estado –imponiendo su *ius imperium* a las entidades financieras– busca orientar la canalización del crédito en un sistema económico determinado.

Otro mecanismo que posee el Estado para orientar selectivamente el crédito es el destinar fondos para desarrollar su economía a través del fideicomiso.

Estos fideicomisos –que reciben el nombre de fideicomisos de desarrollo o de fomento– buscan asignar recursos a partir de créditos dirigidos a determinadas áreas económicas, con el fin de impulsarlas, al ser consideradas prioritarias para el desarrollo nacional.

J. Francisco Vara⁽²⁷⁾ explica cómo funcionan estos fondos:

«Los fondos de fomento, se conocen como bancos de segundo piso, porque dentro de su operación redescuentan a las instituciones, en proporciones variables, títulos que amparan operaciones de crédito previamente realizadas a la luz de las normas establecidas por los fondos. Esta modalidad de su operación determina que el riesgo del crédito permanezca en la institución intermediaria –banco de primer piso– por lo que los fondos de fomento no muestran quebrantos derivados de la no

27 VARA MORA, J. Francisco. Op. cit., p. 136

recuperación de sus apoyos. Lo anterior ha permitido que las instituciones bancarias participen mejor de los riesgos del proyecto y en el establecimiento de las garantías correspondientes».

Es así como el fideicomiso de desarrollo se ha convertido en uno de los mecanismos más eficientes para lograr el beneficio social y económico de ciertos sectores considerados fundamentales para el desarrollo de un país, siendo evidentes las ventajas comparativas de esta modalidad con respecto de otras posibilidades con que se cuenta para activar la economía de un país, tales como el endeudamiento externo, el ahorro público interno o el ahorro de carácter privado, medidas proteccionistas etc. ; y es que el fideicomiso de desarrollo, a partir de fondos de fomento, permite dinamizar el mercado de capitales, alejando a éste del consumo a partir de promocionar la inversión.

Además debe destacarse el hecho de que sobre estos fondos confluyen dos aspectos sumamente importantes, como son el hecho de evitar las malas colocaciones, a pesar de que las características de los programas podrían estar inmersas en proyectos de alto riesgo, así como el impacto social y económico que se pueda generar en el país.

En este sentido, debemos resaltar la trascendencia de realizar una efectiva administración y distribución de estos recursos. Mary Cecilia Berrio⁽²⁸⁾ señala una serie de condiciones para que esta asignación de recursos se dé de una manera óptima:

«1. La selección de las actividades prioritarias que deben verse beneficiadas por el crédito sectorial de los fondos financieros.

28 BERRIO, Mary Cecilia. El papel de los fondos financieros de fomento en los países en vía de desarrollo. En: *Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE)*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, pp. 152-153. Montevideo, 1981.

Fundamentalmente deben ser parte determinante de programas sectoriales de desarrollo, de acuerdo con las necesidades del sector real y en forma tal que la asignación realmente beneficie renglones que concentren y determinen el desarrollo paralelo o la eliminación de cuellos de botella en otros, para esto es necesario contar con personal especializado que evalúe y asista técnicamente los proyectos considerados.

2. La especificación de las condiciones financieras de plazos y tasas de interés debe considerar el costo adecuado de acuerdo a la actividad específica y/o usuaria y por tanto deben estar acordes con la realización del proyecto. Es claro que deben crear condiciones necesarias para por lo menos tender a equilibrar una demanda y oferta de recursos crediticios de fomento, de acuerdo con la redistribución que se haga de lo disponible, que presentan una tasa de interés representativa de cada actividad concreta.
3. Se debe en lo posible establecer un sistema de garantías que asegure la recuperación de la inversión, pero que de la misma forma no genere concentración de crédito. Como esta condición tiene gran dependencia de los intermediarios financieros que intervienen en la operación, la actitud que este sector tenga con respecto al apoyo del crédito de fomento es fundamental.
4. Se necesita mantener una constante supervisión de la utilización de los recursos asignados, que garantice el cumplir con las metas fijadas en la financiación de cada proyecto.
5. Finalmente, aunque constituye un objetivo difícil debe existir un sistema eficiente de evaluación de los resultados de estos créditos sectoriales, para poder hacer las correcciones necesarias en caso de que los resultados del conjunto de este crédito de fomento tienda a desviarse».

A fin de reforzar los objetivos de estos planes de desarrollo vía fideicomisos, y no hacerlo descansar sólo en esta óptima ad-

ministración de los recursos que se le asignan, existe por parte de estos fondos la intención de entregar el soporte técnico necesario a sus beneficiarios directos. De esta manera, se les brinda capacitación en sus respectivas áreas de trabajo, orientándolos para un mejor aprovechamiento de su potencialidad productiva, encausándolos hacia un crecimiento de sus negocios, conduciéndolos hacia mejores formas de organización empresarial y volviéndolos más competitivos para el entorno local y mundial.

Lo que se busca con estos fondos es tener una repercusión positiva en la macroeconomía y microeconomía del país, generando una mejoría en la balanza de pagos, en la desconcentración de los recursos, en la redistribución de los ingresos, en la generación de empleos, entre otros aspectos socio-económicos trascendentes.

Resulta importante señalar que, al estar destinados estos fondos a sectores considerados fundamentales dentro de una economía, los proyectos y programas que se busque beneficiar con dichos recursos deben tener, no sólo viabilidad económica, sino también sus actividades deben estar inmersas en las referidas actividades prioritarias. Esto los diferencia de los créditos comunes que otorga el sistema financiero, pues éstos, si bien buscan la viabilidad de la operación, también analizan las posibilidades de garantía real que pueden ofrecer sus clientes.

Otra diferencia con los créditos otorgados por el sistema financiero tradicional, es la aplicación de tasas preferenciales, años de gracia, plazos de pago más amplios, etc.

En el Perú, aparecen fondos con estas características en el año 1,978 al establecerse el Fondo de Redescuento Agro-Industrial (FRAI), producto del acuerdo entre los Gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica y Perú. Asimismo, aparecen otros fondos como el Fondo de Bienes de Capital (FONCAP), el Fondo de Inversiones Regionales (FIRE), el Fondo de Exportaciones (FONEX) y el Fondo BID para el Fomento de la Industria, Minería y Pesca.

Actualmente, el Banco Central de Reserva por indicación del Gobierno Central, con recursos del Estado o provenientes de convenios con Gobiernos o entidades internacionales, destina fondos de desarrollo, cuya administración está a cargo de la empresa estatal Corporación Financiera de Desarrollo –COFIDE– la cual posee autonomía económica y administrativa.

En otro orden de ideas, debemos señalar que existen otros fondos en fideicomiso que también son de desarrollo, pero que no responden a las características de crédito selectivo expuestas hasta este momento. Es así como encontramos Fondos de desarrollo no destinados al aspecto cuantitativo, que dan las cifras económicas, sino que buscan mejorar aspectos cualitativos, como la calidad de vida de las personas. Por ello, encontramos recursos destinados a mejorar la infraestructura educativa, distribuir materiales de enseñanza, construir o mejorar vías de comunicación, canales de regadío, lagunas de oxidación, etc.

En el Perú actualmente podemos mencionar algunos fondos con estas características, como por ejemplo FONCODES y PROFONAMPE.

Debemos subrayar el hecho que debido a los objetivos planteados, los fideicomisos de fomento serán casi siempre fideicomisos oficiales. Esto no quiere decir que personas e instituciones particulares, e incluso entidades internacionales, no puedan establecer fondos en fideicomiso con la características de estar destinados a sectores sociales y económicos prioritarios para el país, pues nada impide que ello así suceda. Consideramos que esto debe ser tomado en cuenta, sobre todo, en países como los nuestros, donde los vaivenes políticos, la inestabilidad política y social, y el clientelaje partidista, han podido generar cierta reticencia a llegar a acuerdos con los Gobiernos de turno. Así, podrían acudir a los Bancos privados a fin de que ellos destinen todos sus esfuerzos para que sus indicaciones sean cumplidas a cabalidad.

Es importante agregar que –por sus características– el fideico-

miso de desarrollo podría servir para canalizar recursos provenientes del extranjero y que actualmente son destinados a lo que en el Perú se denominan Organismos no Gubernamentales (ONGs), para buscar el desarrollo de los países a partir de mejorar la calidad de vida de las personas. Afirmamos esto, pues muchas ONGs no han cumplido con los objetivos planteados en el inicio de cada proyecto. Consecuentemente, aquellas instituciones que financian estos proyectos podrían destinar dichos fondos para que una entidad fiduciaria los administre, contratando los profesionales más idóneos y optimizando los criterios de actuación, para así alcanzar el objetivo que se persigue.

3.3.8. Fideicomiso prestacional o de fondos de pensiones

Actualmente, ante las diferentes cargas sociales por parte de los empleadores a favor de sus trabajadores, el fideicomiso se constituye como una modalidad sumamente eficiente para el manejo de los referidos fondos, con ventajas para las dos partes intervinientes en una relación laboral.

Hay que agregar que estos fondos, que deberían expresarse como reservas en el patrimonio de las empresas, son muchas veces utilizados –en la práctica– como capital de trabajo por las mismas, estando sujetos a los vaivenes económicos del empleador.

Es por ello que la posibilidad de constituir un fideicomiso sobre los citados fondos, encargando a una entidad fiduciaria su administración, alejaría el peligro latente de que los derechos de los trabajadores se vean violentados por una precaria situación económica del empleador. Esto, a pesar de que la mayoría de las leyes reconocen a los trabajadores ser acreedores preferentes ante una eventual quiebra o cierre de la empresa.

Otra ventaja que presenta este tipo de fideicomiso es la posibilidad de que dichos fondos ganen intereses o utilidades producto de los negocios que generen las instituciones fiduciarias, lo cual determina una ganancia, tanto para el trabajador como

para el empleador, al poderse asignar a éstos como beneficiarios del fideicomiso.

Al respecto Sergio Rodríguez⁽²⁹⁾ expresa que:

«Las dificultades crecientes que afrontan muchos países para el manejo de sus programas de seguridad social administrados por el Estado o por entidades de derecho público, han hecho volver los ojos hacia mecanismos privados o mixtos a través de los cuales pueda garantizarse a los destinatarios la cobertura ofrecida, tanto en el campo de las pensiones, como en el crédito para ciertas finalidades o programas de salud. Y para tal efecto, ningún instrumento más útil que el constituir fondos fiduciarios con esa finalidad».

En el Perú, se han creado varios mecanismos para proteger los fondos originados de las prestaciones sociales a cargo de los empleadores o de los mismos trabajadores. En este sentido, tenemos que los fondos producto de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) son depositados en cuentas de depósito a nombre de cada uno de los trabajadores, para ser retirados al momento del cese del vínculo laboral⁽³⁰⁾. Asimismo, recientemente se crean las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFPs⁽³¹⁾, que como su nombre lo indica, se encargan de administrar los montos descontados a los trabajadores por concepto de pensiones.

Si bien ambos mecanismos se muestran eficientes ante las escandalosos abusos del pasado, al ser estos de carácter obligatorio, todos los beneficios ofrecidos en un inicio (préstamos garantizados con los fondos de la CTS, intereses privilegiados, etc.) se han visto mediatizados por esta situación. Consideramos que se debe

29 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 671.

30 D. Leg. 650 del 24.07.91

31 D. Ley 25897 del 6.12.92

abrir la posibilidad de constituir fideicomisos sobre estos fondos, como un mecanismo más a elegir por los actores económicos, dados los beneficios que podrían recaer sobre ellos.

3.3.9 Fideicomiso de fondos de inversión

Esta modalidad se convierte en una brillante oportunidad para aquellas personas que poseen capitales ociosos, destinando estos montos hacia inversiones que pueden producirles dividendos mucho más provechosos que el simple ahorro o consumo, con la seguridad de contar con el respaldo, experiencia y solvencia de una entidad fiduciaria, que administre el fondo, evalúe el riesgo y ponga toda su experiencia profesional y capacidad para realizar negocios en la inversión.

Un ejemplo de ello está dado por los fideicomitentes de inversión en los fideicomisos inmobiliarios.

3.3.10. Fideicomiso de nacionalización

Para abordar esta modalidad de fideicomiso recurriremos a las expresiones de Sergio Rodríguez⁽³²⁾, quien indica al respecto lo siguiente:

«Una modalidad interesante encontrada en algunos países consiste en que en los procesos de nacionalización de empresas tendientes a permitirles que puedan participar en mercados ampliados, como sería en grupos regionales o gozar de algunas ventajas desde el punto de vista impositivo, de participación en el mercado de exportaciones, etc., pueden encontrarse dificultades para vender, con la celeridad deseada, parte de las acciones constitutivas del capital porque entre los inversionistas nacionales no exista mercado en ese momento o en las bolsas de valores los precios no parezcan convenientes,

32 RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., p. 672.

etc. Pues bien, en esta hipótesis se ha encontrado como solución muy interesante el vender o transferir las acciones necesarias y exigidas por la ley a una entidad fiduciaria para que ésta cumpla el encargo de colocarlas paulatinamente entre inversionistas nacionales, de manera que al final se obtenga la proporción exigida por la ley para tener a una empresa como nacional».

EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

4.1. Ley General del Sistema Financiero y del sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley 26702

El fideicomiso en la legislación peruana se encuentra regulado en la LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS - LEY 26702.

De acuerdo al artículo 2 del Título Preliminar de la Ley 26702, los objetivos de la misma están centrados en «propender al funcionamiento de un Sistema Financiero y un Sistema de Seguros, competitivos, sólidos y confiables que fomenten el ahorro en las empresas y entidades que lo conforman».

Esta nueva Ley tiene como antecedente directo al Decreto legislativo N° 770 —«Ley de Instituciones, Bancarias, Financieras y de Seguros»—, el cual incluyó una serie de cambios sustanciales y estructurales, entre los que se encontraba la regulación sobre el fideicomiso, siendo ésta la primera vez que se regulaba sobre el tema.

En este sentido, y dada su relevancia, nos permitimos hacer

un estudio de los antecedentes del fideicomiso antes de la dación del Decreto Legislativo N° 770 – y un análisis –artículo por artículo– de la manera cómo la Ley N° 26702 ha legislado al fideicomiso en nuestro país y la relación existente entre ambos cuerpos legales.

4.2. El fideicomiso antes del Decreto Legislativo N° 770

Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 770, el fideicomiso no estaba regulado de manera expresa en nuestra legislación por lo que al considerar esta figura como un negocio jurídico fiduciario impuro y existir la necesidad de su tratamiento legislativo, mal podríamos hablar de un fideicomiso en esta época al faltar el requisito fundamental para la existencia del mismo, que es la expresión normativa del fideicomiso.

Lo que sí se encontraba tácitamente aceptado por la normatividad entonces vigente, eran los negocios fiduciarios puros, muy especialmente por las Constituciones de 1979 y 1993 y el Código Civil de 1984.

En este sentido, la Constitución Peruana de 1979 establecía en el inciso 12 del artículo 2 que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. Asimismo, el inciso 20 del artículo antes mencionado señalaba que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»⁽¹⁾.

Como vemos, la Constitución de 1979 tiene como lícitos aquellos actos que no estén expresamente prohibidos por la Constitución o por las leyes o demás normas de inferior nivel.

Por lo tanto, al no haber estado legislado el negocio fiducia-

1 Hay que tener en cuenta que la Constitución de 1993 fue publicada con posterioridad al Decreto Legislativo No. 770, por lo que la Constitución de 1979 fue la que rigió durante el tiempo en el que el fideicomiso no estaba recogido por nuestra legislación.

rio, y no haber existido norma alguna que lo vedara, es pertinente afirmar que estaba permitido constituir un negocio fiduciario en nuestra legislación.

En el mismo orden de ideas, El Código Civil de 1,984 señala en su artículo 1,354 que «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

El Código Civil Peruano, al establecer la libertad contractual en el artículo antes citado, convalida la posibilidad de constituir un negocio fiduciario a pesar de no haber sido contemplado expresamente por la ley, pues las partes tienen absoluta libertad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, siempre que no vaya en contra de una norma de carácter imperativo, el orden público, la moral y las buenas costumbres, ni se logre mediante ella un abuso de derecho.

Así las cosas, los negocios fiduciarios eran permitidos hasta antes de la aparición del Decreto Legislativo N° 770 pues, como hemos visto, estaban permitidos por la ley. Lo que es muy cierto también, es que las personas en el Perú no acudían a esta figura para establecer sus relaciones jurídicas, pues resulta evidente que no estamos acostumbrados a celebrar negocios de una envergadura tal, como lo son los consistentes en la disposición de bienes, sólo basados en la confianza. Es así como la figura no se utilizó en nuestro país.

4.3. El fideicomiso en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros –Ley N° 26702– y en la Ley General de Instituciones Financieras y de Seguros –Decreto Legislativo N° 770

El Fideicomiso es recogido por primera vez en el Perú con la aparición del Decreto Legislativo N° 770 y nuestra opinión general es que la nueva Ley del Sistema Financiero y del Sistema de

Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 – no modifica sustancialmente la posición adoptada por la anterior ley mencionada, introduciendo una serie de cambios los cuales iremos mencionando, pues realizaremos un análisis exhaustivo de esta figura en nuestra legislación, y que desarrollamos a continuación.

**Ley General del Sistema Financiero y
del Sistema de Seguros y Orgánica
de la Superintendencia de Banca y Seguros –
Ley N° 26702**

**TÍTULO III
Operaciones y Servicios**

**CAPÍTULO II
Contrato e instrumentos**

**SUBCAPÍTULO II
Fideicomiso**

Artículo 241. – CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondien-

te de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 - (a la cual en el presente Capítulo denominaremos «la nueva ley» o simplemente «la ley») tiene como antecedente al Decreto Legislativo N° 700 (a la cual en el presente Capítulo denominaremos «la antigua Ley» o «la anterior Ley»).

En este sentido, la definición del fideicomiso que establecía la antigua Ley era aquella que ha sido asumida por gran parte de la doctrina en la actualidad, tal como lo hemos analizado en la parte referida a la definición del fideicomiso en el segundo capítulo de este trabajo.

Consideramos que en esa oportunidad debería haberse señalado en la definición el tipo de transferencia que se realizaba y hacer alusión de que los bienes fideicometidos se transferían en calidad de propiedad fiduciaria.

Asimismo, la definición de la antigua Ley no tomaba en cuenta un aspecto fundamental del fideicomiso, que es la finalidad determinada, mediante la cual los bienes entregados en fideicomiso están destinados a la consecución del fin establecido al momento de constituir el fideicomiso.

El artículo 241 de la Ley N° 26702 señala el concepto de fideicomiso.

Consideramos que en este artículo se establece una serie de ideas que distorsionan la esencia del fideicomiso.

Se señala que el fideicomitente transfiere la propiedad de los bienes para la constitución de un patrimonio autónomo. Esto no es así. El fideicomitente transfiere los bienes fideicometidos para el cumplimiento de una finalidad determinada. La constitución de un patrimonio autónomo sería consecuencia del mismo y, por lo tanto, no debería ser considerado en la definición.

Además, la Ley señala la existencia de un patrimonio autónomo. El concepto jurídico del patrimonio autónomo indica que éste no debe ser atribuido a persona alguna. Sin embargo, en el texto del artículo mencionado atribuye al fiduciario el dominio fiduciario del patrimonio. Somos de la opinión de que se debió expresar de que se trata de un patrimonio especial, pues, si bien el patrimonio es atribuido a una persona éste posee características particulares que lo diferencian de los demás. Este punto ha sido desarrollado extensamente en el Segundo Capítulo del presente trabajo.

El mismo artículo, que está bajo la sumilla de concepto de fideicomiso, con poco sentido orgánico y sistemático, hace alusión del patrimonio fideicometido como una masa patrimonial independiente del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, del fiduciario y en su caso del destinatario de los bienes remanentes. Asimismo, el artículo señala algunas características de los activos del patrimonio fideicometido, sobre la parte líquida de los fondos, y señala que la Superintendencia dictará las normas sobre las modalidades del fideicomiso.

No sólo es asistemático, sino que, por ejemplo «crea» un nuevo elemento personal «el destinatario de los bienes remanentes» que no es otra cosa que un beneficiario más del fideicomiso, en otras palabras, es un fideicomisario.

Creemos que tres de los cinco párrafos de los que consta este

artículo debieron ser tratados en el artículo 253 sobre el patrimonio fideicometido. Creemos además que peca de exceso de detalle la nueva ley respecto de la definición de la figura, al estar claramente establecidos cada uno de sus preceptos, en el desarrollo doctrinario y legislativo de la figura.

Considerámos que nuestra legislación debería regresar a la definición sencilla de la antigua Ley, debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

«El Fideicomiso es una relación jurídica patrimonial en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que este último destine los bienes a una finalidad determinada en favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario»

Artículo 242.— EMPRESAS AUTORIZADAS A DESEMPEÑARSE COMO FIDUCIARIOS.

Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1 del artículo 318.

En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se le señale.

Para ejercer las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulación a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras.

El primer párrafo del artículo 315 de la antigua Ley señalaba, de manera expresa, que solamente las empresas bancarias esta-

ban autorizadas para cumplir con la función de entidad fiduciaria en los fideicomisos.

Consideramos importante en estos momentos recordar lo expresado en el primer capítulo del presente trabajo, cuando se analizó la etimología de la palabra fideicomiso, la cual sugiere un encargo de confianza. En este sentido, los particulares acudirán a los Bancos con la confianza en el respaldo económico, profesionalismo y conocimiento en los negocios que ostentan estas instituciones.

Es por ello que la antigua Ley encargaba a las empresas bancarias el papel de promotor de esta figura en nuestro país. Dicha decisión se sustenta en la confianza que despiertan los Bancos y la aceptación, de gran parte de la doctrina, de considerar a estas entidades financieras como únicas fiduciarias.

Es así como la antigua Ley se alejaba de aquellas legislaciones que permiten la constitución de entidades fiduciarias especializadas, las cuales contarían con la aprobación y supervisión de un órgano administrativo señalado por la ley para tal efecto.

El artículo 242 de la Ley señala cuáles son las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios.

En este aspecto, la ley señala una mayor amplitud en lo que se refiere a las empresas que van a poder realizar fideicomisos en calidad de fiduciarias

Así tenemos que podrán ejercer las funciones de fiduciarias las siguientes empresas:

- COFIDE
- Empresas Bancarias.
- Empresas Financieras.
- Caja Municipal de Ahorro y Crédito.

- Caja Municipal de Crédito Popular.
- Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa - EDPYME.
- Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar dinero del público.
- Caja Rural de Ahorro y Crédito.
- Empresas de Servicio Fiduciario.
- Empresas de Seguros y Reaseguros.

Si bien considerábamos que el Decreto Legislativo N° 770 era sumamente restrictivo en este sentido, al considerar sólo a las empresas bancarias como personas autorizadas para ser entidades fiduciarias, creemos que la posición adoptada por la Ley 26702 cae en un exceso, que lo único que va lograr es desconcierto entre los agentes económicos, y desaparecer algo fundamental en un negocio de fideicomiso, la confianza en el fiduciario.

Creemos que la nueva ley no se debió alejar de lo dispuesto en la antigua Ley, dejando el papel de promotor de esta figura a las empresas bancarias por la confianza que despiertan los Bancos en los particulares por su respaldo económico, su profesionalismo y conocimientos en los negocios. También somos de la opinión que sólo se debió agregar a las empresas financieras y COFIDE para realizar esta función.

Es importante señalar que nuestra legislación permite actuar como fiduciarias, además de las señaladas por la Ley N° 26702, a las Sociedades Titulizadoras, reguladas por la Ley del Mercado de Valores –Decreto Legislativo N° 861–, empresas que estudiaremos con mayor detenimiento cuando tratamos el fideicomiso de titulización más adelante en este mismo capítulo.

Artículo 243.– VALIDEZ DEL ACTO CONSTITUTIVO.

Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

El contenido de este artículo de la Ley N° 26702 es idéntico al que existía en el artículo 316 del Decreto Legislativo N° 770.

Este artículo establece dos requisitos de validez para la constitución del fideicomiso.

Uno de ellos es el hecho de que el fideicomitente tenga la facultad de disposición sobre los bienes fideicometidos. En otras palabras, el fideicomitente deberá tener la calidad de propietario de los bienes o derechos que se transmitan.

Además, el fideicomiso respetará las reglas establecidas para cada caso específico. Por ejemplo: si el bien materia del fideicomiso tiene la calidad de bien mueble, entonces el acto jurídico será válido con la tradición al fiduciario, de acuerdo con el artículo 947 del Código Civil. Si se tratase de un bien inmueble, entonces el acto jurídico será válido con el solo acuerdo entre las partes, en base a lo establecido en el artículo 949 del mismo código.

La Ley establece en su artículo 246, formalidades adicionales.

En el caso de que el fideicomiso se constituya por testamento, entonces este deberá tener las formalidades establecidas para el mencionado acto.

El bien o los bienes materia del contrato de fideicomiso, pueden ser, en términos generales, cualquier bien o derecho que sea susceptible de enajenación por parte del fideicomitente. Es decir, no podrán ser materia de un fideicomiso, aquellos derechos que el fideicomitente los tenga con carácter personalísimo.

Los bienes deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 885 y 886 del Código Civil Peruano, los cuales indican la relación de bienes muebles e inmuebles, que deberán ser considerados como tales en nuestro ordenamiento jurídico,

Respecto de los derechos, estos, como lo mencionamos anteriormente, no deberán tener carácter extrapatrimonial y personalísimo, como podrían ser derechos fundamentales de la persona.

Consideramos que para mejor sistematización sobre este punto, la Ley debió dedicarle un artículo especial referido a los bienes materia de un fideicomiso.

Artículo 244.— DERECHOS DEL HEREDERO FORZOSO PERJUDICADO POR EL FIDEICOMISO.

Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución.

No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.

La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

Esta norma también tiene su correspondencia en el artículo

317 de la antigua Ley. Hay que hacer notar que existen algunas diferencias entre la nueva ley y la antigua disposición legal, siendo una de ellas la manera de referirse a la fiduciaria, debido a la ampliación de las empresas autorizadas para cumplir con esa función. La antigua Ley usaba el término Banco Fiduciaria, siendo el término usado actualmente el de empresa fiduciaria. Este aspecto se repite a lo largo de toda la regulación de la Ley.

Mediante esta disposición el heredero forzoso del fideicomitente podrá exigir la devolución de los bienes enajenados que hayan perjudicado su legítima.

Consideramos que el legislador estaría siendo redundante al regular al respecto, pues no es necesario indicar expresamente la presente disposición, ya que podríamos acudir a lo señalado en el articulado referido al Derecho de Sucesiones del Código Civil.

Es importante la facultad entregada a la fiduciaria de elegir entre los bienes fideicometidos, los que van a ser objeto de la devolución. Estamos de acuerdo con esta disposición, pues lo que se busca es respetar al máximo la voluntad del causante, pudiendo la empresa fiduciaria evaluar y entregar los bienes que al ser devueltos no perjudiquen —o lo hagan en lo más mínimo— la finalidad determinada en el fideicomiso.

Un aspecto significativo, es el hecho de aclarar que los herederos forzosos pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante sólo en el caso de que éste se haya realizado a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. Ello se debe a que la anterior Ley no indicaba ello, pudiendo generar no sólo un perjuicio económico a un tercero sino además distorsionar la voluntad del causante, en el sentido de que los herederos forzosos a pesar de no ver perjudicada su posición en un fideicomiso a título oneroso, podían reclamar la devolución de los bienes materia del fideicomiso.

Hay que señalar respecto del párrafo anterior que la ley está

introduciendo un nuevo concepto, el fideicomiso gratuito, lo que nos hace pensar que la Ley también acepta un fideicomiso a título oneroso. A pesar que la Ley no le ha dado un contenido a estos conceptos, consideramos que los fideicomisos a título oneroso serán aquellos en el que el fideicomisario a pagado una contraprestación a fin de colocarse como beneficiario del fideicomiso, incluyendo aquellos casos de fideicomisos de garantía, y que los fideicomisos a título gratuito serán aquellos en el que existe una liberalidad del fideicomitente a favor del fideicomisario.

En función del segundo párrafo del artículo, el fideicomitente tendrá la posibilidad de transferir los bienes que correspondan a sus herederos menores o incapaces, hasta que subsista la minoría o incapacidad. En este sentido, el fideicomitente podrá confiar estos bienes a una fiduciaria, con la seguridad de que estos van a ser adecuadamente administrados o invertidos, y sean de mayor provecho para sus herederos al momento en que cumplan la mayoría de edad o desaparezca la incapacidad.

Entonces, La Ley exige, para este tipo de fideicomisos, la obligación de señalar como fideicomisarios a los herederos menores o incapaces.

El legislador, en el tercer párrafo del artículo, da una serie de pautas sobre los bienes del fideicomitente que son entregados en fideicomiso y tocan la legítima del heredero que ha sido calificado como pródigo por el mismo fideicomitente.

En este sentido, si bien se le da al fideicomitente la posibilidad de calificar la prodigalidad de uno o varios de sus herederos (y consecuentemente calificar la incapacidad de sus herederos), esta calificación no tiene carácter permanente (lo que podría generar un abuso por parte del causahabiente, y perjudicar el derecho sucesorio del supuesto pródigo), sino que establece para estos casos un plazo de duración del fideicomiso de cinco años, el

cual podría variar si es que el supuesto pródigo prueba ante un juez que él esta capacitado para administrar sus bienes.

Por el cuarto párrafo del artículo, el legislador tiene la intención de proteger los derechos sucesorios y la calidad de vida de los menores e incapaces, y señala, con mucho criterio, que la empresa fiduciaria tendrá no sólo la obligación de administrar los bienes entregados en fideicomiso en favor de ellos, sino también, tendrá la obligación de atender a su mantenimiento, con cargo a las rentas y frutos que el mismo fideicomiso origine.

Artículo 245.— ACCION PARA ANULAR LA TRANSMISION FIDEICOMISARIA.

La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

Esta disposición de la Ley es idéntica al precepto que señaló el artículo 318 del Decreto Legislativo N° 770.

La Ley señala un supuesto de anulabilidad del acto jurídico cuando la transmisión fideicomisaria haya sido realizada en fraude a acreedores. Lo dispuesto está en concordancia con el inciso 4 del artículo 221 del Código Civil, el cual establece que un acto jurídico será anulable cuando la ley lo señale así.

Asimismo, el Código Civil, en su artículo 195, señala las condiciones que deben darse para que estemos en el supuesto de fraude del acto jurídico.

En casos posteriores al nacimiento del crédito del acreedor (la constitución del fideicomiso es posterior al nacimiento del crédito):

- Que el deudor (en el fideicomiso: el fideicomitente) tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor, y
- Que en actos a título oneroso, el tercero (en el fideicomiso: el fiduciario) tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor.

En casos anteriores al nacimiento del crédito del acreedor (la constitución del fideicomiso es anterior al nacimiento del crédito):

- Que el acto este dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del crédito futuro, y
- Que en actos a título oneroso, el tercero (en el fideicomiso: el fiduciario) haya conocido la preordenación dolosa.

El mismo artículo del Código Civil señala que estos actos serán sancionados con declaración de ineficacia *sólo* respecto del acreedor perjudicado.

Sobre este punto, con muy buen criterio, dada las específicas características del fideicomiso (pues mediante él es factible burlar las acreencias del fideicomitente), la Ley es mucho más drástica al establecer la sanción de anulabilidad, pues ello significa que el acto será nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que declare esta situación, según lo dispuesto en el artículo 222 del Código Civil.

Respecto de las condiciones que se deben dar para que estemos en el supuesto de fraude de acreedores, somos de la opinión que –teniendo siempre la idea de que es factible burlar las acreencias del fideicomitente mediante el fideicomiso al salir los bienes de su patrimonio– la Ley debió ser más flexible, evitando que el acreedor perjudicado pruebe el conocimiento por parte del deudor (el fideicomitente) de que le estaba causando perjuicio o la actitud dolosa del mismo, y el conocimiento del tercero

(fiduciario) del perjuicio o la intención dolosa del deudor (el fideicomitente).

Por ello, consideramos que se debió establecer que el acreedor que se sienta perjudicado por la constitución de un fideicomiso pruebe efectivamente tal perjuicio, sin necesidad de probar el conocimiento del fideicomitente de que se está perjudicando una de sus acreencias o la intención dolosa al realizar el fideicomiso.

El artículo materia del análisis señala que la acción para anular la transmisión fideicomisaria caduca en dos situaciones:

- A los seis meses de publicado en el Diario Oficial, por tres días consecutivos, un aviso que de cuenta de la enajenación, o
- A los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

En este sentido, y conforme a lo establecido en el artículo 2003 del Código Civil Peruano, los efectos de la caducidad en los casos de los fideicomisos en fraude de acreedores serán la extinción del derecho del acreedor y la extinción correspondiente.

El mismo Código Civil establece, en su artículo 2004, que los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario, por lo que los plazos señalados en el artículo analizado no podrán ser alterados por acuerdo entre las partes.

Artículo 246.- FORMALIDAD.

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción.

La Ley señala que el fideicomiso se perfecciona por contrato o por testamento.

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como «... el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

La Ley establece que el contrato de fideicomiso es uno con carácter bilateral, al indicar que el fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y el fiduciario. De esta manera, la Ley descarta la tesis que entiende el fideicomiso como un contrato plurilateral, en donde concurre, además del fideicomitente y del fiduciario, el fideicomisario.

En este sentido, para nuestro ordenamiento jurídico, el fideicomisario tendrá el papel de un tercero, no siendo fundamental su aceptación para la constitución del fideicomiso.

El artículo 246 de la nueva ley exige como formalidad para los contratos de fideicomiso un instrumento privado o protocolizado notarialmente.

En este sentido se aleja de la anterior disposición legal, la cual exigía que el acuerdo entre las partes se formalice sólo mediante escritura pública, por lo que se entendía efectuado y perfeccionado el contrato una vez que se observe la forma prescrita por la Ley.

Consideramos acertada la medida pues se abaratan los costos legales, como una forma de estimular la figura.

Asimismo, consideramos que el instrumento privado o protocolizado ante notario dependerá de cada caso en concreto y del tipo de bien de que se trate para que el acto se encuentre debidamente formalizado.

La Ley no sanciona con nulidad el contrato de fideicomiso que no contenga la formalidad prescrita por ella, por lo que no estaríamos en el supuesto de nulidad *ad solemnitate* del inciso 4 del artículo 140 del Código Civil, en concordancia con el inciso 6 artículo 219 del mismo cuerpo legal.

Estaremos ante un supuesto de formalidad *ad probatione*, pues el artículo 144 del Código Civil señala que «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

La ley también señala que el fideicomiso se efectúa y perfecciona mediante voluntad unilateral, expresada mediante testamento.

De esta manera, nuestra legislación da la posibilidad de que el fideicomiso pueda ser constituido mediante la manifestación de voluntad unilateral, al darle la ley la capacidad de producir efectos jurídicos a dicha voluntad.

Hay que resaltar que dicha manifestación de voluntad no podrá ser cualquier acto jurídico unilateral, sino aquel que es expresado en testamento, el mismo que tendrá que tener las características y formalidades establecidas para él en nuestra legislación, para lo cual se deberá acudir al Libro IV Derecho de Sucesiones, y muy especialmente en Sección Segunda Sucesión Testamentaria del Código Civil Peruano.

La legislación peruana también permite que el fideicomiso sea constituido por un acto unilateral distinto a lo regulado por la

Ley N° 26702 en los casos de fideicomisos de titulización, pues permite que las sociedades titulizadoras por acto unilateral puedan ellas mismas constituir patrimonios fideicometidos bajo su propio dominio fiduciario. Así lo señala el artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores –Decreto Legislativo N° 861.

Es importante señalar que el artículo 246 establece la posibilidad de que las transferencias fiduciarias de activos mobiliarios deba ser inscrito en la Central de Riesgo de la Superintendencia, si es que el fideicomitente así lo dispone. Aspecto novedoso no tomado en cuenta por la antigua Ley.

Hay que agregar que la Ley establece que el orden de prelación de los fideicomisos de garantía está en función al tiempo de inscripción. Aspecto que tampoco tomaba en cuenta la anterior Ley.

Artículo 247. – FIDEICOMISO TESTAMENTARIO NO REQUIERE ACEPTACION.

No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue.

Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

Este artículo de la Ley es idéntico al artículo 320 del Decreto Legislativo N° 770.

Mediante este dispositivo se reafirma lo establecido en el artículo anterior, el cual señala que el fideicomiso puede constituirse por voluntad unilateral mediante testamento.

Es así como, al tener la capacidad de crear relaciones jurídicas esta declaración de voluntad, la Ley señala que no es requisito de validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa

fiduciaria designada, pues él podrá sugerir otra fiduciaria que la reemplace.

La doctrina y algunas legislaciones señalan al órgano supervisor de los fideicomisos como la entidad encargada de indicar a la empresa fiduciaria reemplazante, aspecto que no ha sido tomado en cuenta por nuestra legislación.

El segundo párrafo señala el momento en el cual el fideicomiso testamentario va a entenderse constituido: la apertura de la sucesión.

Con ello se evita la confusión que podría existir de no estipularse nada al respecto.

Artículo 248.— VALIDEZ DE FIDEICOMISO EN FAVOR DE PERSONAS INDETERMINADAS.

Es válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos.

Es válido el fideicomiso en beneficio del propio fideicomitente.

Mediante esta norma, el fideicomisario puede ser indeterminado al momento de constituirse el fideicomiso. Esto nos demuestra que el fideicomisario no es relevante para el perfeccionamiento del fideicomiso.

De esta manera, la Ley, si bien considera que lo normal sea que el fideicomisario exista al momento de celebrarse el fideicomiso, permite que el fideicomisario no este determinado. Sin embargo, la Ley exige que para que ello se cumpla, debe constar en el instrumento constitutivo, las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos.

La determinación se llevara a cabo en función de las indicaciones realizadas sobre el fideicomisario, como lo son las condiciones o requisitos que deben cumplir, a menos que se haya elegido el público en general como beneficiario.

Es unánime en la doctrina la postura asumida por la Ley a partir del segundo párrafo de este artículo, al considerar la posibilidad de que se constituyan fideicomisos a favor del mismo fideicomitente. Para ello, al igual que cualquier fideicomisario, este debe ser un agente capaz de recibir derechos.

Hay que agregar que este artículo de la Ley es similar al artículo 322 de la anterior Ley, pero a diferencia de esta última, agrega que es válido el fideicomiso en beneficio del propio fideicomitente. Respecto a ello, la Ley peca de exceso pues ella misma ya lo señaló en su artículo 241.

Artículo 249.— FIDEICOMISO EN FAVOR DE VARIAS PERSONAS.

El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado.

Esta disposición es idéntica a la que señalaba la Ley anterior en su artículo 323.

Lo que se busca con este artículo es prohibir las viejas sustituciones fideicomisarias, las cuales analizamos al momento de realizar el estudio de los antecedentes históricos, muy especialmente en la edad media, y a través de las cuales se perpetuaba la propiedad de los bienes en una sola familia. En otras palabras, el dispositivo no quiere limitar el libre tráfico jurídico y económico de los bienes en nuestra sociedad.

La ley establece una excepción a esta prohibición : Si la susti-

tución tiene lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado.

Por lo tanto, en términos generales, no podrá ser perpetua la limitación de los beneficiarios de poder disponer libremente de sus bienes.

Consideramos que la Ley debió ser más drástica en este sentido y eliminar definitivamente el fideicomiso sucesivo, por las implicancias jurídicas y económicas que conlleva.

Artículo 250.— FIDEICOMISARIO QUE INTERVIENE EN EL CONTRATO.

Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento.

En los demás casos, el fideicomitente puede convenir con la empresa fiduciaria las modificaciones que estime adecuadas, y aún la resolución del fideicomiso, salvo que con ello se lesionen derechos adquiridos por terceros.

El fideicomitente puede también resolver el contrato de fideicomiso constituido a título gratuito, excepto en el caso previsto en el primer párrafo y, también, si hubiere renunciado a tal derecho. De crearse esa facultad, debe pagar a la empresa fiduciaria la pena convenida, o en su defecto, la que señale el juez especializado o el tribunal arbitral, respectivo.

Para modificar o resolver el contrato de fideicomiso, los causahabientes del fideicomitente requieren, en todo caso, el consentimiento unánime de los fideicomisarios o, si éstos fueren indeterminados, la aprobación del Superintendente.

La Ley da la posibilidad de que en el contrato de fideicomiso participe el fideicomisario. De darse el caso, cualquier alteración del mencionado contrato tendrá que tener la aprobación del

fideicomisario, al haber adquirido los derechos del fideicomiso a título propio.

De no existir la indicación señalada en el segundo párrafo, realizando una interpretación *contrario sensu* del primer párrafo, llegaríamos a la conclusión de que el fideicomitente y fiduciario podrían realizar cualquier tipo de modificaciones a las estipulaciones del contrato de fideicomiso, si ellos son las únicas partes intervinientes en el mencionado contrato.

Por ello es relevante este párrafo, pues con él se establece la salvedad de que se podrán realizar las modificaciones necesarias al fideicomiso, siempre y cuando no se lesionen derechos en el mismo contrato o en el desarrollo del mismo.

En el tercer párrafo contiene dos partes. La primera de ellas establece un aspecto importante en la figura del fideicomiso: la facultad de revocación del contrato de fideicomiso por parte del fideicomitente.

En esta parte podemos apreciar que se establece, en principio, la facultad del fideicomitente de revocar el fideicomiso, salvo tres supuestos: (1) cuando interviene en el contrato el fideicomisario, (2) cuando estamos ante un fideicomiso a título oneroso, o (3) si el fideicomitente hubiese renunciado a tal derecho. En otras palabras, se dispone la regla general de que el fideicomitente siempre podrá revocar el fideicomiso en forma unilateral, excepto en los casos señalados anteriormente.

La segunda parte del párrafo mencionado tiene una redacción deficiente, pues señala que de *crease* la facultad de revocar el fideicomiso el fideicomitente debe pagar una pena a la empresa fiduciaria. Lo que al parecer quiere establecer el legislador es que, de concretarse el supuesto de la revocatoria, el fideicomitente deberá pagar la referida pena, ya sea aquella que se señaló en el contrato de fideicomiso, aquellas que convengan las partes, o

aquella que disponga el juez o el árbitro de no haber llegado las partes a un acuerdo.

El cuarto párrafo del presente artículo establece que la facultad de revocar unilateralmente el fideicomiso será exclusiva del fideicomitente, por lo que los herederos en caso de querer modificar o revocar el fideicomiso, tendrá que existir consentimiento de los fideicomisarios o la aprobación del Superintendente.

Este artículo tenía su equivalente en el artículo 321 del Decreto Legislativo N° 770.

Artículo 251.- PLAZO MAXIMO DE DURACION.

El plazo máximo de duración de un fideicomiso es de treinta (30) años, con las siguientes excepciones:

- 1. En el fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.*
- 2. En el fideicomiso cultural, que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido.*
- 3. En el fideicomiso filantrópico, que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.*

En los casos en los cuales el plazo del fideicomiso debe ser necesariamente extendido más allá del límite legal máximo, a fin de no perjudicar intereses de terceros, la Superintendencia podrá autorizar su vigencia por el término estrictamente necesario para la consecución de los fines previstos.

El artículo 325 del Decreto Legislativo N° 770 es el equivalente al artículo que estamos analizando.

Como mencionamos en el apartado referido a la temporalidad, el tema a sido abordado de dos maneras. Una de ellas establece el principio general que el fideicomiso es indefinido, señalándose excepciones a este principio. La otra manera es aquella que –contraria a la primera mencionada– establece como principio un límite temporal para el fideicomiso, determinando excepciones para ello.

El legislador ha optado por la segunda de ellas, señalando como principio general el límite de 30 años, guiado por su determinación de evitar mantener la riqueza congelada en beneficio de alguna persona, estableciendo con un sentido económico, social y cultural excepciones a la regla general.

La Ley ha ampliado el plazo máximo de duración del fideicomiso, de 20 años –que establecía la anterior Ley– a 30 años.

La norma también ha modificado algunos supuestos de excepción. Así tenemos que en el caso del fideicomiso cultural, la antigua Ley incluía como objeto de este tipo de fideicomisos a institutos de difusión de la cultura, presentación o exhibición de lugares, edificios, ambientes arqueológicos históricos o artísticos. Actualmente no estarían considerados estos supuestos en una interpretación literal de este dispositivo.

Asimismo, la anterior Ley señalaba como una excepción el fideicomiso de promoción, destinado a promover fondos para el financiamiento del desarrollo nacional, el cual podía tener un plazo de 40 años. De acuerdo a la nueva Ley, al no tomarla en cuenta, tendría sólo 30 años de duración.

Hay que agregar que el último párrafo flexibiliza el límite legal máximo establecido con la finalidad de no perjudicar intereses de terceros, para ello la Superintendencia podrá autorizar que

el fideicomiso se mantenga vigente por el término estrictamente necesario para la consecución de los fines previstos por el acto constitutivo.

Artículo 252.— FACULTADES DEL FIDUCIARIO SOBRE BIENES QUE RECIBE.

El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.

La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria.

La anterior Ley señalaba en su artículo 326 lo siguiente:

«Artículo 326º.— El fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio fideicometido, sujeto al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento constitutivo».

Con ello señalaba expresamente que se adquiriría la propiedad de los bienes, pero sujeto al cargo de atender con ello al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento constitutivo.

Ello hacía que estemos en la disyuntiva doctrinaria de considerar que nos encontrábamos frente a un nuevo derecho real o ante un derecho real de propiedad que, ante la complejidad del fideicomiso se presentaba influenciado por un aspecto obligacional donde el fiduciario tenía la obligación de cumplir con la finalidad determinada en el acto constitutivo del fideicomiso.

En nuestra opinión siempre hemos estado frente a un nuevo derecho real. La actual Ley señala expresamente que estamos frente a un «dominio fiduciario» (equivalente a lo que hemos venido denominando propiedad fiduciaria), señalando que mediante él se le «... confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes». Al no mencionar el derecho al goce o disfrute del bien, facultad inherente a la propiedad plena, la Ley esta configurando un nuevo derecho real.

Es importante señalar que consideramos que el presente artículo es fundamental para entender lo que significa el fideicomiso en nuestra legislación.

Somos de la opinión, que estamos frente a una figura *sui generis*, en la cual se transfiere no la propiedad de los bienes fideicometidos, tal como lo entiende el artículo 923 del Código Civil, el cual señala que «la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien», sino una propiedad limitada, a la cual la doctrina ha venido a llamar «propiedad fiduciaria».

Afirmamos que nuestra legislación está creando un nuevo derecho real.

Pero, ¿puede una ley especial crear un nuevo derecho real no señalado en el Libro de Derechos Reales del Código Civil?

El artículo 881 del Código Civil señala que son derechos reales aquéllos señalados por el Libro de Derechos Reales del mismo Código y aquéllos establecidos por otras leyes.

En este sentido, al ser la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, una norma con fuerza de Ley, tiene entre sus potestades regular un Derecho Real.

El desarrollo de las ideas centrales de nuestra posición, el lector podrá encontrarlo en el punto referido a la propiedad fiduciaria, abordado en el Capítulo Segundo del presente trabajo.

Lo estipulado en el segundo párrafo de este artículo es otro aspecto fundamental que configura el fideicomiso. Al lado del elemento real que constituye la transferencia de la propiedad fiduciaria a la empresa fiduciaria, tenemos el elemento obligatorio, interdependiente el uno del otro, que recae sobre el fideicomitente y sus causahabientes, constituyéndose en acreedores de las prestaciones a cargo del fiduciario, y que hemos analizado al momento de referirnos a los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el fideicomiso en el Segundo Capítulo del presente trabajo.

La Ley legisla sobre los derechos y obligaciones de los elementos personales del fideicomiso a lo largo de todo su texto, pero muy especialmente en los artículos 256, 261, 262, 263 y 264.

El tercer párrafo reafirma el carácter especial de la propiedad que se transfiere en el fideicomiso.

No estamos ante la posibilidad que existe de que los contratantes pueden establecer la prohibición de enajenar o gravar los bienes, siempre que la ley lo permita.

En este supuesto, estamos frente a la caracterización de una figura, el fideicomiso, donde se establece la regla general en la que la fiduciaria, propietario del bien, NO PUEDE disponer de los bienes, salvo que esta se arregle a lo dispuesto al momento de constituir el mismo.

Es más, castiga a aquellos actos con anulabilidad, salvo que el adquirente haya actuado de buena fe o la transferencia se haya efectuado en una bolsa de valores. Con esta disposición protege a los terceros que de buena fe adquieren la propiedad de los bienes.

Esta protección al adquirente de buena fe no es extraña a nuestra legislación. En este sentido tenemos el artículo 947 del Código Civil, el cual señala que «Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo...».

Asimismo, este párrafo señala que la acción para anular aquel acto de disposición que no se haya realizado en función de lo estipulado en el instrumento constitutivo, podrá realizarla el fideicomitente, el fideicomisario o la empresa fiduciaria. Lo que se busca con este dispositivo es que los términos establecidos en el instrumento constitutivo del fideicomiso se cumplan y no se desvirtúen por una situación no permitida en el mencionado acto.

Consideramos que lo establecido en este párrafo del artículo analizado constituye un aspecto importante en el fideicomiso, pues otorga seguridad a las partes del fideicomiso.

Asimismo, estimamos que es importante la excepción establecida respecto del adquirente de buena fe y de las transferencias realizadas en la bolsa de valores, pues da seguridad al tráfico jurídico y económico de los bienes.

Artículo 253.- PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso.

En caso que la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario. Uno y otros están facultados para coadyuvar en la defensa si la empresa fiduciaria hubiese hecho valer la oposición.

La empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberado de responsabilidad.

La Ley señala que el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fideicomitente, sus causahabientes, ni de las obligaciones del fideicomisario, salvo que se trate de los frutos o prestaciones que se encuentren a disposición de ellos.

Con ello la Ley recoge una de las características fundamentales del fideicomiso, como lo es el hecho de constituir un patrimonio especial, cuyo análisis jurídico ha sido abordado en el punto referido al fideicomiso como patrimonio especial en el segundo capítulo del presente trabajo.

Hay un aspecto que no se ha tomado en cuenta por la presente norma, y es el hecho que, de acuerdo con la doctrina sobre el fideicomiso, el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del Banco fiduciario. Si bien esto se desprende de todo el articulado sobre el tema, creemos que este artículo debe señalarlo expresamente.

La facultad de oponerse a actos que afecten al patrimonio fideicometido está recogido por la doctrina, por lo que al establecerse esta facultad, lo que está haciendo el legislador en el segundo párrafo de el artículo analizado es señalar otro aspecto que configura adecuadamente la figura del fideicomiso.

Además, en su último párrafo la norma señala el supuesto en el cual la empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las

medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberado de responsabilidad. Este supuesto, basado en el hecho de que el fiduciario ostenta el dominio del bien, no se encontraba regulado por la anterior ley

Este artículo de la Ley tiene como antecedente legislativo al artículo 328 del Decreto Legislativo N° 770.

Artículo 254.— AFECTACION DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.

El primer párrafo del presente artículo tiene su antecedente en el artículo 329 de la antigua Ley.

El contenido del artículo 254 es aceptado por la doctrina, pues al constituirse un patrimonio especial, mediante la celebración del fideicomiso es natural que dicho patrimonio responda por las obligaciones y responsabilidades que surjan por el desarrollo del encargo.

La norma actual agrega algo que refleja uno de los aspectos más interesantes del fideicomiso, cuando establece que salvo disposición en contrario, los bienes tanto del fiduciario como del fideicomitente y del fideicomisario no responden por el pago de obligaciones y responsabilidades nacidas a partir del desarrollo del fideicomiso.

Este tema ha sido analizado en el Capítulo 2 al referirnos al patrimonio especial.

Artículo 255.— *LIQUIDACION DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.*

En caso de liquidación de la empresa fiduciaria, asiste a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, en cualquier estado del proceso, por no formar parte de la masa.

Por el valor de los bienes, recursos líquidos y derechos perdidos o no identificables del fideicomiso, el fideicomisario tiene sobre la masa, hasta por el importe de la responsabilidad de la empresa fiduciaria, un crédito amparado con privilegio general de primer orden.

Al no formar parte del patrimonio del fiduciario los bienes y derechos fideicometidos, la Ley permite que, en caso de liquidación de la entidad fiduciaria, aquéllos que tengan legítimo interés —en principio el fideicomitente, sus causahabientes y el fideicomisario— pueden rescatar los mismos en cualquier parte del proceso referido.

El Decreto Legislativo N° 770 regulaba de muy manera similar sobre este tema en su artículo 331.

Artículo 256.— *OBLIGACIONES DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.*

Son obligaciones de la empresa fiduciaria:

- 1. Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador;*
- 2. Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad;*

3. Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo a lo pactado en el instrumento constitutivo;
4. Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos;
5. Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso con arreglo a ley, y cumplir conforme a la legislación de la materia las obligaciones tributarias del patrimonio fideicometido, tanto las sustantivas como las formales;
6. Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuando menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia;
7. Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario;
8. Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito;
9. Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas;
10. Transmitir a la nueva empresa fiduciaria, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso; y,

11. Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del fideicomiso o de su intervención en él.

Esta disposición es idéntica a lo señalado en el artículo 332 de la anterior Ley.

Este tema ha sido analizado en el capítulo 2 al referirnos a las obligaciones del fiduciario.

Consideramos que este artículo 256 es en exceso reglamentarista, y que si bien existen aspectos importantes, existen otros que la ley pudo dejar de regular a fin que las partes rijan sus relaciones.

Ejemplo de ello es la obligación del fiduciario de preparar balances y estados financieros cada semestre, así como una memoria anual, pues sólo pudo regularse este informe anual, dejando a las partes intervinientes la posibilidad de que se realicen otros informes en este mismo tiempo.

Otro ejemplo lo tenemos en el hecho de obligar al fiduciario a notificar a los fideicomisarios la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, en un término de diez días, desde que el derecho estuvo expedito. Somos de la opinión que, al igual que el ejemplo anterior, ello debió dejarse a la voluntad y criterio de las partes intervinientes, pues no desnaturalizaría la figura el hecho que se tomen otros términos como referencia.

También creemos que se dejó de lado una de las obligaciones más importantes en la relación que ofrece este artículo y es el hecho de que el fiduciario está obligado a mantener separados los bienes fideicometidos del resto de sus activos y de otros fideicomisos.

Artículo 257.— PROHIBICIONES DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

Es prohibido a la empresa fiduciaria afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideico-

misarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos.

Son nulos el pacto en contrario así como las garantías y compromisos que se pacten en contravención a lo dispuesto en este artículo.

Este artículo refleja de manera idéntica lo señalado en el artículo 333 de la anterior ley.

Con esta prohibición la Ley pretende mantener inalterable el capital social de la empresa fiduciaria y no exponerla a las posibles contingencias que pudiese tener la gestión de los patrimonios fiduciarios.

Hay que agregar que este artículo sanciona con nulidad aquellos pactos que contravengan esta prohibición.

Artículo 258. – PROHIBICION DE REALIZAR OPERACIONES EN BENEFICIO DE DETERMINADAS PERSONAS.

La empresa fiduciaria está prohibida de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de:

- 1. La propia empresa.*
- 2. Sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso.*
- 3. El factor o factores fiduciarios.*
- 4. Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate.*
- 5. Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa.*

Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a

las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento.

Son nulas las operaciones que se realice en contravención de las prohibiciones reseñadas.

Es una norma que regula de manera idéntica lo señalado en el artículo 334 de la antigua ley.

Al sancionar la Ley como nulos estos actos, lo que está haciendo es proteger los intereses tanto del fideicomitente como del fideicomisario, ante la posición preferente que ostenta el fiduciario al tener el dominio fiduciario de los bienes fideicometidos.

La ley, también, señala la prohibición de que se realice cualquier acto en favor del fiduciario en plena concordancia con lo señalado por la doctrina. Lo que habría que agregar al inciso 1 de este artículo es la excepción señalada por el inciso 3 del artículo 265, es decir, cuando estamos ante un supuesto de fideicomiso de titulización, a fin de estar en concordancia con el artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores.

Artículo 259.— INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR DOLO O CULPA GRAVE.

La empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, las disposiciones del mismo no podrán modificar el objeto del fideicomiso.

Este artículo tiene su antecedente directo e idéntico al artículo 335 de la antigua Ley.

Esta norma tiene relación con lo señalado en el artículo 1969 del Código Civil, correspondiendo por ello a la empresa fiduciaria el descargo correspondiente sobre el dolo o culpa grave en el ejercicio de su función.

No responderá la empresa fiduciaria por culpa levísima o leve, viéndose el fideicomitente o el fideicomisario, dependiendo del caso concreto, totalmente desamparado por ese supuesto pues no recibirá indemnización alguna.

El incumplimiento de las obligaciones de la empresa fiduciaria siempre estará circunscrito a las propias de su naturaleza jurídica y a aquellas que nacen de la finalidad determinada por el fideicomiso. Por ello, la fiduciaria no incurrirá en responsabilidad si actúa en función de los términos del acto constitutivo o en virtud de las indicaciones dadas por un comité, junta u otro órgano de gobierno del fideicomiso.

Artículo 260. – EMISION DE VALORES MOBILIARIOS

La emisión de valores mobiliarios con respaldo en un patrimonio fideicometido se sujeta a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

La Ley a la que hace referencia esta norma es el Decreto Legislativo N° 861 - Ley del Mercado de Valores.

Esta Ley regula lo relacionado con la Titulización de Activos, siendo la parte correspondiente al tema que nos ocupa, el Fideicomiso de Titulización.

El desarrollo y procedimiento sobre el tema lo desarrollamos en un punto especial del presente capítulo.

Artículo 261. – DERECHOS DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

Son derechos de la empresa fiduciaria:

1. *Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo*

estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos; y,

- 2. Resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.*

Este artículo, que tiene su antecedente en el artículo 337 del Decreto Legislativo 770, nos coloca entre las operaciones neutras del sistema financiero, pues estas empresas van a cobrar una retribución por los servicios que prestan al momento de hacerse cargo del patrimonio fideicometido, y no intereses por su función de intermediación financiera.

El desarrollo del tema se encuentra en la parte correspondiente a las operaciones neutras y a las empresas fiduciarias en el Primer Capítulo y Segundo Capítulo respectivamente.

Artículo 262.— OBLIGACION DE FIDEICOMITENTE.

Es obligación del fideicomitente o de sus causahabientes integrar en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo, en el tiempo y el lugar estipulados.

Esta es una obligación consustancial al fideicomiso, determinando que tanto el fideicomitente como sus causahabientes, no sólo tienen la obligación de disponer de los bienes de manera tal que estos formen parte del patrimonio fideicometido, sino también tienen la obligación de que los bienes deben ser entregados en el momento y lugar determinados en el acto constitutivo del fideicomiso.

El artículo 338 de la antigua Ley es el equivalente a esta disposición de la Nueva Ley.

Artículo 263.— DERECHO DEL FIDEICOMISARIO DE EXIGIR LOS BENEFICIOS QUE SE GENEREN.

Los fideicomisarios tienen derecho a exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen o del capital mismo, según se estipule en el instrumento constitutivo y figure en el certificado de participación. La acción puede ejercerla cualquiera de los interesados, por la parte que le corresponda en los beneficios y en pro del interés común.

Pueden también, en el caso del primer párrafo del artículo 259, exigir al fideicomitente que integre en el patrimonio del fideicomiso los bienes que ofreció.

Estos derechos, el exigir los beneficios del fideicomiso y que los bienes se integren de manera completa al patrimonio fideicometido, son aceptados por la doctrina como parte consustancial al fideicomisario, como beneficiario de un fideicomiso, y tienen como objetivo primordial salvaguardar los intereses del fideicomisario y plasmarlos legislativamente.

Esta norma tiene como antecedente el artículo 339 de la antigua Ley.

Artículo 264.- CESION DE DERECHOS.

Los fideicomisarios determinados, los fideicomitentes y sus respectivos sucesores, pueden ceder sus derechos a personas que no se encuentren impedidas por la ley o por el instrumento constitutivo del fideicomiso.

El presente dispositivo tendrá que regirse por las reglas establecidas por el Código Civil para toda cesión de derechos.

De esta manera, en función de los artículos 1206 al 1217 del Código antes mencionado, esta cesión de derechos deberá constar por escrito bajo sanción de nulidad y se podrá realizar sin consentimiento del fiduciario siempre que se le ponga en conocimiento del mismo, entre otras disposiciones.

Esta norma tiene su antecedente en el artículo 341 de la antigua ley

Artículo 265.— NULIDAD DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es nulo:

1. Si contraviene el requisito establecido en el artículo 243.
2. Si su objeto fuese ilícito o imposible.
3. Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización.
4. Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso.
5. Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio.

Si el impedimento a que se refiere el numeral 4 sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes.

Los supuestos de nulidad señalados en este artículo son los propios de la figura del fideicomiso, teniendo que aceptar, adicionalmente, los supuestos de nulidad contemplados en el artículo 219 del Código Civil.

Es importante señalar que se está determinando expresamente la prohibición de designar como fideicomisario al fiduciario, precepto aceptado en forma unánime por la doctrina. La Ley está estableciendo una excepción en los casos de fideicomiso de titulización, pues la Ley del Mercado de Valores permite a las sociedades titulizadoras ser originadoras y, por lo tanto, beneficiarias en estos procesos (artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores). Este punto lo tratamos más adelante cuando desarrollamos el Fideicomiso de Titulización en nuestra legislación.

Artículo 266.— FIDEICOMISO SOBRE BIENES FUERA DEL COMERCIO.

En el caso que uno o más de los bienes que deben integrar el

fideicomiso se encuentren fuera del comercio, el fideicomiso es válido y subsiste con los bienes remanentes.

Este supuesto tiene estricta relación con el artículo 224 del Código Civil, en el sentido de que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudican a las otras, siempre y cuando sean separables.

Artículo 267.- CASO DE MAS DE CINCO FIDEICOMISARIOS.

En el caso que los fideicomisarios fueran más de cinco, deben celebrar juntas con sujeción a las reglas que para las asambleas de obligacionistas establecen los artículos 236, 237 y 238 de la Ley General de Sociedades, salvo que sobre el particular hubiese estipulación diversa en el instrumento del fideicomiso.

Las juntas a que se refiere el párrafo anterior tienen por objeto:

- 1. Designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios.*
- 2. Aprobar modificaciones en las cláusulas del fideicomiso, cuando fuere necesario el consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos no sean menores o incapaces y en razón de ello se encuentren impedidos de intervenir personalmente en las juntas.*
- 3. Adoptar otras medidas y decisiones en pro del interés común de sus miembros.*
- 4. En los casos de fideicomiso con fideicomisarios indeterminados, la representación la asume la Superintendencia.*

Este artículo establece reglas para los casos en que existan más de cinco fideicomisarios sólo en el caso de que no se haya establecido nada en el acto constitutivo del fideicomiso.

Con la dación de la Nueva Ley General de Sociedades - Ley

Nº 26887 - publicado el dos de diciembre de 1997, (la cual derogó la anterior Ley General de Sociedades que estaba vigente al momento de la promulgación de la Ley Nº 26702) los artículos vigentes serían el 321 y 324, reemplazando a los que en el texto de este artículo se mencionan por estar derogados.

Artículo 268.- FIDEICOMISO POR PLAZO MAYOR AL ESTABLECIDO.

Si el fideicomiso se establece por un plazo superior al permitido por ley, el exceso se tiene por no puesto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 251.

Este artículo tiene estricta relación con lo estipulado en el artículo 251, el cual establece como plazo máximo de 30 años para los fideicomisos, salvo los supuestos específicamente mencionados en él.

Artículo 269.- TERMINO DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso termina por:

- 1. Renuncia de la empresa, con causa justificada, aceptada por la Superintendencia.*
- 2. Liquidación de la empresa fiduciaria.*
- 3. Remoción de la empresa fiduciaria.*
- 4. Renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso.*
- 5. Pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria.*
- 6. Haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido.*
- 7. Haber devenido imposible la realización de su objeto.*
- 8. Resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario,*

con aprobación de los fideicomisarios en el caso del primer párrafo del artículo 250.

9. *Revocación por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria, o previo cumplimiento de los requisitos legales, salvo lo previsto en el primer párrafo del artículo 250:*

10. *Vencimiento del plazo.*

En los casos de los numerales 1, 2 y 3, las causales operan si en el término de seis (6) meses no se encuentra otra empresa que asuma el cargo.

Si la revocación a que se refiere el numeral 9 fuese parcial, subsiste el fideicomiso con los bienes que se integren en el patrimonio.

La Ley ha considerado estos supuestos como aquellos que ponen fin al fideicomiso.

Todas ellas están relacionadas con las estipulaciones mencionadas a o largo del Capítulo y con un espíritu de preservar en todo lo posible lo señalado en el acto constitutivo del fideicomiso. Asimismo, se busca proteger el patrimonio fideicometido de cualquier vicisitud que se pueda presentar a los elementos personales del fideicomiso.

Artículo 270.— DEVOLUCION DE BIENES AL TERMINO DEL FIDEICOMISO.

Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelve éstos al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, se hace entrega de ellos al Fondo.

Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo a los fideicomisos de que trata el artículo 244, en los cuales los bienes, en la parte que afectó la legítima de algún heredero, se entregan a éste o a sus sucesores.

Considero que este artículo es un reflejo de lo que comúnmente es aceptado por la doctrina, en el sentido de entregar los bienes al fideicomitente o sus causahabientes una vez finalizado el fideicomiso.

Debería la Ley aclarar a que tipo de Fondo se está refiriendo, ya que no queda claro lo que ha querido disponer al respecto. La anterior Ley indicaba que en defecto de lo señalado la Sociedad Pública de Beneficencia del lugar recibiría los bienes que fueron objeto del fideicomiso.

Artículo 271.— DESIGNACION DE UN FACTOR FIDUCIARIO.

Para cada fideicomiso que reciba, la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. La empresa es solidariamente responsable de los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 259.

Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos.

La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento.

La designación del factor y la responsabilidad solidaria de la empresa respecto de los actos del factor en virtud del fideicomiso, es consecuencia directa de la función de que ejerce la empresa fiduciaria como encargada de que la finalidad determinada en el acto constitutivo se cumplan a cabalidad.

El Estado, mediante la Superintendencia se reserva el derecho de remover al factor designado por la empresa fiduciaria.

El factor podrá ser cualquier persona natural o jurídica y deberá cumplir con el requisito de idoneidad para la gestión del fideicomiso.

Artículo 272.— POSIBILIDAD DE DESIGNAR COMISIONES ADMINISTRADORAS.

Si la índole o el número de las operaciones, actos y contratos relativos a los bienes de un fideicomiso o requeridos para el cumplimiento de su finalidad lo justifican, la empresa fiduciaria designa una comisión administradora del fideicomiso, compuesta de no menos de tres (3) ni más de siete (7) miembros, y reglamenta su funcionamiento y facultades, siempre con sujeción a las reglas que contenga el instrumento constitutivo del fideicomiso.

Por las mismas razones del párrafo anterior, la empresa fiduciaria puede contratar personal «ad-hoc» para cada fideicomiso. Tal personal sólo puede ejercer sus derechos contra los bienes del respectivo fideicomiso y la vigencia de su relación laboral queda subordinada a la subsistencia del fideicomiso que determinó su empleo. Los contratos deben constar por escrito.

Este artículo señala algo aceptado por la legislación comparada y por la doctrina: la posibilidad de designar una Comisión Administradora del patrimonio fideicometido. También, este artículo señala las razones que permitirían la designación: el índole o número de operaciones, actos o contratos requeridos para el cumplimiento de la finalidad determinada en el fideicomiso, si esto lo justifica.

Asimismo, esta disposición determina que por las mismas razones expuestas se podrá contratar personal idóneo y para el caso específico. Los derechos, incluyendo los laborales, serán ejercidos contra el patrimonio fideicometido y, como consecuencia lógica de ello, la vigencia de la relación laboral será hasta la culminación del fideicomiso.

En los dos supuestos señalados la norma deja de lado la posibilidad que el fideicomitente designe o determine la exigencia de la designación de la Comisión administradora o del personal «ad hoc», aspecto que debió ser regulado por la ley.

Artículo 273.— CONTABILIDAD SEPARADA POR CADA FIDEICOMISO.

El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario.

La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros de la empresa, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquélla.

La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

Este dispositivo que tiene su antecedente en el artículo 346 de la antigua Ley y tiene como fundamento el concepto de propiedad fiduciaria y las características especiales del patrimonio fideicometido, los cuales han sido desarrollados con bastante detenimiento en el Capítulo 2 del presente trabajo.

Artículo 274.— FIDEICOMISO EN GARANTIA.

La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia.

Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.

Este artículo ratifica la posición doctrinaria que señala que no pueden confluir en una sola persona fiduciario y fideicomisario, con mayor razón en un fideicomiso de garantía tal como lo señalamos en el Capítulo 3, remitiendo al lector al desarrollo que sobre el tema se realizó en el mencionado capítulo.

4.4. La titulización y el fideicomiso de titulización

Hemos considerado conveniente desarrollar el tema de la Titulización, sus alcances generales, sus preceptos normativos más importantes y, sobre todo, analizar la figura del Fideicomiso de Titulización, a fin de mostrar una de las modalidades del fideicomiso más usadas actualmente en la economía mundial y que en el Perú no tiene mayor desarrollo, a pesar de que por primera vez a sido regulado en nuestro sistema jurídico, a partir de la dación de la Ley del Mercado de Valores –Decreto Legislativo N° 861 publicado el 22 de octubre de 1,996 y el reglamento específico sobre el tema ‘–Resolución CONASEV N° 001–97–EF/94.10 publicada el 9 de enero de 1,997, en adelante el Reglamento.

4.4.1. La titulización

4.4.1.1. Concepto

La titulización, es un instrumento que permite la diversificación de la inversión y un mecanismo alternativo de financiamiento en el que se transforman activos o líquidos en valores negociables, los cuales al ser colocados en el mercado de capitales proporcionan dinero en efectivo y presente a quien utilizó la figura para ello.

Desde el punto de vista de su objetivo Silvio Lisoprawski⁽²⁾ define a la titulización o securitización como «un «rediseño» – mediante el armado de paquetes– del flujo de caja que generan individualmente los activos reunidos con el propósito señalado. Para Ernesto Eduardo Martorell⁽³⁾ «...consiste en mancomunar o reunir un conjunto de activos, reagrupándolos para que sirvan

2 Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper. Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1,996. p. 1

3 Ernesto Eduardo Martorell . Tratado de los contratos de empresa. Tomo II. p. 665. Ediciones De Palma

de respaldo a la emisión de títulos-valores o participaciones que son colocadas entre inversores».

Lisoprawski⁽⁴⁾, reelaborando una definición de Steven L. Schwarcz, también define a la titulización como:

«una forma de acelerar el ciclo del flujo de algunos negocios, utilizando como base diversos activos agrupados y creando con ellos estructuras convenientemente aisladas para que aseguren un grado suficiente de garantías a las fuentes de financiamiento, que se alcanzarán mediante la colocación de títulos-valores o participaciones en el flujo de fondos producidos por esos activos subyacentes».

El mismo autor señala que la denominación securitización es la adaptación al idioma castellano de la palabra anglosajona «*securitization*» o «*securitisation*». Asimismo, señala que titulización es la versión española del negocio y que en México se denomina bursatilización, en Francia «*titrisation*» y que en Colombia se denomina «titularización»⁽⁵⁾.

En el Perú, de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores –Decreto Legislativo N° 861–, el legislador a optado por el término «titulización» y define la figura en el artículo 291 de la norma mencionada.

«Artículo 291.– Concepto.– Titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores»

El concepto de Titulización establecido por nuestra legisla-

4 Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper. Op.cit. p. 11

5 Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper. Op.cit. p. 11

ción recoge algunos elementos del Fideicomiso, pues se constituye un patrimonio exclusivo con una finalidad determinada, la que consiste en respaldar el pago de los derechos adquiridos en función de los títulos emitidos con cargo a dicho patrimonio.

Este concepto está centrado en que la Titulización es un proceso, por lo que se presenta la figura como un mecanismo con un grado de complejidad.

4.4.1.2. Ventajas

Las ventajas que presenta la Titulización son múltiples sobre todo para el inversionista, pues mediante este mecanismo posee una opción más para invertir con un riesgo reducido; posee un título negociable para transferirlo, darlo en pago o entregarlo en garantía y simplifica la evaluación del riesgo que debe realizar. Además, le permite al inversionista acceder a grandes o sofisticadas inversiones que, por su condición de pequeño ahorrista, antes no lo podía hacer.

Lisoprawski⁽⁶⁾ señala respecto del tema lo siguiente:

«Los beneficios que apareja la securitización para quienes intervienen en ella, junto a los efectos que produce en ella, junto a los efectos que produce en la economía, son notables:

1. Otorga liquidez a un activo que no era endosable o transferible en el mercado secundario, dándole así un valor de mercado a activos que tradicionalmente no lo tenían. Da liquidez donde antes no lo había o se producía a costo de quebranto.
2. Proporciona un instrumento de menor riesgo y eventualmente de plazos mayores que los activos que lo respaldan. (...)

6 Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper. Op.cit. p. 15

3. Contribuye al desarrollo del mercado de capitales (...)
4. Al securitizar se puede reorganizar el flujo de caja de los activos subyacentes y proponer un instrumento con las características del inversor al cual se quiere llegar.
5. Reduce los costos de financiamiento posibilitando a las empresas y bancos la obtención de fondos en el mercado de capitales a un costo menor que las demás alternativas tradicionales (v.gr., bonos de deuda)
6. Las entidades financieras con alto grado de inmovilización de sus carteras o largos plazos de amortización readquieren capacidad prestable, sin violar las estrictas normas del B.C.R.A. sobre relación entre capital y endeudamiento.
7. Al ampliar la capacidad de negocios provoca un efecto multiplicador en la economía. Es un fuerte impulsor del crédito.
8. Disminuye el costo de endeudamiento, ya que al aislarse el crédito o al establecerse garantías adicionales (colateralización) disminuye el riesgo negocio y el costo de estructuras propias de los sistemas tradicionales. Mayor eficiencia con menor gasto. Permite racionalizar el costo interno de los bancos.
9. Elimina el descalce financiero (riesgo liquidez) que generalmente se produce cuando las entidades toman fondos a corto plazo y financian a plazo mayores (asincronía entre activos y pasivos o «gap funding»).
10. El procedimiento permite un financiamiento que no afecta la relación deuda/patrimonio y, por ende, no

afecta los márgenes y límites de endeudamiento de las empresas. Permite a las empresas sacar de sus balances sus activos y su deuda asociada, mejorando esos balances y los ratios financieros.

11. Posibilita el «spread» o ganancia por diferencial entre la tasa del crédito y el «precio» de la titulización, cuando se transmiten los activos.

12. Permite una mayor atomización del crédito.»

4.4.1.3. Los Partícipes

Los principales participantes en un proceso de titulización son:

1. El originador (*originator*): es el acreedor inicial o titular de los activos que serán transferidos o servirán de garantía en el proceso de titulización.
2. El emisor o vehículo: (*issuer*): es la entidad que emite los valores que son colocados en el mercado de capitales, es utilizado para aislar el activo del originador, a fin de librarlo de cualquier posible contingencia de este último.
3. El servidor o administrador (*servicer*): administra los activos titulizados, operando como agente de cobro de los mencionados activos. Su capacidad de actuar dependerá de los términos del contrato de administración que celebre. En muchos casos el originador conserva, a cambio de una retribución, la administración de los activos transferidos, por lo que puede confluir en él ambas funciones.
4. El colocador o tomador (*underwriter*): es aquel que se vincula con el emisor o vehículo por medio de un contrato de underwriting para la colocación y venta de los valores en el mercado de capitales, ya sea por oferta pública o privada.
5. El clasificador de riesgo: es aquel que califica el índice de

riesgo de los valores que se emiten en el proceso de titulización.

6. Los inversionistas: son aquellas personas naturales o jurídicas que destinan sus recursos en la adquisición de los valores emitidos producto de los procesos de titulización.
7. El Representante de los tenedores de los valores emitidos.

Existen otros participes como *el estructurador*, aquel que realiza el diseño del proceso de titulización; *el garante*, que otorga garantías adicionales a las propias del patrimonio fideicometido; *el depositario*, aquel que va a ser depositario de los documentos representativos de deuda; y, *el proveedor de fondos*, aquel que provee de fondos cuando no existe correspondencia entre la fecha de ingresos generados por el patrimonio titulado y la fecha de pago de intereses o amortización de los títulos emitidos con respaldo del mencionado patrimonio.

4.4.1.4. Modalidades de titulización

Existen dos modalidades de Titulización :

El Fideicomiso de Titulización: denominado también «Pass Through» o «de traspaso» o «de traslado». Bajo esta modalidad, mediante un fideicomiso, una persona natural o jurídica entregará una serie de activos de determinadas características a una entidad titulizadora, la cual emitirá «securities» o valores negociables con respaldo del patrimonio autónomo formado por los activos mencionados y que estará separado del patrimonio general de la empresa titulizadora.

Las Sociedades de Propósito Especial : denominado también «Sociedad de quiebra remota» o «de Pago». Mediante esta modalidad una persona vende los activos que van a ser materia del proceso de titulización a la entidad titulizadora, y esta última incorpora estos activos a su patrimonio y emite los títulos negociables con respaldo de su propio patrimonio.

La legislación peruana reconoce estas dos modalidades en los artículos 301 y 324 de la Ley del Mercado de valores - Decreto Legislativo 861:

4.4.1.5. Las sociedades de propósito especial

El artículo 324 de la Ley del Mercado de Valores la define de la siguiente manera:

«Artículo 324.- Son sociedades de propósito especial las sociedades anónimas cuyo patrimonio se encuentra conformado esencialmente por activos crediticios, y cuyo objeto social limita su actividad a la adquisición de tales activos y a la emisión y pago de valores mobiliarios respaldados con su patrimonio.»

Entre las características más importantes de las sociedades de propósito especial en nuestra legislación mencionaremos las siguientes:

1. Su patrimonio se encuentra conformado por activos crediticios. Mediante las sociedades de propósito especial únicamente se pueden estructurar procesos de titulización a partir de activos tales como carteras de créditos y de otros que generen un flujo de efectivo, así como de los accesorios de dichos activos. Estas sociedades sólo podrán incorporar en su patrimonio aquellos activos distintos a los crediticios que le sirvan para el cumplimiento de sus funciones. Así lo señalan el artículo 324 de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 36 del Reglamento.
2. Su objeto social está limitado a la adquisición de los activos crediticios y a la emisión y pago de los valores mobiliarios emitidos en el proceso de titulización, señalando reglas especiales para ello. (artículos 324 y 327 de la Ley del mercado de Valores y artículo 38 del Reglamento) .
3. No se requiere pluralidad de accionistas para su constitución (artículo 327 de la Ley del Mercado de Valores).

4. Como la empresa puede ser controlada por el originador se señalan requisitos en el desarrollo de sus actividades, como por ejemplo: existencia de por lo menos una persona independiente en cada órgano colegiado de la sociedad, necesidad de aprobación de esta persona independiente para solicitar insolvencia y necesidad de que registros y estados financieros tengan que ser llenados por personas no vinculadas al originador (artículo 330 de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 41 del Reglamento).
5. Se le aplican supletoriamente las normas que correspondan a las sociedades anónimas (artículo 325 de la Ley del Mercado de Valores).
6. Están bajo la Supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (artículo 326 de la Ley del Mercado de Valores) .
7. Existe la exigencia que en su denominación social se incluya la expresión «Sociedad de Propósito Especial» (artículo 327 de la Ley del Mercado de Valores)
8. No pueden cambiar su objeto social, salvo que exista aprobación de los titulares de los valores que hubiesen emitido por oferta pública (artículo 329 de la Ley del Mercado de valores).
9. Inexigibilidad de capital mínimo (artículo 39 del Reglamento).

4.4.2. El fideicomiso de titulización

4.4.2.1 Definición

La Ley del Mercado de Valores ha definido al fideicomiso de titulización en su artículo 301:

«Artículo 301.– Fideicomiso de Titulización.– En el fideicomiso de titulización una persona llamada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario, para la constitución de un patrimonio

autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario.»

Cuando definiéramos el fideicomiso se señaló que contenía cuatro aspectos fundamentales y que son claramente señalados en el artículo referido al Fideicomiso de Titulización. Así, el fideicomiso de titulización es una relación jurídica patrimonial en el que confluyen tres elementos personales —el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario—, donde existe una finalidad determinada y se realiza una transferencia de la propiedad fiduciaria con la consecuente constitución de un patrimonio autónomo o especial.

En esta definición consideramos que existe un error técnico: la transferencia fiduciaria no se realiza para la constitución de un patrimonio autónomo. Esta transferencia se realiza para que se cumpla con los bienes una finalidad determinada, en este caso, el que los bienes sirvan de respaldo a los derechos incorporados en valores para que estos sean adquiridos en el mercado. La transferencia fiduciaria y la constitución del patrimonio autónomo (cada uno con sus características ya mencionadas en el capítulo correspondiente) hacen posible que el encargo fiduciario se cumpla de manera eficaz y concreta.

4.4.2.2. Elementos personales

EL FIDEICOMITENTE

El fideicomitente, de acuerdo a la definición del fideicomiso de titulización, será el propietario o titular de los bienes y derechos transferidos en el proceso de titulización, al cual se le denomina «originador». Lo que no menciona la Ley es que éste fideicomitente también tiene la calidad de fideicomisario del fideicomiso, pues adquiere la condición de beneficiario del mismo al

momento de obtener el resultado de la venta de los valores emitidos con respaldo del patrimonio fideicometido. no hay que olvidar que la finalidad de estructurar un proceso de Titulización es la búsqueda de financiamiento y obtener liquidez para desarrollar o impulsar la operación o negocio del originador.

También pueden tener la calidad de fideicomitente u originador las sociedades titulizadoras, de acuerdo al artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores, en ella se señala que también puede contituir patrimonios fideicometidos bajo su dominio fiduciario. No consideramos muy adecuada esta disposición al confluir en una sola persona fiduciario y fideicomisario, pues la calidad de fideicomisario le es inherente al fideicomitente u originador, al ser este último beneficiario de la venta de los valores emitidos con respaldo del patrimonio fideicometido en los procesos de titulización mediante la modalidad del fideicomiso.

EL FIDUCIARIO O SOCIEDAD TITULIZADORA

La Ley define a las Sociedades Titulizadoras como aquellas sociedades anónimas de duración indeterminada cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de fiduciario en un proceso de titulización, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonios fideicometidos que respalden la emisión de valores mobiliarios.

Las características más importantes de las sociedades titulizadoras señaladas en la ley son:

1. La calidad de fiduciario sólo la podrán tener las Sociedades Titulizadoras, salvo las disposiciones que con carácter general señale la CONASEV como supuestos de excepción para ejercer las funciones propias de fiduciario en fideicomisos de titulización (artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores). En este sentido, también podrán ejercer la función de fiduciaros en un fideicomiso de titulización aquellas sociedades extranjeras que constituyan sucursales en el país con el objeto

exclusivo de realizar actividades propias de sociedades tituladoras (artículo 17 del Reglamento)

2. El capital mínimo es de S/. 750,000.00 (Setecientos cincuenta mil Nuevos Soles) totalmente suscrito e íntegramente pagado al momento de dar inicio a sus actividades (artículo 303 la Ley del Mercado de Valores). Este capital deberá ser aumentado y deberá cumplir ciertas exigencias de acuerdo con lo que se señala en el artículo 18 del Reglamento.

Entre estas exigencias al capital social se encuentra el aumento a razón de 0.5% del valor total de los activos de cada patrimonio fideicometido, el que no sea inferior al 50% de sus pasivos, el que no sea inferior al doble de las garantías que hubiera otorgado y el que mantenga su valor constante, por lo que deberá ser actualizado anualmente en función del índice de precios al por mayor a nivel nacional que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Consideramos que el legislador está buscando con estas medidas dar mayor confianza –aspecto fundamental en un fideicomiso– a los participantes en un proceso de titulación de activos al garantizar la solvencia económica del fiduciario.

3. Designación por parte de la sociedad tituladora de una persona («factor fiduciario») que asuma la conducción del fideicomiso por cada uno que ésta administre. También, de acuerdo a las circunstancias, designará una comisión administradora a cuyas decisiones se someterá el factor fiduciario (artículo 304 de la Ley del Mercado de Valores).
4. Impedimentos para ser fundadores, directores, gerentes, representantes, factores fiduciarios o miembros de las comisiones administradoras en una sociedad tituladora (artículo 305 de la Ley del Mercado de Valores).
5. Obligaciones especiales para las sociedades tituladoras, en

tre las que se encuentra la obligación de mantener los activos fideicometidos separados de los que integran su patrimonio y de los que correspondan a otros patrimonios fideicometidos (artículo 306 de la Ley del Mercado de Valores)

6. Están bajo la supervisión y control de la CONASEV (artículo 307 de la Ley del Mercado de Valores). La CONASEV además a señalado exigencias claramente determinadas para que las sociedades tituladoras obtengan sus respectivas autorizaciones de organización y funcionamiento (artículos del 19 al 26 del Reglamento). Asimismo, la CONASEV a establecido un Régimen de control y supervisión los cuales están detallados en los artículo 27 y 29 del Reglamento.

EL FIDEICOMISARIO

Los fideicomisarios en los fideicomisos de titulización son el fideicomitente, tal como lo hemos mencionado líneas arriba y aquellos que son titulares de los derechos incorporados en valores emitidos con respaldo del patrimonio fideicometidos, ya que la ley señala que estos ejercerán sus derechos en calidad de fideicomisarios.

4.4.2.3. Acto constitutivo del fideicomiso

Por el acto jurídico que le da origen, El fideicomiso de titulización puede ser constituido por un acto jurídico bilateral mediante un contrato o puede ser constituido mediante un acto jurídico unilateral.

En ese sentido, cuando el originador (fideicomitente) y la sociedad tituladora (el fiduciario) acuerden realizar un proceso de titulización en los términos que ellos mismos convengan, el fideicomiso de titulización se entenderá constituido mediante un contrato. Así lo señala la Ley del Mercado de Valores en su artículo 301 en su primer párrafo cuando define la figura.

El fideicomiso de titulización, en nuestra legislación, se cons-

tituirá mediante un acto jurídico unilateral cuando confluyan en una sola persona originador (fideicomitente) y sociedad titulizadora (fiduciario). De esta manera lo indica el segundo párrafo del artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores:

«Artículo 301: (...)»

La sociedad titulizadora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad se obliga a efectuar la transferencia de un conjunto de activos para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto, las calidades de fideicomitente y fiduciario. Dichos activos y los frutos y rentas que se deriven de ellos, no podrán regresar al patrimonio de la sociedad titulizadora hasta que se hubiere cumplido con la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, salvo que se hubiere pactado de modo distinto.»

Mediante esta disposición, nuestra legislación no sólo está permitiendo la constitución de un fideicomiso en la que confluyan fideicomitente y fiduciario; sino también está permitiendo que en una misma persona se integren las calidades de fiduciario y fideicomisario, pues, como dijimos anteriormente, el originador de un fideicomiso de titulización es a la vez fideicomitente y fideicomisario.

Esto último, si bien se encuentra en concordancia con el artículo 265 de la Ley 26702, el cual castiga con nulidad a aquellos fideicomisos en la que se designa como fideicomisario a la propia empresa fiduciaria, salvo en los casos de fideicomisos de titulización: también es cierto que esto se manifiesta en contra de lo señalado por la doctrina general del fideicomiso, la cual indica que no debe concurrir en una sola persona la calidad de fiduciario y fideicomisario. Consideramos que nuestra legislación debió optar por esta última posición, a fin de que sean absolutamente transparentes los procesos de titulización, sobre todo conociendo las características de nuestro mercado.

El artículo 308 de la Ley del Mercado de Valores señala que el acto constitutivo del fideicomiso de titulización debe constar en escritura pública, salvo los supuestos que en casos de excepción señale la CONASEV mediante disposiciones de carácter general. Este dispositivo también señala que este acto constitutivo no podrá ser modificado sin previo consentimiento del fideicomisario, es decir de los inversionistas.

El artículo 13 del Reglamento determina que las excepciones al requisito de escritura pública estén bajo los siguientes supuestos: a) en caso que el acto constitutivo requiera de inscripción en los Registros Públicos, cuando se utilice el formulario registral a que se refiere el artículo 2010 del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo 836; y b) En los demás casos, cuando ninguno de los activos, de acuerdo a su naturaleza, requiera de dicha formalidad para su transferencia.

4.4.2.4. Activos a titular en los fideicomisos de titulización

El artículo 295 de la Ley del Mercado de Valores señala los activos que pueden ser titulizados, indicando que serán aquellos activos y esperanza incierta sobre los que su titular pueda disponer libremente.

Los activos que no son susceptibles de ser titulizados son aquellos que están embargados y aquellos que están sujetos a litigio. Así lo señala el artículo 5 del Reglamento.

Asimismo, el artículo 9 del Reglamento al indicar los procesos a estructurar a partir de fideicomisos, nos presenta una relación enunciativa más no limitativa de los activos factibles de titular, la cual detallamos a continuación:

1. Carteras de créditos y de otros activos generadores de flujo de efectivo, creados o no al momento de la celebración del acto constitutivo;

2. Bienes inmuebles cuya explotación comercial o liquidación respaldará el pago de los valores a emitir.
3. Proyectos específicos, estando el patrimonio fideicometido integrado por los diseños, estudios técnicos y demás medios y activos para el desarrollo del proyecto, con cuyos frutos y productos se respaldará el pago de los valores que se proyecta emitir.
4. Obras de infraestructura y servicios públicos, en que los valores a emitir se encuentran respaldados por el flujo de efectivo que éstos generen en el futuro, el mismo que es cuantificado con base en información estadística de años anteriores o con apoyo en proyecciones de años futuros.
5. Otros activos que puedan servir de respaldo a los valores a emitir.

4.4.2.5. Valores mobiliarios que se pueden emitir con respaldo en el patrimonio fideicometido

El artículo 314 de la Ley del mercado de Valores señala que son dos los tipos de valores que se pueden emitir con respaldo en los patrimonios fideicometidos, dejando la posibilidad de que la CONASEV disponga otros tipos de valores a emitirse. Estos dos valores son:

- De contenido crediticio, en los que el principal y los intereses serán pagados con los recursos provenientes del patrimonio fideicometido.
- De participación, en los que se confiere a su titular una parte alícuota de los recursos provenientes del patrimonio fideicometido.

4.4.2.6. Características del patrimonio fideicometido

Consideramos que este patrimonio fideicometido tiene las mismas características de todo patrimonio constituido a partir de

un fideicomiso, aspecto desarrollado en el Capítulo 2 de este trabajo.

Los artículos 310, 311 y 312 de la Ley del Mercado de Valores establecen las pautas sobre este patrimonio fideicometido, pues en ellos se determina que éste está libre de las contingencias que pudiesen tener el originador, la sociedad titulizadora o los fideicomisarios. También señalan la intangibilidad del patrimonio y la responsabilidad del mismo.

Los artículos 310 y 313 atribuyen el dominio fiduciario del patrimonio a la sociedad titulizadora.

4.4.2.7. Aspecto tributario

El aspecto tributario es sumamente importante en la estructuración de una titulación de activos, pues tiene directa incidencia en los costos operativos del mismo y, por lo tanto, en el éxito o fracaso de este tipo de procesos.

Para referirnos al tratamiento tributario en el Perú, citaremos en su desarrollo a Rafael Alcázar, estudioso del tema en el Perú y autor de varios artículos sobre la titulación de activos en el Perú.

Dicho autor señala que se considera para los fines del impuesto a la renta a los patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras. Esto, explica el autor mencionado, determina que, para efectos tributarios, los ingresos y ganancias obtenidas por los patrimonios fideicometidos deberán ser declarados por las sociedades tituladoras como si fueran sociedades anónimas⁽⁷⁾.

Asimismo, el mismo autor señala que, conforme lo estableció

7 Alcázar Uzátegui, Rafael. La titulación de activos en el Perú. página 301. En: *Ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N°15. 382 pp.

la Ley 26731, los patrimonios fideicometidos constituidos mediante fideicomisos de titulización o sociedad de propósito especial estaban inafectos al impuesto mínimo a la renta, y que, actualmente estos patrimonios se encuentran inafectos al impuesto extraordinario a los activos netos (IEAN) en virtud que son aplicables a este último tributo, las inafectaciones y exoneraciones establecidas para efectos del impuesto mínimo a la renta. Para el IEAN, el originador es quien debe considerar dentro de sus activos, para efectos del pago de este impuesto, el valor de los bienes transferidos al patrimonio autónomo⁽⁸⁾.

Alcazar indica que, a fin de incentivar la participación de los inversionistas en estos modernos mecanismos de financiamientos, se ha establecido que los valores representativos de participación de patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras y acciones de sociedades de propósito especial deben excluirse del valor de los activos para efecto de la determinación del IEAN a cargo de los inversionistas⁽⁹⁾.

Alcazar⁽¹⁰⁾ también señala lo siguiente:

«Por otro lado, se exonera del impuesto a la renta, hasta el año 2,000, a las siguientes rentas:

1) **Intereses:** Cualquier tipo de interés de tasa fija o variable así como incrementos o reajustes de capital que provengan los valores mobiliarios, nominativos o a la orden representativos de deudas emitidos por patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras, siempre que la colocación sea por oferta pública hecha de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores. En caso de oferta privada, sólo opera la exoneración cuando los valores se dirijan exclusivamente a inversionistas institucionales o

8 Alcazar Uzátegui, Rafael. Op.cit. p. 301.

9 Alcazar Uzátegui, Rafael. Op.cit. p. 301.

10 Alcazar Uzátegui, Rafael. Op.cit. p. 302.

cuando el valor nominal de los valores ofertados sea igual o superior a S/. 250,000.

2) **Ganancias de Capital:** Aquellas que provengan de la venta de valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) realizada a través de mecanismos centralizados de negociación: la redención y rescate de valores mobiliarios nominativos o a la orden representativos de deuda colocados a través de oferta pública por patrimonios fideicometidos constituidos o establecidos en el Perú, y; la redención o rescate de valores representativos de participación de patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras emitidos por oferta pública.»

Respecto al Impuesto General a las Ventas (IGV), cabe mencionar que antes de la dación de la Ley N° 27039 (actual Ley del Impuesto General a las Ventas) regía el Decreto Legislativo N° 821 el cual no contemplaba la figura, lo que generó la exigencia de precisiones legislativas. Al respecto Rafael Alcazar afirmó lo siguiente:

«...hay que tener en cuenta que, para la constitución de un patrimonio fideicometido, el fideicomitente debe “transferir la propiedad de los bienes sujetos a fideicomiso” a la nueva persona jurídica. Ello podría dar lugar a que se interprete que se trata de una operación afecta al IGV, pues este tributo grava la “venta de bienes en el país”, entendida ésta como todo acto por el que se transfiere bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes.

Entendemos que no ha sido la intención del legislador afectar con el IGV a este tipo de transferencias patrimoniales, pues de lo contrario se incrementarían los costos de estas operaciones financieras. Por tal razón, sería

conveniente que se efectuara una precisión legislativa sobre el particular, exonerando expresamente de la aplicación del IGV a las transferencias de bienes efectuadas en los procesos de titulización de activos.»⁽¹¹⁾

Nosotros también considerábamos que era necesario un pronunciamiento legislativo sobre el IGV, pues esto estaba limitando el desarrollo de los procesos de titulización en el Perú, muy especialmente para las entidades financieras.

Esta afirmación tiene su sustento en el hecho de que en el Perú las operaciones crediticias que realizan las entidades bancarias y financieras están exoneradas del IGV. Pero, si estos créditos son transferidos a una sociedad titulizadora, al no tener la calidad de empresa del sistema financiero, ésta estaría cargando intereses a los deudores de los créditos transferidos por cuenta de los inversionistas, aspecto que sí podría estar gravado con IGV. Todo esto generaría no sólo un costo operativo muy alto, sino también mayor complejidad en el desarrollo del proceso de titulización.

Con la dación de la Ley N° 27039, vigente a partir de del 1° de enero de 1,999, si se considera a los patrimonios fideicomitidos de sociedades titulizadoras como **sujetos del impuesto en calidad de contribuyentes**.

Los puntos mas importantes de esta norma son:

- a) **Transferencia de activos:** La transferencia fiduciaria no esta comprendida dentro de la hipótesis de incidencia del tributo al no constituir ni la transferencia definitiva de un bien gravado ni la prestación de un servicio, toda vez que lo que realmente se produce es el encargo fiduciario consistente en servir de respaldo a una emisión de valores.

11 Alcazar Uzátegui, Rafael. Op.cit. p. 302.

Lo expresado en el párrafo anterior se sustenta con precisión en la Primera Disposición Final de la ley 27039 :

«no se considera venta ni prestación de servicios, para efectos de este impuesto, la transferencia en dominio fiduciario de bienes muebles y la primera transferencia en dominio fiduciario de bienes inmuebles , que efectúe el fideicomitente a favor del fiduciario para la constitución de un fideicomiso de titulización, así como la devolución que realice el fiduciario al fideicomitente del remanente del patrimonio fideicometido extinguido».

Con relación al uso del crédito Fiscal, la Nueva Ley en el artículo 24 señala la posibilidad de que el fideicomitente pueda transferir el crédito fiscal que corresponda a los activos transferidos para su constitución. al patrimonio fideicometido,

Asimismo, el patrimonio fideicometido podrá transferir al fideicomitente el remanente del crédito fiscal que corresponda a las operaciones que hubiera realizado para el cumplimiento de sus fines, con ocasión de su extinción.

En caso de reorganización de empresas se podrá transferir a la nueva empresa el crédito fiscal existente, a la fecha de la reorganización. Si se tratara de un proceso de liquidación de empresas no procede la devolución del crédito fiscal.

- b) **Constitución, Gestión y Desarrollo del Patrimonio Fideicometido:** En los casos de las sociedades tituladoras éstas se encontrarán afectas al pago del IGV por las comisiones o contraprestaciones por los servicios del fideicomitente
- c) **En los adquirentes y suscriptores de los valores mobiliarios:** En el caso se traten de personas jurídicas, los intereses generados se encontrarán gravados con el IGV.

Se exceptúan : los intereses generados por bonos nominativos emitidos por empresas constituidas en el Perú y siempre que la emisión haya sido efectuada al amparo de la Ley General de Sociedades y la Ley de Mercado de Valores, en cuyo caso gozarán de exoneración.

Finalmente cabe indicar la obligación del fiduciario de entregar al fideicomisario o beneficiario, una vez extinguido el Fideicomiso, el remanente de los activos fideicometidos.

Hay que agregar que el aspecto tributario del Fideicomiso en terminos generales no ha sido regulado en nuestra legislación, constituyendose este vacío en uno de los grandes factores para que esta figura no tenga un desarrollo en nuestro país. El fideicomiso de titulización se convierte así en una excepción, pues es la única modalidad de fideicomiso regulada en la legislación nacional.

DECRETO LEGISLATIVO N° 770
LEY GENERAL DE INSTITUCIONES BANCARIAS,
FINANCIERAS Y DE SEGURO
(PUBLICADO EL 30 DE OCTUBRE DE 1993 EN EL
DIARIO OFICIAL «EL PERUANO» – DEROGADO)
(ARTÍCULOS 314 - 350)

SECCION TERCERA
Empresas Bancarias

TITULO I
Bancos Múltiples

CAPITULO CUATRO
Instrumentos y Contratos

SUBCAPITULO IX
Fideicomiso

Artículo 314°.- El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamado fideicomisario.

Artículo 315°.- Sólo las empresas bancarias están autorizadas para desempeñarse como fiduciarios.

Pueden entregarse en fideicomiso recursos líquidos y toda clase de bienes y derechos enajenables o transmisibles conforme a ley.

Artículo 316°.- Para la validez del acto jurídico del fideicomiso es exi-

gible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

Artículo 317°.- Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes enajenados por su causante a título de fideicomiso, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. El Banco fiduciario tiene la facultad de elegir entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de devolución.

No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez estar capacitado para administrar sus bienes.

El Banco fiduciario, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

Artículo 318°.- La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores, caduca a los seis meses de publicado en el Diario Oficial, por tres días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esta caducidad opera a los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

Artículo 319°.- La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y el Banco fiduciario, formalizado en escritura pública. Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la de otra clase de bienes se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Artículo 320°.- No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación del Banco fiduciario designado, ni la de los

fideicomisarios. Si aquél declinare la designación, debe proponer a quien los reemplace y si ningún Banco aceptare el cargo, el fideicomiso se extingue.

Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

Artículo 321°.- Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él establezca a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento.

En los demás casos, el fideicomitente puede convenir con el Banco fiduciario las modificaciones que estime adecuadas, y aun la resolución del fideicomiso, salvo que con ello se lesione derechos adquiridos.

El fideicomitente puede también revocar el fideicomiso, excepto en el caso previsto en el primer párrafo y, también, si hubiere renunciado a tal derecho. De crearse esa facultad debe pagar al Banco fiduciario la pena convenida o, en su defecto, la que señale el juez.

Para modificar o revocar el fideicomiso, los causahabientes del fideicomitente requieren, en todo caso, el consentimiento unánime de los fideicomisarios o, si éstos fueren indeterminados, la aprobación del Superintendente.

Artículo 322°.- Es válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos.

El válido el fideicomiso en beneficio del propio fideicomitente.

Artículo 323°.- El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado.

Artículo 324°.- Las instituciones estatales, de derecho público o privado, incluidas las que se desenvuelvan en el ámbito empresarial, contando con la aprobación de su máximo órgano de gobierno, pueden consti-

tuir fideicomisos. De igual facultad gozan los comités especiales de privatización de que trata el Decreto Legislativo N° 674.

Artículo 325°.- El plazo máximo de duración de un fideicomiso es de veinte años, con las siguientes excepciones:

- a) En el fideicomiso vitalicio en beneficio de fideicomisarios que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.
- b) En el fideicomiso cultural, que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación o difusión de la cultura, presentación o exhibición de lugares, edificios, ambientes arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.
- c) En el fideicomiso filantrópico, que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.
- d) En el fideicomiso de promoción, destinado a proveer fondos para el financiamiento del desarrollo nacional, el plazo puede extenderse a cuarenta años.

Artículo 326°.- El fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio fideicometido, sujeto al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento constitutivo.

El fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el Banco fiduciario.

El Banco fiduciario sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores.

La acción puede ser intentada por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun el propio Banco fiduciario.

Artículo 327°.- El patrimonio en fideicomiso no responde por las obligaciones del fideicomitente, ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, esa responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentren a disposición de ellos.

En caso de que el Banco fiduciario no se oponga a las medidas que afectan al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario. Unos y otros están facultados para coadyuvar en la defensa, si el Banco fiduciario hubiese hecho valer la oposición.

Artículo 328°.- Para perseguir por obligaciones del Banco fiduciario bienes, derechos o recursos identificables que el deudor posea en fideicomiso, es preciso que el acreedor haga previa excusión de los bienes y activos de aquél.

El fideicomitente y cualquier fideicomisario pueden señalar los bienes y derechos que han de ser objeto de la excusión, si no lo hiciere el Banco fiduciario, para lo cual debe notificársele con el auto de embargo que recaiga en bienes o derechos fideicometidos.

Artículo 329°.- El patrimonio del fideicomiso garantiza las obligaciones y responsabilidades que el Banco fiduciario contraiga en el ejercicio del encargo para el cumplimiento de las finalidades que le fueron encomendadas y, en general, de acuerdo con las estipulaciones del instrumento constitutivo.

Artículo 330°.- La aceptación por el Banco fiduciario de un fideicomiso a título universal, «mortis causa», conlleva la asunción de las cargas, obligaciones y deudas de la sucesión, con beneficio de inventario.

Artículo 331°.- En caso de liquidación del Banco fiduciario, asiste a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, en cualquier estado del proceso, conforme a lo previsto en los artículos 198° y 199°.

Por el valor de los bienes, recursos líquidos y derechos perdidos o no identificables del fideicomiso, el fideicomitente tiene sobre la masa,

hasta por el importe de la responsabilidad del Banco fiduciario, un crédito amparado con privilegio general de primer orden.

Artículo 332°.- Son obligaciones del Banco fiduciario:

- a) Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio fideicometido, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador.
- b) Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad.
- c) Proteger con póliza de seguro los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo con las circunstancias.
- d) Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la misma diligencia que el propio Banco fiduciario pone en sus asuntos.
- e) Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso, con arreglo a ley, y cumplir sus obligaciones tributarias, sustantivas y formales.
- f) Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuando menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia.
- g) Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario.
- h) Reconocer y abonar intereses, en beneficio del patrimonio fideicometido, a la tasa prevista en el instrumento constitutivo, sobre los fondos líquidos que conserve en su poder, mientras no los invierta, coloque o emplee. A falta de estipulación, se aplica la tasa pasiva promedio ponderado que publica la Superintendencia.
- i) Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios

disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito.

- j) Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas.
- k) Transmitir al nuevo Banco fiduciario, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso.
- l) Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del Fideicomiso o de su intervención en él.

Artículo 333°.- Es prohibido al Banco fiduciario afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos.

Son nulos el pacto en contrario y las garantías y compromisos que se pacte en contravención a lo dispuesto en este artículo.

Artículo 334°.- El Banco fiduciario está prohibido de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos en beneficio de:

- a) El propio Banco.
- b) Sus directores y trabajadores y los miembros del comité a cargo del fideicomiso.
- c) Los factores fiduciarios.
- d) Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate.
- e) Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría del propio Banco.

Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurí-

dicas en que el cónyuge y los parientes, en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento.

Son nulas las operaciones que se realicen en contravención de las prohibiciones reseñadas.

Artículo 335°.- El Banco fiduciario que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, el Banco fiduciario queda eximido de responsabilidad por los contratos y operaciones que realice con arreglo a los acuerdos adoptados por dicho órgano.

Artículo 336°.- Cuando la clase y características del fideicomiso lo permitan, el Banco fiduciario puede expedir en favor de los fideicomisarios certificados de participación en las inversiones, bienes y derechos del fideicomiso, en proporción a la parte que corresponda a cada uno de ellos.

Los certificados en mención sólo obligan al Banco fiduciario a entregar a cada participacionista, a prorrata, la parte que le toque en la liquidación o realización de los bienes y derechos incluidos.

Artículo 337°.- Son derechos del Banco fiduciario:

- a) Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento del valor de mercado de los bienes fideicometidos.
- b) Resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.

Artículo 338°.- Es obligación del fideicomitente o de sus causahabientes integrar en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo en el tiempo y lugar estipulados.

Artículo 339°.- Los fideicomisarios tienen derecho a exigir al Banco fi-

duciario las prestaciones estipuladas en el instrumento constitutivo del fideicomiso. La acción puede ejercerla cualquiera de los interesados, por la parte que le corresponda en los beneficios y en pro del interés común.

Pueden también, en el caso del primer párrafo del artículo 321°, exigir al fideicomitente que integre en el patrimonio del fideicomiso los bienes que ofreció.

Artículo 340°.- En el caso de que los fideicomisarios fuesen más de cinco, deben celebrar juntas con sujeción a las reglas que para las asambleas de obligacionistas establecen los artículos 236°, 237° y 238° de la Ley General de Sociedades, salvo que sobre el particular hubiese estipulación diversa en el instrumento del fideicomiso.

Las juntas a que se refiere el párrafo anterior tienen por objeto:

- a) Designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios.
- b) Aprobar modificaciones en las cláusulas del fideicomiso cuando fuere necesario el consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos no sean menores o incapaces y en razón de ello se encuentren impedidos de intervenir personalmente en las juntas.
- c) Adoptar otras medidas y decisiones en pro del interés común de sus miembros.

En los casos de fideicomiso con beneficiarios indeterminados, la representación la asume la Sociedad Pública de Beneficencia del lugar.

Artículo 341°.- Los fideicomisarios determinados, los fideicomitentes y sus respectivos sucesores, pueden ceder sus derechos a personas que no se encuentren impedidas por la ley o por el instrumento constitutivo del fideicomiso.

Artículo 342°.- El fideicomiso es nulo:

- a) Si contraviene el requisito establecido en el artículo 316°.
- b) Si su objeto fuese ilícito o imposible.

- c) Si se designa como fideicomisario al propio Banco fiduciario.
- d) Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso.
- e) Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio.

Con excepción de los casos señalados en el inciso a), la inclusión de cláusulas contrarias a la ley no anula el acto. Tales cláusulas se tienen por no puestas.

Si el impedimento a que se refiere el inciso d) sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes.

En el caso de que uno o más de los bienes que deben integrar el fideicomiso se encuentren fuera de comercio, el fideicomiso es válido y subsiste con los bienes remanentes.

Artículo 343°.- Si el fideicomiso se establece por plazo superior al permitido por la ley, el exceso se tiene por no puesto.

Artículo 344°.- El fideicomiso termina por:

- a) Renuncia del Banco fiduciario, con causa justificada, aceptada por la Superintendencia.
- b) Liquidación del Banco fiduciario.
- c) Remoción del Banco fiduciario.
- d) Renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que le concede el fideicomiso.
- e) Pérdida de los bienes que lo integran, o de parte substancial de ellos a juicio del Banco fiduciario.
- f) Haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido.
- g) Haber devenido imposible la realización de su objeto.
- h) Resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario, con aprobación de los fideicomisarios en el caso del primer párrafo del artículo 321°.

- i) Revocación efectuada por el fideicomitente, antes de la entrega de los bienes al Banco fiduciario o previo cumplimiento de los requisitos legales, salvo lo previsto en el primer párrafo del artículo 321°.
- j) Vencimiento del plazo.

En los casos de los incisos a), b) y c) las causales operan si en el término de seis meses no se encuentra otro Banco que asuma el cargo.

Si la revocación a que se refiere el inciso i) fuese parcial, subsiste el fideicomiso con los bienes que se integren en el patrimonio.

Artículo 345°.- Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelve éstos al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, se hace entrega de ellos a la Sociedad Pública de Beneficencia del lugar.

Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo a los fideicomisos de que trata el artículo 317°, en los cuales los bienes, en la parte que afectó la legítima de algún heredero, se entregan a éste o a sus sucesores.

Artículo 346°.- Para cada fideicomiso que reciba, el Banco designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. El Banco es solidariamente responsable de los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y sus demás trabajadores.

Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos.

La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento, por resolución fundamentada.

Artículo 347°.- Si la índole o el número de las operaciones, actos y contratos relativos a los bienes de un fideicomiso o requeridos para el cumplimiento de su finalidad lo justifican, el Banco fiduciario designa una comisión administradora del fideicomiso, compuesta de no menos de tres ni más de siete miembros, y reglamenta su funcionamiento y facultades siempre con sujeción a las reglas que contenga el instrumento constitutivo del fideicomiso.

Por las mismas razones del párrafo anterior, el Banco fiduciario puede contratar personal «ad-hoc» para cada fideicomiso. Tal personal sólo puede ejercer sus derechos contra los bienes del respectivo fideicomiso y la vigencia de su relación laboral queda subordinada a la subsistencia del fideicomiso que determinó su empleo. Los contratos deben constar por escrito y ser aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Artículo 348°.- Por cada fideicomiso el Banco fiduciario debe llevar una contabilidad separada, en los libros debidamente legalizados, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros del Banco, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquélla.

Artículo 349°.- La parte líquida de los fondos que integren el fideicomiso no está afecta al canje.

Artículo 350°.- La Superintendencia debe establecer un sistema especial de vigilancia de las operaciones de fideicomiso y del manejo, administración y conservación de los patrimonios fideicometidos. Le corresponde dictar las pautas para la contabilización y control de los fideicomisos, así como para la seguridad de los patrimonios confiados al Banco fiduciario.

En casos de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción del Banco fiduciario y designar a quien ha de sustituirlo, si el fideicomitente no lo hiciere dentro del plazo que se le señale.

DECRETO LEGISLATIVO N° 861
LEY DEL MERCADO DE VALORES
(PUBLICADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1996
EN EL DIARIO OFICIAL «EL PERUANO»)
(ARTÍCULOS 291-339)

TÍTULO XI
Normas Especiales Relativas a Procesos de Titulización

CAPÍTULO I
Normas Generales

Artículo 291°.- Concepto.- Titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores.

Artículo 292°.- Términos.- Para efectos de las normas relativas a procesos de titulización contenidas en la presente ley, se entenderá por:

- a) Activos: Los recursos líquidos y toda clase de bienes y derechos;
- b) Activos Crediticios: Los derechos incorporados o no en valores que confieren a su titular el derecho a percibir sumas de dinero;
- c) Mejorador: La persona que otorgue garantías adicionales para el pago de los derechos que confieren los valores emitidos en virtud de procesos de titulización;

- d) Originador: La persona en interés de la cual se conforma un patrimonio de propósito exclusivo y que se obliga a transferir los activos que lo integrarán;
- e) Patrimonio de propósito exclusivo: El que sirve de respaldo al pago de los derechos incorporados en valores mobiliarios emitidos en un proceso de titulización;
- f) Respaldo: La garantía o fuente de recursos para el pago de los derechos que confieren los valores emitidos en procesos de titulización; y,
- g) Servidor: La persona que ejecuta el cobro de las prestaciones relativas a los activos integrantes de un patrimonio de propósito exclusivo.

Artículo 293°.- Normas Aplicables y Régimen de Control.- Las disposiciones del presente Título establecen normas a las que deben sujetarse las personas que efectúen actos dentro de procesos de titulización.

En los casos en que un proceso de titulización se efectúe en forma parcial en el territorio nacional, las normas contenidas en el presente título serán, salvo pacto en contrario, de aplicación exclusiva a los actos que se efectúen en el país.

Corresponde a CONASEV ejercer el control y la supervisión de las personas naturales y jurídicas que intervengan en los procesos de titulización. El referido organismo público se encuentra, asimismo, facultado a emitir las normas a que deberán sujetar su intervención las personas mencionadas.

Artículo 294°.- Patrimonios de Propósito Exclusivo.- La titulización puede ser desarrollada a partir de los siguientes patrimonios de propósito exclusivo:

Patrimonios fideicometidos, mediante fideicomisos de titulización;

Patrimonios de sociedades de propósito especial; y,

Otros que resulten idóneos, según establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general.

CAPÍTULO II

Activos a Titulizar y su Transferencia a los Patrimonios de Propósito Exclusivo

Artículo 295°.- Activos que pueden ser Titulizados.- Con el objeto de integrar patrimonios de propósito exclusivo, pueden ser transferidos todos aquellos activos y la esperanza incierta a que hace referencia el artículo 1409 del Código Civil, sobre los que su titular pueda disponer libremente.

CONASEV se encuentra facultada para establecer, mediante disposiciones de carácter general, limitaciones a la utilización de determinadas categorías de activos.

Artículo 296°.- Transferencia de Activos.- La transferencia de activos a los patrimonios de propósito exclusivo se efectúa a través de los actos jurídicos que correspondan de acuerdo a su naturaleza.

Tratándose de cesión, ésta puede efectuarse en un acto único, individualizándose cada activo con indicación de sus características. En este caso, con la publicación de la relación de activos cedidos en el Diario Oficial se entiende cumplido el requisito de la comunicación al deudor que establece el artículo 1215 del Código Civil. Puede también el deudor del activo aceptar la cesión por anticipado, en tal supuesto, la misma surtirá efectos desde que se efectúe.

Artículo 297°.- Transferencia por Personas Sujetas a Supervisión y Control Especial.- Las personas jurídicas sujetas a un régimen de control y supervisión especial de algún organismo público, deberán sujetarse a las reglas que éste establezca para la enajenación de conjuntos de activos destinados a procesos de titulización.

Artículo 298°.- Protección a los Inversionistas.- No podrá declararse la nulidad, por simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude del acto por el cual una o más personas naturales o jurídicas constituyen un patrimonio de propósito exclusivo y se obligan a transferir activos para que se incorporen en dicho patrimonio, cuando pudiera derivar en un perjuicio para quienes hubieren suscrito o adquirido los valores por oferta pública, o que, habiéndolos suscrito o adquirido en virtud de

una negociación privada, hubieren obrado de buena fe y pudieran sufrir un perjuicio.

Por tal motivo, no son de aplicación al acto a que se refiere el artículo anterior las disposiciones que establecen la nulidad de los actos celebrados por una persona en proceso de reestructuración, liquidación extrajudicial o declarada en quiebra, contenidas en las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas en los supuestos señalados en el párrafo anterior.

Del mismo modo, en relación al acto a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, la persona o personas obligadas a transferir los activos no podrán, salvo pacto en contrario, solicitar la rescisión por lesión, la resolución o reducción de su prestación por excesiva onerosidad de la misma, ni la resolución por incumplimiento del adquirente del pago de la prestación debida en los supuestos allí señalados.

Queda a salvo el derecho del transferente o de los terceros a ejercer las acciones civiles, administrativas o penales que correspondan.

Artículo 299°.- Criterio para la Determinación del Perjuicio a los Inversionistas.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se ocasiona perjuicio a los suscriptores o adquirentes de los valores cuando deviene en imposible el pago de las prestaciones debidas a los titulares de los valores, se dificulta la posibilidad de efectuar dicho pago, o, en todo caso, se provoque un descenso en la categoría de riesgo asignada.

Artículo 300.- Activos en Poder del Servidor.- El servidor debe mantener en forma separada los activos y los documentos relativos a éstos que tenga en su poder en virtud del servicio prestado.

En el supuesto que dicha persona ingresara en proceso de disolución y liquidación, las entidades que tengan a su cargo la liquidación deberán cuidar de entregar dichos activos y documentos al sustituto que se hubiera designado, de ser el caso, o a quien ejerza la titularidad del patrimonio de propósito exclusivo.

CAPÍTULO III

Constitución de Patrimonios de Propósito Exclusivo

SUB-CAPÍTULO I

Fideicomiso de Titulización

Artículo 301°.- Fideicomiso de Titulización.- En el fideicomiso de titulización una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario. Únicamente las sociedades titulizadoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulización.

La sociedad titulizadora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto, las calidades de fideicomitente y fiduciario. Dichos activos y los frutos y rentas que se deriven de ellos, no podrán regresar al patrimonio de la sociedad titulizadora hasta que se hubiere cumplido con la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, salvo que se hubiere pactado en modo distinto.

La sociedad titulizadora puede tener bajo su dominio a uno o más patrimonios fideicometidos.

Artículo 302°.- Sociedades Titulizadoras.- La Sociedad Titulizadora es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de fiduciario en procesos de titulización, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonios fideicometidos que respalden la emisión de valores mobiliarios.

Las sociedades titulizadoras deben incluir en su denominación social la expresión «Sociedad Titulizadora».

Artículo 303°.- Capital y Patrimonio.- Su capital social mínimo es de setecientos cincuenta mil Nuevos Soles (S/. 750 000) y debe estar íntegramente suscrito y pagado antes de dar inicio a sus actividades.

En ningún caso el patrimonio neto de las sociedades titulizadoras podrá ser inferior al monto del capital social establecido en el párrafo precedente.

Dicho capital mínimo deberá ser incrementado en función al número y monto de los patrimonios sobre los que ejerza el dominio fiduciario, de acuerdo a las normas que para tal efecto dicte CONASEV.

Artículo 304°.- Factor Fiduciario y Comisión Administradora.- Por cada fideicomiso la sociedad titulizadora designa una persona, denominada factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción.

Adicionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, la sociedad titulizadora designa una comisión administradora a cuyas decisiones se somete el factor fiduciario. La sociedad titulizadora será solidariamente responsable con los miembros de la comisión administradora por los actos que se practiquen en ejecución de sus decisiones respecto al patrimonio fideicometido.

Si la existencia de la comisión administradora u órgano equivalente, hubiere sido prevista en el acto constitutivo a instancias del fideicomitente, la responsabilidad solidaria de que trata el párrafo anterior es asumida por éste y no por la sociedad titulizadora.

Artículo 305°.- Impedimentos.- No pueden ser fundadores, directores, gerentes, representantes, factores fiduciarios o miembros de la comisión administradora u órgano equivalente:

- a) Los impedidos por las leyes que les respectan;
- b) Los directores, asesores, funcionarios y demás trabajadores de CONASEV y sus parientes;
- c) Quienes, en cualquier momento, hayan sido condenados por la comisión de un delito;

- d) Quienes hayan sido declarados en quiebra, aunque se haya sobreesido el procedimiento ; o insolventes, en tanto dure esta situación;
- e) Quienes hayan sido destituidos por CONASEV, la Superintendencia, u otro organismo público del cargo de directores, gerentes, o representantes de una empresa sujeta a su control o supervisión.

Artículo 306°.- Obligaciones Especiales.- En virtud del fideicomiso la sociedad titulizadora tiene, además de las señaladas en el acto constitutivo y en la Ley General, las siguientes obligaciones:

- a) Mantener los activos fideicometidos separados de los que integren su patrimonio y de los que corresponden a otros patrimonios fideicometidos;
- b) Convocar a junta de fideicomisarios, cuando lo soliciten los que representen al menos la quinta parte de los derechos respaldados por el patrimonio fideicometido; o para solicitar instrucciones cuando así lo exijan las circunstancias;
- c) Cumplir sus funciones de acuerdo con los términos establecidos en el acto constitutivo;
- d) Elaborar estados financieros propios y de cada patrimonio bajo su administración, con la periodicidad y requisitos que establezca CONASEV;
- e) Las demás que establezca CONASEV.

Artículo 307°.- Supervisión y Control.- Las sociedades titulizadoras se encuentran sujetas al control y supervisión de CONASEV, deben contar con autorización de organización y de funcionamiento expedido por el mencionado organismo público, e inscribirse en el Registro.

De tratarse de subsidiarias de personas jurídicas sujetas a un régimen especial de control y supervisión de algún organismo público distinto a CONASEV, corresponderá a dicho organismo la expedición de la autorización de organización correspondiente.

Corresponde a los citados organismos establecer los requisitos que deberán cumplirse a efectos de obtener las autorizaciones a que se refiere el presente artículo.

Artículo 308°.- Acto Constitutivo del Fideicomiso.- El acto constitutivo del fideicomiso, salvo los supuestos de excepción que establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general, deberá constar en escritura pública, no pudiendo ser modificado sin el previo consentimiento del fideicomisario.

La escritura pública deberá señalar cuando menos:

La finalidad específica para la cual se constituye el fideicomiso, que no podrá ser otra que la de servir de respaldo de una emisión de valores mobiliarios;

- b) La individualización de los activos objeto de transferencia, con indicación de si se encuentran en el patrimonio del transferente o si, por el contrario, se trata de activos ajenos o futuros; en estos últimos supuestos se deberá indicar la parte que asume el riesgo de su adquisición o existencia.

Asimismo, se deberá indicar si los activos se encuentran sujetos a gravámenes, embargos o son materia de controversia o litigio judicial, arbitral o administrativo.

En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los activos;

- c) Modo y plazo de transferencia de los activos que integrarán el patrimonio fideicometido;
- d) Denominación del patrimonio fideicometido;
- e) Los derechos, obligaciones y facultades del fideicomitente, de la sociedad tituladora y del fideicomisario, con determinación de:
- i. Los términos y condiciones de la emisión de los valores a los que servirá de respaldo, en especial lo relativo al derecho de voz y voto entre las diferentes series o clases de valores que se emitan, así como al interior de éstas;
 - ii. La facultad de la sociedad tituladora de delegar determinadas funciones en el fideicomitente o terceros, así como las limitacio-

nes a sus facultades de disposición y administración en relación a los activos que integran el patrimonio fideicometido;

iii. Causales y facultades de decidir la remoción de la sociedad titulizadora; y,

iv. Facultades y procedimiento para la elección del fiduciario sustituto en caso de renuncia, liquidación o remoción de la sociedad titulizadora;

- f) Garantías adicionales que hubiera establecido el fideicomitente, la sociedad titulizadora o terceros, o, en su caso, las que se deberán constituir en ejercicio del dominio fiduciario;
- g) Condiciones o plazos, pudiendo éste último ser indeterminado;
- h) El destino de los activos a la finalización del fideicomiso; y,
- i) Otros que establezca CONASEV.

Artículo 309°.- Inscripción.- Cuando los valores vayan a ser objeto de oferta pública, salvo los supuestos de excepción que establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general, el acto constitutivo deberá ser inscrito en los Registros Públicos.

En relación a cada fideicomiso se deberá inscribir en el Registro Público que corresponda, dentro del plazo de 30 días del otorgamiento de la escritura pública, además del acto constitutivo:

- a) Las modificaciones que se introdujeran al mismo;
- b) Las garantías y demás pactos relativos a los derechos que otorga el fideicomiso;
- c) El nombramiento de las personas que ejerzan el dominio fiduciario en representación de la sociedad titulizadora;
- d) La extinción del fideicomiso; y,
- e) Las demás que se establezcan mediante disposiciones de carácter general.

Artículo 310°.- Patrimonio Fideicometido.- El acto constitutivo, una vez cumplida la forma establecida, genera un patrimonio autónomo,

distinto al patrimonio propio de la sociedad titulizadora, del fideicomitente, del fideicomisario y de la persona designada como destinatario de los activos remanentes del fideicomiso. Sobre dicho patrimonio la sociedad titulizadora ejerce el dominio fiduciario a que se refiere el artículo 313.

Artículo 311°.- Intangibilidad del Patrimonio Fideicometido.- Los activos que integran el patrimonio fideicometido no se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades de las personas señaladas en el artículo anterior.

No obstante, los acreedores del destinatario de los activos remanentes pueden ejercer sus derechos sobre ellos una vez que, habiendo finalizado el fideicomiso, hubieren sido puestos a su disposición en el modo y plazo establecido en el acto constitutivo.

Artículo 312°.- Responsabilidad del Patrimonio Fideicometido.- Los activos que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la sociedad titulizadora contraiga en ejercicio del dominio fiduciario a que se refiere el artículo siguiente, por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo con lo establecido en el acto constitutivo.

No se encuentran afectos a dicho pago, salvo pacto en contrario, los activos que integran el patrimonio propio de la sociedad titulizadora, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.

Artículo 313°.- Dominio Fiduciario.- Sobre el patrimonio fideicometido la sociedad titulizadora ejerce un dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los activos que integran el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

El dominio fiduciario sobre los activos y sus garantías surte efectos frente a terceros desde que la transferencia fiduciaria de los activos y garantías inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y, en los casos de activos y garantías de otra clase, desde que queda

perfeccionada, sea con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley de acuerdo a su naturaleza.

Los registros y demás instrumentos en los que consten los actos que se efectúen en virtud del dominio fiduciario deberán expresar dicha circunstancia, con indicación del patrimonio fideicometido correspondiente.

Si así resultara del acto constitutivo, lo dispuesto en el párrafo anterior es de aplicación a los otros activos adquiridos con los frutos de los activos fideicometidos o con el producto de actos de disposición sobre ellos.

Artículo 314°.- Emisión de Valores Mobiliarios.- Atendiendo a lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, la sociedad tituladora emite valores libremente transferibles representativos de derechos respaldados en el patrimonio fideicometido. Tales valores confieren a su titular la calidad de fideicomisario.

Los derechos a que se refiere el párrafo anterior pueden ser de las siguientes clases:

- a) De contenido crediticio, en los que el principal y los intereses serán pagados con los recursos provenientes del patrimonio fideicometido;
- b) De participación, en los que se confiere a su titular una parte alícuota de los recursos provenientes del patrimonio fideicometido;
- c) Otros, según disponga CONASEV mediante disposiciones de carácter general.

Pueden emitirse valores en los que se combinen los derechos a que se refieren los incisos anteriores.

El patrimonio fideicometido podrá, asimismo, respaldar valores representativos de derechos de crédito emitidos por terceras personas si así se hubiere establecido en el acto constitutivo.

Un patrimonio fideicometido puede respaldar diferentes clases de valores. Cuando se emiten series al interior de cada clase, los valores que integran cada serie deberán conferir iguales derechos, pudiendo establecerse diferencias en los derechos conferidos entre distintas series.

De no establecerse series, los valores al interior de una misma clase deben conferir iguales derechos.

Los valores pueden ser emitidos en forma nominativa o al portador y les son de aplicación, en lo que corresponda, las disposiciones relativas a los títulos valores que establece la Ley N° 16587 y sus modificatorias. Cuando se encuentren representados por anotaciones en cuenta será de aplicación lo dispuesto por el Título VIII de la presente ley.

Cuando se encuentren representados mediante títulos, el título deberá expresar la información que señale CONASEV. Pueden emitirse títulos que representen uno o más valores.

Unicamente en los fideicomisos de titulación pueden emitirse valores mobiliarios respaldados con patrimonios fideicometidos.

Artículo 315°.- Supervisión y Control.- El control y la supervisión de CONASEV se efectúan exclusivamente en relación a los patrimonios fideicometidos cuyos valores sean objeto de oferta pública.

Artículo 316°.- Nulidad de Estipulación Contraria a la Celebración de Juntas de Fideicomisarios.- En el fideicomiso de titulación en el que se haga oferta pública de los valores es nula la estipulación contraria a la obligación de celebrar juntas a que se refiere el artículo 340 de la Ley General.

Los acuerdos relativos a la remoción y a la aceptación de la renuncia de la sociedad tituladora, cuando corresponda, a la designación de representantes y procuradores, así como los relativos a las modificaciones de las cláusulas del fideicomiso deberán adoptarse por fideicomisarios que representen por lo menos la mayoría absoluta de los derechos conferidos por los valores emitidos.

A falta de representante designado, o negativa de la sociedad tituladora, CONASEV, a solicitud de titulares que representen al menos la quinta parte de los derechos respaldados por el patrimonio fideicometido puede efectuar la convocatoria a junta de fideicomisarios.

La sociedad tituladora que tuviera la calidad de fideicomisario se encontrará impedida de ejercer el derecho de voto. Asimismo, las per-

sonas que tengan vinculación con ella se encuentran impedidas de ejercer su derecho de voto cuando se trate de aprobar cuestiones en los que tengan intereses en conflicto con la calidad de tales.

Artículo 317°.- Cesación del Dominio Fiduciario.- El dominio fiduciario de una sociedad titulizadora cesa por:

- a) Renuncia;
- b) Ingresar en proceso de disolución y liquidación; y,
- c) Remoción.

En dichos supuestos, la sociedad titulizadora, o quien tenga a cargo su liquidación, se encuentra obligada a transferir los activos del patrimonio fideicometido al fiduciario reemplazante, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que corresponda.

Transcurrido el plazo que se fije vía reglamentaria sin que se hubiere designado a la persona que asumirá el dominio fiduciario del patrimonio fideicometido, dicha designación corresponderá a CONASEV.

La designación únicamente puede recaer en otra sociedad titulizadora. En los casos que medien circunstancias excepcionales la designación puede recaer en una empresa bancaria, previa autorización de CONASEV.

Artículo 318°.- Renuncia.- La renuncia de la sociedad titulizadora únicamente procederá con la aprobación del fideicomisario y del fideicomitente.

En todos los casos, la renuncia surtirá efectos desde la transferencia del patrimonio fideicometido al nuevo fiduciario.

Es nulo todo pacto contrario a lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 319°.- Disolución y Liquidación.- La disolución y liquidación de la Sociedad Titulizadora sólo afectará a su patrimonio propio y no a los patrimonios fideicometidos que se encontraren bajo su dominio.

Cuando una sociedad titulizadora ingresa en proceso de disolución

y liquidación, corresponde a CONASEV designar a la o las personas que ejercerán la función de liquidador.

Por el valor de los activos perdidos o no identificables del patrimonio fideicometido, se tiene sobre la masa, hasta por el importe de la responsabilidad de la sociedad tituladora, un crédito que deberá ser pagado antes de proceder al pago de los otros de acuerdo al orden de preferencia establecido en la ley.

Artículo 320°.- Remoción.- La facultad de las partes de decidir la remoción de la sociedad tituladora se sujeta a lo establecido en el acto constitutivo.

De no mediar facultad otorgada a los fideicomisarios, o acuerdo de las partes facultadas para decidir la remoción, ésta puede ser determinada por CONASEV, de oficio o a petición de parte, en los casos en que se hubiere comprobado la existencia de dolo o culpa grave.

La solicitud de remoción ante CONASEV podrá ser solicitada por los fideicomitentes, los fideicomisarios que representen al menos la quinta parte de los derechos respaldados por el patrimonio fideicometido, o cualquiera que contara con interés legítimo en los casos en que éstos no lo hicieran.

Artículo 321°.- Insolvencia del Patrimonio Fideicometido.- En caso de insolvencia del patrimonio fideicometido, de no haberse previsto un mecanismo alternativo que salvaguarde los derechos de las partes intervinientes y de los terceros facultados de acuerdo a lo dispuesto por la presente ley a hacer cobro de sus derechos con el patrimonio fideicometido, se deberá seguir, en lo pertinente, las disposiciones establecidas en las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas.

Cuando un patrimonio fideicometido ingrese en proceso de disolución y liquidación, corresponde a CONASEV designar a la o las personas que ejercerán la función de liquidador.

La disolución y liquidación del patrimonio fideicometido no afecta al patrimonio propio de la sociedad tituladora ni a los otros patrimonios sobre los que ejerza dominio fiduciario.

Artículo 322°.- Destino de los Activos a la Extinción del Fideicomiso.-

Una vez producida la extinción del fideicomiso por cumplimiento de su finalidad, el fiduciario estará obligado a entregar los activos fideicometidos al destinatario del remanente del patrimonio extinguido, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que corresponda.

Artículo 323°.- Normas Complementarias.- El fideicomiso de titulización se rige en forma supletoria, en lo que resulte pertinente, por las disposiciones relativas al fideicomiso contenidas en la Ley General. Para tal efecto, las referencias a «banco» o «banco fiduciario», y «Superintendencia» deberán entenderse efectuadas a la sociedad titulizadora y a CONASEV, respectivamente.

No son aplicables a los fideicomisos de titulización las normas contenidas en los artículos 315, primer párrafo, 317, párrafos segundo, tercero y cuarto, 321, párrafos segundo, tercero y cuarto, 325, 328, 329, 330, 331, segundo párrafo, 332 inciso h), 333, 336, 337, inciso b), 340, último párrafo, 342, incisos a) y c), 343, 344, incisos a) segunda parte, e) e i) y 350, último párrafo de la Ley General.

SUB-CAPÍTULO II

De las Sociedades de Propósito Especial

Artículo 324°.- Definición.- Son sociedades de propósito especial las sociedades anónimas cuyo patrimonio se encuentra conformado esencialmente por activos crediticios, y cuyo objeto social limita su actividad a la adquisición de tales activos y a la emisión y pago de valores mobiliarios respaldados con su patrimonio.

Artículo 325°.- Normas Aplicables.- Las sociedades de propósito especial se rigen en primer lugar por lo dispuesto en la presente ley, y en lo que corresponda por las normas aplicables a las sociedades anónimas.

Artículo 326°.- Supervisión y Control.- Las sociedades de propósito especial se encuentran sujetas al control y supervisión de CONASEV y deben inscribirse en el Registro cuando los valores que emitan sean o vayan a ser objeto de oferta pública.

Artículo 327°.- Reglas Especiales Aplicables.- Rigen para la constitución de las sociedades de propósito especial las siguientes reglas:

- a) Para su constitución no es exigible la pluralidad de accionistas;
- b) Sus estatutos deben contener lo siguiente:
 - i. Su denominación o razón social debe incluir la expresión «Sociedad de propósito especial»;
 - ii. Su objeto social debe señalar que su actividad se limita a la adquisición de activos crediticios y la emisión de valores mobiliarios, no pudiendo efectuar otras actividades que no se encuentren directamente relacionadas a éste fin, ni captar recursos del público;
 - iii. Se debe señalar clara y precisamente la determinación de la clase de activos crediticios que podrán ser adquiridos por la sociedad;
 - iv. Las normas relativas a la distribución de utilidades deberán indicar las limitaciones que se pudiera establecer en la repartición de dividendos;
 - v. El régimen de la administración deberá incluir las limitaciones y responsabilidades a que se sujetan los administradores de la sociedad en su actuar, así como la facultad de los titulares de los valores que emita, de designar a por lo menos uno de los miembros de los órganos de administración con que contare.

Artículo 328°.- Impedimentos.- Son aplicables a los fundadores, directores, gerentes y representantes de las sociedades de propósito especial los impedimentos señalados en el artículo 305.

Artículo 329°.- Prohibición de Modificar su Objeto Social.- En las sociedades de propósito especial la junta general de accionistas, o el órgano social que corresponda, no puede, salvo disposición en contrario, modificar su objeto social si no cuenta con la previa aprobación de los titulares de los valores que hubiere emitido por oferta pública. Las modificaciones que se pudieran introducir deberán enmarcarse dentro de lo dispuesto en el artículo 324 de la presente ley.

Artículo 330°.- Sociedad de propósito especial controlada por el

originador.- Cuando la sociedad de propósito especial estuviese totalmente controlada por el originador, se deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Por lo menos uno de los miembros de cada órgano colegiado debe ser persona independiente, no vinculada al originador;
- b) La sociedad no podrá solicitar su declaración de insolvencia sin contar con el voto aprobatorio de la persona independiente no vinculada del órgano colegiado que corresponda;
- c) Sus registros y estados financieros deben ser llevados por personas independientes no vinculadas al originador.

Artículo 331°.- Obligación de conservación de libros y demás documentos.- En las sociedades de propósito especial, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 49 del Código de Comercio, el plazo por el que los liquidadores conservarán los libros y documentos de la sociedad se extenderá a un (1) año luego de su liquidación.

Artículo 332°.- Designación de liquidador en caso de disolución y liquidación.- Cuando una sociedad de propósito especial entra en proceso de disolución y liquidación como consecuencia de su declaración de insolvencia, corresponde a CONASEV designar a la persona que ejercerá las funciones de liquidador.

CAPÍTULO IV

De la Oferta de Valores Respaldados en los Patrimonios de Propósito Exclusivo

Artículo 333°.- Normas aplicables a la oferta pública de los valores.- Los valores respaldados por los patrimonios de propósito exclusivo pueden ser objeto de oferta pública u oferta privada.

Cuando los valores vayan a ser objeto de oferta pública se deberá seguir lo establecido en el Título III de la presente ley. Son asimismo de aplicación las demás normas relativas a la oferta pública de valores mobiliarios.

Artículo 334°.- Normas especiales en la emisión de títulos de deuda.-

No es de aplicación a la emisión de títulos representativos de deuda respaldados por patrimonios de propósito exclusivo las disposiciones de los artículos 89 y 91 de la presente ley.

Artículo 335°.- Subordinación de la prestación debida.- En relación a los valores respaldados por un patrimonio de propósito exclusivo, cuando así se hubiere acordado, es posible subordinar el pago de la prestación debida a sus titulares al previo pago de otra obligación presente o futura respaldada por el mismo patrimonio de propósito exclusivo.

La subordinación a que se refiere el párrafo anterior mantiene su vigencia en caso de liquidación del patrimonio de propósito exclusivo.

Artículo 336°.- Disposiciones sobre patrimonios y agentes en la titulización.- Las disposiciones contenidas en la presente ley relativas a los emisores de valores son de aplicación, en los casos que corresponda, a los patrimonios de propósito exclusivo, al servidor, al originador y al mejorador.

Corresponde a CONASEV dictar las normas correspondientes para la debida aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 337°.- Régimen de clasificación de riesgo.- Para los fines de la clasificación de riesgo de los valores mobiliarios emitidos dentro de un proceso de titulización, las clasificadoras deberán efectuar la clasificación en análisis del patrimonio de propósito exclusivo que les sirve de respaldo, así como la calidad de la estructura de titulización empleada, con sujeción a lo que disponga CONASEV mediante disposiciones de carácter general.

Artículo 338°.- Incompatibilidad en la clasificación de riesgo.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título X de la presente ley, una clasificadora no puede asumir la clasificación de los valores emitidos dentro de un proceso de titulización cuando se la considere relacionada o tenga interés con el originador o el mejorador.

De igual manera, los miembros del Comité de Clasificación, los gerentes y funcionarios responsables de la conducción de los estudios de clasificación, que tengan interés o estén relacionados con tales personas, deben abstenerse de participar en el correspondiente proceso de clasificación.

A dicho fin, CONASEV mediante disposiciones de carácter general dispondrá los supuestos en los que se considere que la clasificadora está relacionada o tenga interés en el originador o el mejorador.

Artículo 339°.- Obligación de mantener actualizada la clasificación de riesgo.- Atendiendo a la estructura de titulación empleada, las clasificadoras contratadas deben mantener actualizados los análisis de las actividades y de la situación financiera del originador, el emisor y el mejorador, según corresponda, valiéndose para ello de la información indispensable, pública o reservada, guardando en su caso la confidencialidad debida.

RESOLUCIÓN N° 001-97-EF-94.10**REGLAMENTO DE LOS PROCESOS****DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS****(PUBLICADO EL 9 DE ENERO DE 1997****EN EL DIARIO OFICIAL «EL PERUANO»)**

Corresponde a CONASEV ejercer el control y la supervisión de las personas naturales y jurídicas que intervengan en los procesos de titulación. El referido organismo público se encuentra, asimismo, facultado a emitir las normas a que deberán sujetar su intervención las personas mencionadas.

- Título I : Disposiciones Generales**
- Capítulo I : Normas Generales a los Procesos
- Capítulo II : Activos a Titular y su Transferencia a los Patrimonios de Propósito Exclusivo
- Título II : Fideicomiso de Titulación**
- Capítulo I : Normas Generales
- Capítulo II : Fiduciarios en los Fideicomisos de Titulación
- Subcapítulo I : Normas Generales
- Subcapítulo II : Autorizaciones de Organización y Funcionamiento
- Subcapítulo III : Obligaciones y Limitaciones
- Subcapítulo IV : Régimen de Control y Supervisión

- Capítulo III : Patrimonios Fideicometidos
- Subcapítulo I : Normas Generales
- Subcapítulo II : Disposiciones Varias
- Título III : Sociedades de Propósito Especial**
- Capítulo I : Normas Generales
- Capítulo II : Disposiciones Varias
- Título IV : Oferta de Valores Emitidos en Virtud de Procesos de Titulización**
- Capítulo I : Oferta Pública
- Subcapítulo I : Valores Emitidos en los Fideicomisos de Titulización
- Subcapítulo II : Valores Emitidos por Sociedades de Propósito Especial
- Capítulo II : Obligaciones Derivadas de la Inscripción del Valor en el Registro
- Subcapítulo I : Normas Generales
- Subcapítulo II : Aplicación de las Normas de la Ley del Mercado de Valores Relativas a los Emisores de Valores
- Capítulo III : Clasificación de Riesgo
- Disposiciones Finales
- Anexo : Información Financiera y Pautas para su Presentación

TÍTULO I Disposiciones Generales

CAPÍTULO I Normas Generales a los Procesos

Artículo 1°.- Finalidad. Es finalidad de la Ley y del presente Reglamento otorgar a los agentes de la economía la posibilidad de optar por utilizar la estructura de titulización que mejor satisfaga sus objetivos y necesidades financieras.

Artículo 2°.- Términos. Para los efectos del presente Reglamento, los términos a que se refieren los artículos 8° y 292 de la Ley del Mercado de Valores tienen el mismo significado que los señalados en dicha norma. Adicionalmente, las referencias a sociedades extranjeras deben entenderse efectuadas a las personas jurídicas constituidas en el extranjero.

El vocablo «Ley» deberá entenderse referido a la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861.

Salvo mención en contrario, las referencias a artículos determinados deben entenderse efectuadas a los correspondientes al presente reglamento.

Artículo 3°.- Normas aplicables y régimen de supervisión y control. Conforme a lo dispuesto en el artículo 293 de la Ley, en los procesos de titulización que se efectúen parcialmente en el territorio nacional, las partes pueden acordar someter a las disposiciones de la Ley las relaciones jurídicas vinculadas a un ordenamiento extranjero, cuando ello sea permitido por las normas aplicables.

En el supuesto a que se refiere el párrafo anterior, la labor de control y supervisión de CONASEV, en cuanto corresponda, se limita a aquellos procesos de titulización en que los valores a respaldar sean objeto de oferta pública en el territorio nacional.

Artículo 4°.- Patrimonios de propósito exclusivo. En tanto no se dicten las normas pertinentes, únicamente pueden estructurarse procesos de titulización a partir de los patrimonios de propósito exclusivo señalados en los incisos a) y b) del Artículo 294 de la Ley.

Los patrimonios de otra índole como los fondos mutuos o los fondos de inversión se rigen por las disposiciones que les son propias.

CAPÍTULO II

Activos a Titulizar y su Transferencia a los Patrimonios de Propósito Exclusivo

Artículo 5°.- Activos no susceptibles de ser titulizados. No es permitida la utilización de las siguientes categorías de activos, en procesos de titulización, cuando los valores a respaldar vayan a ser objeto de oferta pública en el territorio nacional:

- a) Los embargados;
- b) Los sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Artículo 6°.- Requisitos de la publicación relativa a la cesión de derechos. La publicación a que se refiere el artículo 296 de la Ley deberá efectuarse durante tres (3) días consecutivos.

Su contenido deberá permitir a las partes involucradas y al público en general identificar plenamente los activos que sean objeto de cesión, e incluir el nombre del cedente y el cesionario.

Artículo 7°.- Aplicación de las normas de protección a los inversionistas. Dada la inherente función de financiamiento que subyace a todo proceso de titulización, las disposiciones contenidas en el artículo 298 de la Ley únicamente serán de aplicación cuando los valores hayan sido colocados o transferidos a título oneroso a los inversionistas.

Las disposiciones de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845 a que se refiere el segundo párrafo del indicado Artículo 298, son las contenidas en los artículos 19 y 69 de la citada norma.

TÍTULO II Fideicomisos de Titulización

CAPÍTULO I Normas Generales

Artículo 8°.- Términos. En el fideicomiso de titulización, el fideicomitente es el originador a que se refiere el inciso d) del artículo 292 de la Ley. Asimismo, el patrimonio de propósito exclusivo a que se refiere el inciso e) del referido artículo es el patrimonio fideicometido.

Artículo 9°.- Procesos a estructurar a partir de fideicomisos de titulización. En virtud de lo dispuesto en el Artículo 295 de la Ley, y sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 5 del presente reglamento, pueden estructurarse a partir de un fideicomiso de titulización, sin que la enumeración sea limitativa, procesos tales como los siguientes:

- a) Titulización de carteras de créditos y de otros activos generadores de un flujo de efectivo, creados o no al momento de la celebración del acto constitutivo;
- b) Aquellos en que se transfiere uno o más bienes inmuebles para que integren el patrimonio fideicometido, y cuya explotación comercial o liquidación respaldará el pago de los valores a emitir;
- c) Los estructurados para el desarrollo de proyectos específicos, en los que el patrimonio fideicometido se encuentra integrado por los diseños, estudios técnicos y demás medios y activos para el desarrollo de un proyecto, con cuyos frutos y productos se respaldará el pago de los valores que se proyecta emitir;
- d) Aquellos destinados a financiar obras de infraestructura y servicios públicos, en que los valores a emitir se encuentran respaldados por el flujo de efectivo que éstos generen en el futuro, el mismo que es cuantificado con base en información estadística de años anteriores o con apoyo en proyecciones de años futuros;
- e) Aquellos en los que se transfieran otros activos a fin de servir de respaldo a los valores a emitir.

Artículo 10°.- Acto constitutivo del fideicomiso. El acto constitutivo

del fideicomiso de titulización es aquel contrato entre el o los fideicomitentes y el o los fiduciarios, o el acto unilateral de la sociedad tituladora, celebrado con el objeto señalado en el artículo 301 de la Ley.

A dicho acto constitutivo se adhiere el o los inversionistas al suscribir o adquirir los valores que se emitan con respaldo en el patrimonio fideicometido, obteniendo al mismo tiempo la calidad de fideicomisario.

Dicho acto no podrá ser modificado, cuando afecte los derechos de los fideicomisarios, ni resuelto sin el previo consentimiento éstos, de conformidad con lo establecido en el acto constitutivo. Las modificaciones que afecten los derechos de una clase o serie de valores específica deberá contar con la previa aprobación de la junta especial de fideicomisarios que corresponda.^(*) Rectificado por FE DE ERRATAS, publicado el 10.01.97

Cuando se pretenda la constitución de varios fideicomisos en virtud de un acto que establezca disposiciones comunes a todos ellos, la exigencia de información a que se refiere el artículo siguiente deberá ser satisfecha conjuntamente por el instrumento que lo recoja y por el correspondiente al acto complementario por el que se constituya a cada fideicomiso. En tal supuesto, son también exigibles a dichos instrumentos los requisitos a que se refieren los Artículos 12 y 13 siguientes, en lo pertinente.

Artículo 11º.- Contenido del acto constitutivo. El instrumento que contenga el acto constitutivo del fideicomiso deberá expresar la información mínima señalada en el artículo 308 de la Ley, con sujeción a lo siguiente:

- a) Deberá identificar e indicar los datos relevantes del fideicomitente o fideicomitentes, fiduciario o fiduciarios, y del o de los destinatarios de los activos remanentes al fideicomiso, en especial aquello que revista importancia respecto de la situación jurídica y financiera del o de los fideicomitentes;
- b) Deberá expresar las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del fideicomiso;
- c) En relación a los activos, deberá señalarse todas aquellas características que sean de relevancia para los inversionistas;

- d) De ser el caso, se expresará la posibilidad y el régimen para la sustitución de activos o adquisición de nuevos para integrar el patrimonio fideicometido;
- e) La denominación del patrimonio deberá acompañar la expresión «patrimonio en fideicomiso - D. Leg. N° 861, Título XI»;
- f) Deberá señalar las limitaciones relativas a los derechos, obligaciones y facultades de las partes;
- g) Se señalará el régimen de emisión, registro, transferencia, derechos que confieren y pago de los valores a respaldar;
- h) De ser el caso, se indicará la posibilidad que el patrimonio fideicometido respalde posteriores emisiones de valores, expresando las condiciones a que deberá sujetarse la emisión de los mismos;
- i) Deberá expresar las subordinaciones y preferencias que se establezcan en favor de determinadas clases o series de valores;
- j) En caso de que los valores sean colocados por oferta privada, se debe señalar si se otorga a sus titulares la facultad de efectuar una posterior oferta pública de los mismos, supuesto en el cual será de aplicación lo establecido en el último párrafo del Artículo 43;
- k) Se debe señalar las condiciones a que se sujetará el nombramiento del factor fiduciario y, de ser el caso, de los miembros de la comisión administradora u órgano equivalente, indicando quien asume la responsabilidad solidaria a que se refiere el Artículo 304 de la Ley;
- l) Deberá expresar las condiciones a que se sujetará, de ser el caso, la delegación de las funciones de la sociedad tituladora tales como custodia, administración del cobro de los activos, entre otras, señalando especialmente lo relativo a las retribuciones que corresponda abonar;
- m) Si así se dispusiera, la designación de un representante de los fideicomisarios y/o establecimiento de mecanismos de control del cumplimiento de lo pactado en el acto constitutivo;
- n) Se señalará asimismo lo relativo a la rendición de cuentas a efectuar;

- o) Se indicará el monto de los costos y gastos que serán asumidos con los activos que integran el patrimonio fideicometido;
- p) Se expresarán las condiciones y características que deberá reunir el fiduciario reemplazante en caso de cese del dominio fiduciario de la sociedad titulizadora;
- q) Se señalará el mecanismo para la liquidación del patrimonio fideicometido, incluyendo el caso de insolvencia y contemplando a las partes y a los terceros que puedan tener un crédito a cargo del patrimonio fideicometido.

Artículo 12°.- Inscripción del acto constitutivo en los Registros Públicos. El acto constitutivo relativo a cada patrimonio fideicometido se inscribe en la ficha registral correspondiente a la sociedad titulizadora que ejerce dominio fiduciario sobre éste, en caso que los valores a respaldar vayan a ser objeto de oferta pública. Dicha inscripción es facultativa en el caso que se trate de valores que vayan a ser ofrecidos privadamente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta al cumplimiento del requisito de inscribir en los Registros Públicos la transferencia fiduciaria de los activos registrables, o cumplir con los actos que requiera su naturaleza, a efectos de lograr oponibilidad frente a terceros.

De acuerdo con la Ley N° 26366, corresponde a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos la emisión de las normas registrales aplicables en relación a lo establecido en el Artículo 309 de la Ley.

Artículo 13°.- Excepciones al requisito de escritura pública. Se exceptúa del requisito de escritura pública establecido en el Artículo 308 de la Ley en los siguientes supuestos:

- a) En caso que el acto constitutivo requiera de inscripción en los Registros Públicos, cuando se utilice el formulario registral a que se refiere el Artículo 2010 del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N° 836;
- b) En los demás casos, cuando ninguno de los activos, de acuerdo a su naturaleza, requiera de dicha formalidad para su transferencia.

Artículo 14°.- Fideicomisos de respaldo al pago de valores representa-

tivos de crédito emitidos por terceras personas. Los fideicomisos a que se refiere el cuarto párrafo del Artículo 314 de la Ley, son aquellos en los que únicamente las sociedades tituladoras o las sociedades extranjeras que se adecuen a lo dispuesto en el Artículo 17 se encuentran facultados a ejercer la labor de fiduciario, el patrimonio fideicometido sirve de respaldo al pago de valores representativos de derechos de crédito emitidos por personas distintas al fiduciario, y los fideicomisarios son los titulares de dichos valores.

El pago de los derechos de crédito que confieren los valores a que se refiere el párrafo anterior podrá, siempre que así se establezca en el acto constitutivo del fideicomiso:

- a) Encontrarse respaldado por los activos que integran el patrimonio fideicometido y el patrimonio del emisor, en cuyo caso son aplicables a la emisión, en primer lugar, las disposiciones relativas a la emisión de obligaciones de la Ley de Sociedades y, supletoriamente, las establecidas por la Ley y el presente Reglamento, en lo que corresponda;
- b) Encontrarse respaldado únicamente por los activos que integran el patrimonio fideicometido y no con los del patrimonio del emisor, caso en el que son de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley y el presente reglamento, en lo que sea pertinente.

Artículo 15°.- Contenido de los títulos. Cuando los valores a emitir vayan a ser representados mediante títulos, éstos deberán incluir lo siguiente:

- a) Denominación social y domicilio del emisor;
- b) Denominación social y domicilio del fiduciario;
- c) Identificación del patrimonio fideicometido que les sirve de respaldo;
- d) Clase y serie correspondiente al valor, su carácter nominativo o al portador, subordinado o privilegiado, señalando las condiciones de la subordinación o el privilegio, de ser el caso;
- e) Número correlativo y cantidad de valores que representa el título;
- f) Garantías y/u otros beneficios otorgados por terceros, en su caso;

- g) Plazo de vigencia del fideicomiso;
- h) En caso que los valores incorporen derechos crediticios, monto de la emisión y de los valores crediticios emitidos, valor nominal, interés, vencimiento, modo y lugar de pago;
- i) En caso que los valores incorporen derechos de participación, determinación del derecho que confieren y medida de participación en el mismo;
- j) Fecha y número de la Resolución CONASEV mediante la cual se inscriben los valores en el Registro, de ser el caso;
- k) Datos relativos a la escritura pública y/o inscripción en los Registros Públicos del acto constitutivo, de ser el caso;
- l) Normas aplicables a su emisión;
- m) Firma del factor fiduciario y del representante del emisor, en el caso señalado en el inciso b) del segundo párrafo del artículo anterior;
- n) La leyenda: «Los bienes de (denominación de la sociedad titulizadora) , fiduciario en el fideicomiso en virtud del cual se emiten estos valores no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. Tales obligaciones, incluyendo las relativas a los valores representados por el presente título, serán pagadas exclusivamente con los activos del patrimonio fideicometido (denominación del patrimonio fideicometido) , conforme se dispone en los artículos 312 y 314 de la Ley del Mercado de Valores, y con las garantías adicionales que se hubiere establecido.»;
- o) En el reverso, una síntesis de cada uno de los restantes aspectos relativos al fideicomiso que, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 308 de la Ley y 11 del presente Reglamento, deben ser expresados en el acto constitutivo.

En el caso del inciso b) del segundo párrafo del artículo anterior la leyenda siguiente deberá incluirse en lugar de la indicada en el inciso n) del párrafo precedente: «Los bienes de (denominación de la sociedad titulizadora) , fiduciario, y de (denominación del emisor) , emisor, en virtud del fideicomiso por el que se emiten estos valores, no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del mismo. Tales

obligaciones, incluyendo las relativas a los valores representados por el presente título, serán pagadas exclusivamente con los activos del patrimonio fideicometido (denominación del patrimonio fideicometido), conforme se dispone en los artículos 312 y 314 de la Ley del Mercado de Valores, y con las garantías adicionales que se hubiere establecido.».

Artículo 16°.- Normas supletorias. En virtud de lo dispuesto en la Octava disposición transitoria de la Ley, entiéndase que es de aplicación a los fideicomisos de titulización, en lo pertinente, las disposiciones relativas al fideicomiso contenidas en la Ley General, con excepción de las establecidas en los artículos 242, párrafos primero y segundo, 244, párrafos segundo, tercero y cuarto, 250, párrafos segundo, tercero y cuarto, 251, 255, párrafo segundo, 257, 261, numeral 2, 243, numeral 1, 268 y 269 numerales 1, segunda parte, 5 y 9. (*)Rextificado por FE DE ERRATAS, publicado el 10.01.97

CAPITULO II

Fiduciarios en los Fideicomisos de Titulización

SUBCAPÍTULO I

Normas Generales

Artículo 17°.- Personas autorizadas a ejercer funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización. Además de las sociedades titulizadoras, pueden ejercer funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización aquellas sociedades extranjeras que constituyan sucursales en el país con el objeto exclusivo de realizar actividades propias de las sociedades titulizadoras, que asignen a tales sucursales un capital no menor al señalado en el Artículo 303 de la Ley y en el siguiente, y que se obliguen a mantener tales recursos en el país durante la existencia de la sucursal.

Son aplicables a tales personas las disposiciones relativas a las sociedades titulizadoras, en cuanto corresponda.

Artículo 18°.- Capital. El capital mínimo a que se refiere el Artículo 303 de la Ley:

a) Deberá ser aumentado a razón de cinco décimos del uno por ciento

(0,5%) del valor total de los activos de cada patrimonio fideicometido sujeto a su dominio;

- b) No podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de sus pasivos;
- c) No podrá ser inferior al doble de las garantías que hubiere otorgado;
- d) Es de valor constante y se actualiza anualmente, al cierre de cada ejercicio, en función al Índice de Precios al por Mayor a nivel nacional que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática, para lo cual se considera como base del referido índice el número arrojado para el mes de enero de 1996.

El patrimonio neto no podrá ser inferior al capital mínimo determinado en función a lo dispuesto en el presente Artículo.

SUBCAPÍTULO II

Autorizaciones de Organización y Funcionamiento

Artículo 19°.- Solicitud de autorización de organización. A fin de obtener la autorización para la organización de una Sociedad Titulizadora, los organizadores deberán presentar una solicitud con el siguiente contenido:

- a) En relación a los organizadores que sean personas naturales: Nombre, nacionalidad, documento de identidad, profesión u ocupación y domicilio;
- b) En relación a los organizadores que sean personas jurídicas: Razón o denominación social, domicilio, objeto social, así como el número de Registro Único del Contribuyente, datos de constitución e inscripción en los Registros y la relación de los socios que cuenten con una participación superior al cinco por ciento (5%) en su patrimonio, cuando sean aplicables. Asimismo, deberá especificarse el nombre, nacionalidad, documento de identidad, profesión u ocupación y domicilio de los representantes legales de tales personas jurídicas;
- c) La denominación de la sociedad que se pretende constituir;
- d) Información detallada sobre las operaciones y servicios que se propone sean realizadas por la sociedad;

- e) El lugar en que funcionará la sede principal de la sociedad;
- f) El monto del capital con el que se propone iniciar las operaciones, así como el nombre o la denominación de las personas que vayan a suscribir dicho capital y su participación en el mismo;
- g) El nombre y domicilio del representante de los solicitantes, encargado de coordinar las acciones conducentes a obtener la autorización requerida ante CONASEV.

La solicitud de las sociedades extranjeras que se propongan establecer sucursales para ejercer las funciones de fiduciarios en procesos de titulación, así como las demás actividades propias de las sociedades tituladoras, deberá incluir:

- a) Denominación de la sociedad solicitante y su sede social;
- b) Nombre, nacionalidad, documento de identidad, profesión u ocupación y domicilio del representante designado para el Perú;
- c) El monto del capital que será asignado a la sucursal;
- d) La información señalada en los incisos d) y e) del párrafo anterior, pero referidas a la sucursal.

Artículo 20°.- Documentación sustentatoria. Para efecto de lo establecido en el Artículo anterior, la solicitud que se especifica en el mismo deberá estar acompañada de la siguiente documentación :

- a) Curriculum Vitae de cada uno de los organizadores, si estos fueren personas naturales, y Curriculum Vitae de los representantes legales, si los organizadores fueren personas jurídicas;
- b) Declaración Jurada de los organizadores, que sean personas naturales, y de los representantes legales, de los organizadores que sean personas jurídicas, de no encontrarse sujetos a los impedimentos dispuestos en el Artículo 305 de la Ley;
- c) Toda otra información o documentación que de modo expreso solicite CONASEV.

Asimismo, la solicitud de autorización para la organización de una

sucursal de entidad extranjera, señalada en el Artículo anterior, deberá ser acompañada de la siguiente documentación:

- a) Curriculum Vitae del representante designado para el Perú;
- b) Declaración Jurada de dicho representante de no encontrarse sujeto a los impedimentos dispuestos en el Artículo 305 de la Ley;
- c) Toda otra información o documentación que de modo expreso solicite CONASEV.

Artículo 21°.- Aviso al público. A partir del día siguiente de presentada la solicitud de autorización de organización con los requisitos señalados en el Artículo precedente, los organizadores deberán publicar un aviso en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional haciendo saber que han presentado la mencionada solicitud. Dicho aviso incluirá la información a que se refiere el Artículo 19 y la convocatoria al público en general para que, en un plazo de siete (7) días contados a partir del día siguiente de la publicación, se formulen objeciones fundamentadas a la formación de la sociedad o a las personas que la organizan.

Dentro del plazo señalado para la recepción de las objeciones mencionadas, los organizadores deberán remitir a CONASEV copia del aviso a que se refiere el presente Artículo.

Artículo 22°.- Otorgamiento automático de la autorización. Finalizado el plazo señalado en el Artículo precedente sin que se hubiera presentado objeción alguna se entenderá automáticamente concedida la autorización de organización.

Cuando CONASEV formule observaciones referidas al suministro de mayor información o a la adecuación de la solicitud a lo establecido en el presente Reglamento, así como en el caso en que se hubieran presentado objeciones fundamentadas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 21, el mencionado plazo se extenderá en tantos días como demore la sociedad en absolver los requerimientos que CONASEV le comunique por escrito. Concluido el procedimiento, CONASEV dirigirá una comunicación escrita a quien representa a los organizadores autorizando o denegando la solicitud respectiva.

La autorización de organización da mérito para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución de la sociedad titulizadora o de creación de sucursal de la sociedad extranjera.

Artículo 23°.- Vigencia de la autorización de organización. La autorización de organización tendrá una vigencia improrrogable de un año.

No obstante lo anterior, CONASEV podrá, por razón fundamentada, revocar la autorización de organización concedida.

De producirse algún cambio en la información proporcionada durante el proceso de autorización o la vigencia de la misma, los solicitantes deberán efectuar la actualización correspondiente, dentro de los siete (7) días de producido, y publicar este hecho en los términos señalados en el Artículo 21.

Artículo 24°.- Solicitud de autorización de funcionamiento. Una vez autorizada la organización de la sociedad titulizadora o la creación de sucursal de sociedad extranjera, podrá solicitarse a CONASEV la correspondiente autorización de funcionamiento, acompañando a dicha solicitud los siguientes documentos:

- a) La escritura pública de constitución social o de creación de sucursal, la cual deberá guardar correspondencia total con la información proporcionada con anterioridad, de ser el caso;
- b) Los manuales de organización y funciones y sus normas operativas y de delegación de facultades;
- c) Nómina de los directores, gerentes y demás administradores, acompañada de los respectivos Curriculum Vitae y las declaraciones juradas respectivas de no encontrarse incurso en los impedimentos señalados en el Artículo 305 de la Ley;

Asimismo, se deberá acreditar, a satisfacción de CONASEV, mediante la presentación de informe favorable de una reconocida sociedad auditora, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Contar con mecanismos de control interno adecuado y condiciones de seguridad y equipamiento de la sede necesarias para el desarrollo de sus actividades;

- b) Contar con el personal administrativo y técnico adecuado para la realización de las labores;
- c) Tener debidamente abiertos los libros contables y demás registros legales, sin perjuicio de los otros que exija CONASEV;

Sobre la base de la información proporcionada, CONASEV deberá aprobar o denegar la autorización de funcionamiento en un plazo máximo de veinte (20) días, contados a partir del día siguiente de presentada la solicitud. Sin perjuicio de ello, CONASEV se encuentra facultada a solicitar ampliaciones y explicaciones sobre la información presentada, tiempo durante el cual se interrumpirá el plazo señalado.

Satisfechos los requerimientos, CONASEV dispone de cinco (5) días para emitir la Resolución autoritativa.

Artículo 25°.- Inscripción en los Registros Públicos y exhibición de la autorización. El otorgamiento de la autorización de funcionamiento da mérito para la inscripción de la escritura pública correspondiente a la constitución de la sociedad o a la creación de la sucursal en los Registros Públicos.

La Resolución de autorización de funcionamiento deberá ser exhibida permanentemente en la oficina principal de la sociedad titulizadora o sucursal de sociedad extranjera, en lugar visible al público.

Artículo 26.- Vigencia de la autorización de funcionamiento. La autorización de funcionamiento es de vigencia indefinida, salvo el caso de cancelación.

SUBCAPÍTULO III Obligaciones y Limitaciones

Artículo 27°.- Obligaciones adicionales. Además de las obligaciones señaladas en la Ley General y en el Artículo 306 de la Ley, la sociedad titulizadora se encuentra obligada a:

- a) Procurar el perfeccionamiento y oponibilidad de las transferencias fiduciarias de los activos que integran los patrimonios fideicom-

- tidos sujetos a su dominio, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo;
- b) Adoptar todas las medidas necesarias para conservar, proteger y defender su derecho como fiduciario en relación a los activos que integran el patrimonio fideicometido;
 - c) Elaborar estados financieros propios y por cada patrimonio bajo su dominio, con periodicidad no mayor al trimestre y, sin perjuicio de la obligación de rendir cuentas a que se refiere el inciso h), ponerlos a disposición del o de los fideicomitentes, del o de los fideicomisarios y del o de los destinatarios del activo remanente;
 - d) Mantener cuentas bancarias separadas por cada patrimonio fideicometido sujeto a su dominio;
 - e) Llevar un registro por cada fideicomiso que tenga bajo su dominio en el que consten los actos que celebre en relación a los activos que lo integran y, en general, en virtud del dominio fiduciario;
 - f) Contratar los servicios de sociedades auditoras para la fiscalización y revisión periódica de las operaciones relativas a los activos que integran los patrimonios fideicometidos que se encuentran bajo su dominio, según los términos del acto constitutivo;
 - g) Velar porque el fideicomiso no sea utilizado como un medio para perjudicar los intereses de los acreedores del fideicomitente o de terceros u obtener beneficios indebidos;
 - h) Rendir cuentas a las personas que se señale en el acto constitutivo y de acuerdo a las normas que se establezca en el mismo;
 - i) Remitir la información y documentación que le requiera CONASEV así como brindar facilidades para el desempeño de sus labores de fiscalización, control y supervisión.

Artículo 28°.- Limitaciones. Adicionalmente a las limitaciones impuestas en el acto constitutivo relativo a cada fideicomiso, las sociedades tituladoras se encuentran impedidas de otorgar garantías genéricas o específicas con los activos que integran su patrimonio, salvo las que establezcan en relación con los patrimonios fideicometidos que tengan o

vayan a tener bajo su dominio y hasta el límite señalado en el inciso c) del Artículo 18.

Asimismo, las sociedades titulizadoras se encuentran impedidas de adquirir activos que no puedan ser objeto de titulización de acuerdo a lo establecido en el Artículo 5°.

SUBCAPÍTULO IV **Régimen de Control y Supervisión**

Artículo 29°.- Presentación de información. Sin perjuicio de las obligaciones relativas a su rol de fiduciario a que se refiere el Artículo 27, las sociedades titulizadoras, deberán remitir a CONASEV lo siguiente:

- a) Estados financieros trimestrales y anuales, estos últimos auditados, de la sociedad titulizadora;
- b) Sus indicadores financieros trimestrales;
- c) Memoria anual;
- d) Comunicación de toda modificación de estatutos, dentro del día siguiente de adoptado el acuerdo, adjuntándose copia del acta correspondiente al mismo;
- e) Comunicación de cambios en la plana directoral, gerencial y de representantes, dentro de los dos (2) días de efectuada la designación correspondiente, debiéndose adjuntar la copia del instrumento acreditativo y el Curriculum Vitae y declaración jurada correspondiente de no estar sujeto a impedimentos de la persona designada;
- f) Comunicación del nombre de las personas que cuenten o adquieran un porcentaje superior al cinco por ciento (5%) de participación en su capital, dentro de los dos (2) días de conocida la transferencia;
- g) Comunicación de la celebración de fideicomisos de titulización en los que los valores vayan a ser objeto de oferta privada, dentro de los dos (2) días de celebrado el acto constitutivo o de cumplida la formalidad requerida, debiéndose adjuntar copia del mismo;

- h) Garantías que prestare en favor de patrimonios fideicometidos sujetos a su dominio, dentro del día siguiente a su otorgamiento;
- i) Toda otra información que le requiera CONASEV.

En el caso de sociedades extranjeras autorizadas a actuar como sociedades titulizadoras a través de sucursal, se deberá presentar lo siguiente:

- a) La información relativa a la sucursal que se señala en el párrafo anterior, en cuanto corresponda, a excepción de la contenida en el inciso f);
- b) La información relativa a la sociedad extranjera, en cuanto corresponda, señalada en los incisos a), b), c), d), f) e i).

La información señalada en el inciso b) del párrafo anterior deberá ser presentada en los mismos plazos establecidos para la entrega de la información financiera relativa a la sucursal, pudiendo presentarse de acuerdo a las normas contables generalmente aceptadas en su país de origen. En circunstancias excepcionales CONASEV podrá autorizar la presentación de dicha información en plazos distintos a los antes señalados previa solicitud fundamentada en tal sentido.

CAPÍTULO III Patrimonios Fideicometidos

SUBCAPÍTULO I Normas Generales

Artículo 30°.- Régimen general. De acuerdo con lo establecido en los Artículos 2° y 315 de la Ley, el control y supervisión de CONASEV, en los asuntos a que se refiere el siguiente sub- capítulo, se efectúa exclusivamente respecto de patrimonios fideicometidos que sirvan de respaldo a valores que sean objeto de oferta pública en el territorio nacional.

SUBCAPÍTULO II

Disposiciones Varias

Artículo 31°.- Actas de la comisión administradora. La comisión administradora, o el órgano que cumpla sus funciones, deberá llevar un libro de actas en el que se registren las decisiones adoptadas en las sesiones que celebre, siendo de aplicación, en lo que corresponda, lo dispuesto en el Artículo 168 de la Ley de Sociedades.

Artículo 32°.- Convocatoria a junta de fideicomisarios. De acuerdo con lo establecido en el Artículo 340 de la Ley General, la convocatoria a junta de fideicomisarios a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 316 de la Ley se efectuará de acuerdo a las normas correspondientes establecidas en la Ley de Sociedades, siendo aplicable, en lo pertinente, el procedimiento a que se refiere el Artículo 125 del mencionado cuerpo legal.

Artículo 33°.- Designación del fiduciario reemplazante. Transcurrido el plazo de sesenta (60) días calendario de producido cualquiera de los supuestos establecidos en el Artículo 317 de la Ley, CONASEV procede a designar al fiduciario reemplazante.

Del mismo modo, el otorgamiento de la autorización a que se refiere el último párrafo del mencionado Artículo procede, en virtud de solicitud motivada, en los supuestos en que exista un número adicional de personas autorizadas a ejercer funciones de fiduciario en fideicomisos de titulación inferior a tres (3).

Artículo 34°.- Remoción de la sociedad titulizadora. En los casos a que se refiere el Artículo 320 de la Ley, una vez comprobado administrativamente el dolo o la culpa grave de la sociedad titulizadora, de oficio o a pedido de parte, CONASEV decidirá la remoción de la sociedad titulizadora y la designación del fiduciario reemplazante, previa opinión de los fideicomisarios. No procede la remoción en caso de que los fideicomisarios no se reúnan en la segunda convocatoria que efectúe CONASEV para tal efecto. Es de aplicación a dicha convocatoria lo dispuesto en el Artículo 32 en lo que corresponda.

Artículo 35°.- Cesación del dominio fiduciario. En todos los casos, el cese del dominio fiduciario surte efectos a partir de la designación y

comunicación de la aceptación del fiduciario reemplazante y el perfeccionamiento de la transferencia de los activos y sus accesorios, siendo de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 317 de la Ley.

TÍTULO III Sociedades de Propósito Especial

CAPÍTULO I Normas Generales

Artículo 36°.- Procesos a estructurar a partir de sociedades de propósito especial. En virtud de lo dispuesto en los Artículos 324 y 327, inciso b) de la Ley, y sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 5° del presente, mediante sociedades de propósito especial únicamente pueden estructurarse procesos de titulación a partir de activos tales como carteras de créditos y de otros que generen un flujo de efectivo, así como de los accesorios de dichos activos. No obstante lo anterior, tales sociedades podrán integrar a su patrimonio aquellos activos, distintos a los crediticios, que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

Por tanto, no son aplicables las disposiciones de la Ley relativas a los procesos de titulación de activos, ni las establecidas en el presente reglamento, a aquellas sociedades anónimas que tengan por objeto desarrollar actividades tales como las señaladas en los incisos b) al e) del Artículo 9° ni tendrán éstas el carácter de sociedades de propósito especial.

Artículo 37°.- Términos. En el caso de procesos de titulación estructurados a partir de sociedades de propósito especial el patrimonio de propósito exclusivo a que se refiere el inciso e) del Artículo 292 de la Ley es el correspondiente a la referida sociedad.

CAPÍTULO II Disposiciones Varias

Artículo 38°.- Reglas especiales. Sin perjuicio de las demás reglas que se establecen en el Artículo 327 de la Ley, las sociedades de propósito

especial deberán incluir en su objeto social la determinación de los valores que vayan a emitir, mediante oferta pública o privada, contra los activos adquiridos del originador u originadores y, de ser el caso, de la posibilidad de efectuar posteriores emisiones de valores, con indicación de los requisitos y condiciones que deberán cumplirse para tal efecto.

Asimismo, en adición al régimen para la disolución y liquidación de la sociedad, deberá establecerse la oportunidad en que se procederá a ello.

Artículo 39°.- Inexigibilidad de capital mínimo. Para la constitución de sociedades de propósito especial no es exigible un capital mínimo.

Artículo 40°.- Inscripción en el Registro. La sociedad de propósito especial se inscribe en el Registro por el mérito de la Resolución CONASEV que disponga la inscripción de los valores que vaya a emitir mediante oferta pública.

La inscripción de la sociedad de propósito especial en el Registro acarrea la obligación de remitir a CONASEV:

- a) Comunicación de toda modificación de estatutos, dentro del día siguiente de adoptado el acuerdo, adjuntándose copia del acta correspondiente al mismo y, de ser el caso, de la aprobación otorgada por los titulares de valores que hubiere emitido por oferta pública;
- b) Comunicación de cambios en la plana directoral, gerencial y de representantes, dentro de los dos (2) días de efectuada la designación correspondiente, debiéndose adjuntar la copia del instrumento acreditativo y el Curriculum Vitae y declaración jurada correspondiente de no estar sujeto a impedimentos de la persona designada;
- c) Comunicación del nombre de las personas que cuenten o adquieran un porcentaje superior al cinco por ciento (5%) de participación en su capital con derecho de voto, dentro de los dos (2) días de conocida la transferencia;
- d) Toda otra información que le requiera CONASEV.

Artículo 41°.- Sociedad totalmente controlada. Las sociedades de propósito especial totalmente controladas por el originador a que se refiere

el Artículo 330 de la Ley son aquellas en las que éste posee la propiedad directa o indirecta de acciones u otros valores que le permitan ejercer más de la mitad de los votos en junta general de accionistas, a menos que, en circunstancias excepcionales, se pruebe la inexistencia de dicho control.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, las sociedades de propósito especial se consideran totalmente controladas cuando existe:

- a) Control de más de la mitad de los derechos de voto en las juntas generales en virtud de un acuerdo con otros inversionistas;
- b) Facultad de gobernar las políticas financiera y operativa de la sociedad de propósito especial, en virtud de los estatutos o algún acuerdo;
- c) Facultad de nombrar o remover a la mayoría de los miembros del directorio, o;
- d) Control de la mayoría de votos en las sesiones del directorio mediante unión o combinación de los mismos.

Artículo 42°.- Persona independiente. A efectos de lo dispuesto en el Artículo 330 de la Ley, se entiende por persona independiente a aquella que no ostenta cargo alguno con el originador o personas vinculadas a éste.

TÍTULO IV

Oferta de Valores Emitidos en Virtud de Procesos de Titulización

CAPÍTULO I

Oferta Pública

Artículo 43°.- Requisito de la oferta pública y responsabilidad. La oferta pública de valores emitidos en virtud de procesos de titulización requiere de la previa inscripción de los mismos en el Registro.

El emisor y el originador en un proceso de titulización podrán acordar que sea uno de ellos o ambos los responsables de la elaboración y presentación de la documentación e información exigida para la ins-

cripción de los valores o del programa correspondiente en el Registro y del cumplimiento de las obligaciones que se generan para su emisor a partir de dicha inscripción en los casos en que las circunstancias lo ameriten.

Los requisitos de inscripción establecidos en los Artículos 44 o 51, según corresponda, son aplicables, en lo pertinente, al caso en que la inscripción sea solicitada por los titulares de los valores respaldados en un patrimonio de propósito exclusivo cuando se encuentren facultados a ello por la Ley o las condiciones de su emisión. En tal supuesto, es aplicable en relación al emisor, o a la persona que se hubiere designado, de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley. Del mismo modo, el prospecto a que se refiere el Artículo 66 del referido cuerpo legal deberá contener, en lo pertinente, la información a que se refieren los Artículos 45 o 52, según corresponda.

SUBCAPÍTULO I

Valores Emitidos en los Fideicomisos de Titulización

Artículo 44.- Inscripción de valores. Para la inscripción en el Registro de los valores emitidos con respaldo en patrimonios fideicometidos se deberá acompañar lo siguiente:

- a) Comunicación del representante legal correspondiente solicitando la inscripción de los valores en el Registro;
- b) Declaración suscrita por el originador y el emisor informando del acuerdo a que se refiere el segundo párrafo del Artículo anterior, con la fundamentación correspondiente;
- c) Copia del acuerdo del órgano social competente del o de los fideicomitentes para iniciar el proceso de titulización y decidir la transferencia fiduciaria de los activos que integrarán el patrimonio fideicometido;
- d) Declaración respecto de los efectos que se derivan de la transferencia fiduciaria de los activos en la situación financiera y el patrimonio del o de los fideicomitentes, suscrita por representante autorizado de los mismos;

- e) Prospecto informativo, con el contenido que se señala en el Artículo siguiente;
- f) Copia del instrumento relativo al contrato o acto unilateral constitutivo del fideicomiso, o el instrumento marco y su complemento, de ser el caso;
- g) Contrato celebrado con el servidor para la administración del cobro de los derechos que confieren los activos, de ser el caso;
- h) Contrato de custodia de los activos y documentos relativos a ellos, de ser el caso;
- i) Instrumento por el que se emiten los valores representativos de derechos de crédito, en el caso a que se refiere el inciso b) del segundo párrafo del Artículo 14;
- j) Contrato suscrito con intermediario autorizado para la colocación de los valores, de ser el caso;
- k) Modelo del valor, cuando los valores a emitir vayan a ser representados mediante títulos;
- l) Los dos (2) últimos estados financieros auditados del patrimonio fideicometido, o por el tiempo de existencia, y últimos estados financieros sin auditar, debiendo contar en este último caso con opinión favorable de una reconocida sociedad auditora e incluir una descripción de los principios y principales políticas contables utilizadas y a utilizar para su elaboración;
- m) De no haberse efectuado a través del acto constitutivo, instrumento por el que se designa al factor fiduciario y, cuando corresponda, a los miembros de la comisión administradora u órgano equivalente, acompañada de la declaración jurada de no encontrarse sujetos a impedimentos y Curriculum Vitae de cada uno de ellos;
- n) Toda aquella otra documentación e información que sean relevantes para los inversionistas;
- o) Toda aquella documentación e información adicional que solicite CONASEV.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para la inscrip-

ción del valor en el Registro se requiere obtener la clasificación correspondiente en el caso de:

- a) Emisión de valores representativos de derechos crediticios; y,
- b) Emisión de valores que representen un derecho de participación en un patrimonio fideicometido conformado preponderantemente por uno o más créditos.

Tratándose de valores distintos a los señalados en los incisos precedentes, la clasificación de riesgo es facultativa.

Artículo 45°.- Información a incluir en el prospecto informativo. El prospecto informativo para la oferta pública primaria de valores resultantes de un proceso de titulización mediante patrimonios fideicometidos, deberá contener la siguiente información mínima:

- a) En la carátula del prospecto informativo :(*)Rectificado por FE DE ERRATAS, publicado el 10.01.97
 1. Denominación y monto de los valores a ofrecer,
 2. Descripción resumida de las características de los valores, de la emisión, del patrimonio fideicometido y de los activos que lo conforman,
 3. Identificación del procedimiento de colocación y los mecanismos centralizados de negociación en los que dichos valores serán o han sido inscritos.
 4. Indicación y referencia a la sección «factores de riesgo»,
 5. Denominación social, domicilio y teléfono de la sociedad titulizadora y, en su caso, del emisor,
 6. La leyenda a que se refiere el inciso n) o el último párrafo del Artículo 15, según corresponda,
 7. La mención «Estos valores han sido inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, lo cual no implica que ella recomiende la inversión en los mismos u opine favorablemente sobre las perspectivas de la inversión. Los documentos e infor-

- mación necesarios para una evaluación complementaria están a disposición de los interesados en el mencionado registro»,
8. Indicación referente a si el prospecto es preliminar o final,
 9. Fecha del prospecto;
- b) Indice del Prospecto;
- c) Resumen del Prospecto;
- d) Descripción de los factores que signifiquen un riesgo para las expectativas de los inversionistas tales como los que se señalan a continuación, en tanto sean pertinentes, y cualesquiera otros que sean relevantes:
1. Existencia de un mercado secundario para los valores a ofrecer,
 2. Posibilidad de modificación de las cláusulas del fideicomiso,
 3. Limitación de la cobertura otorgada por las garantías establecidas,
 4. Aspectos relativos al perfeccionamiento de la transferencia de los activos y su oponibilidad frente a terceros,
 5. Riesgo de insolvencia del patrimonio fideicometido,
 6. Riesgo de incremento del índice de siniestralidad y/o de morosidad, en caso se trate de carteras de créditos u otros activos generadores de un flujo de efectivo,
 7. Factores económicos, sociales, legales, entre otros que puedan afectar el flujo esperado de efectivo a producir por el patrimonio fideicometido o los activos que lo conforman,
 8. Vinculación y relaciones entre las partes que ejercen funciones en relación a la estructura de titulización empleada, en especial la existente entre el originador, la sociedad titulizadora y el mejorador,
 9. De ser el caso, clasificación de riesgo de los valores y su posible variación,

10. Representación de los valores mediante anotación en cuenta, y el régimen relativo a su titularidad,
 11. Influencia de los tributos que puedan afectar el flujo de efectivo a recibir por los inversionistas,
 12. Experiencia de la sociedad titulizadora, del servidor, del originador y demás participantes involucrados en el proceso de titulización,
 13. Cambios en el marco jurídico que pudieran afectar la emisión,
 14. Otros relacionados con el proceso;
- e) Descripción general de la estructura de titulización, señalando, en el caso que se utilice más de un patrimonio de propósito exclusivo, todos aquellos datos relativos a éstos que sean de relevancia para los inversionistas;
- f) Descripción del patrimonio fideicometido que sirve de respaldo a los valores ofrecidos con indicación de lo siguiente:
1. Denominación específica,
 2. Fecha, escritura pública, inscripción en los Registros Públicos y demás datos relativos a su constitución,
 3. Finalidad para la que fue constituido y las gestiones o actividades específicas constitutivas de la misma,
 4. Nombre o denominación del o de los fideicomitentes, del o de los fiduciarios y del o de los destinatarios de los activos remanentes, así como de las personas que ejerzan funciones en relación al patrimonio fideicometido, los activos que lo conforman o los valores a los que respalde,
 5. En relación al factor fiduciario y miembros de la comisión administradora u órgano equivalente:
 - i. Nombre y domicilio,
 - ii. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades,
 - iii. Curriculum Vitae,

- iv. Otros datos relevantes,
- 6. Organización y funcionamiento y facultades de la comisión administradora u órgano equivalente, de ser el caso,
- 7. Relaciones o vinculaciones económicas y jurídicas entre las personas naturales o jurídicas a que se refieren los numerales 4 y 5 anteriores, en especial las relativas al originador y a la sociedad titulizadora,
- 8. Características de los activos, indicando por lo menos lo siguiente:
 - i. Detalle y descripción de todos los aspectos relevantes de los que lo integran o integrarán, en especial lo relativo a su titularidad o propiedad anterior o al momento de lanzarse la oferta, sus garantías, los gravámenes a los que estuvieren afectos, entre otros,
 - ii. Condiciones, plazos y modo de transferencia al interior del patrimonio fideicometido,
 - iii. Valor monetario de los activos, con la descripción detallada del procedimiento de valuación y con la opinión favorable de una reconocida sociedad auditora,
 - iv. Valor de adquisición,
 - v. Régimen de sustitución y de adquisición o inversión en nuevos activos, de ser el caso,
 - vi. En el caso de carteras de créditos y de otros activos generadores de un flujo de efectivo, especialmente lo relativo a los activos que la componen, al origen de los mismos, a los criterios utilizados para su selección, a su rentabilidad histórica promedio, con la descripción del procedimiento para determinarla y con mención de los índices de morosidad y siniestralidad correspondientes,
- 9. Análisis del flujo esperado de efectivo a ser generado a partir del patrimonio fideicometido,
- 10. Relación de valores a los que servirá de respaldo,

11. Relación de costos y gastos a ser asumidos con los activos que integran el patrimonio fideicometido,
 12. Garantías adicionales que se hubieran establecido o se fueran a establecer en relación al patrimonio en su conjunto,
 13. Condiciones o plazos de existencia,
 14. Mecanismo para la liquidación del patrimonio fideicometido,
 15. La posibilidad de modificación del acto constitutivo, de ser el caso,
 16. El destino de los activos al final del fideicomiso,
 17. Los dos (2) últimos estados financieros auditados del patrimonio fideicometido, o por el tiempo de existencia, y últimos estados financieros sin auditar, debiendo contar en este último caso con opinión favorable de una reconocida sociedad auditora e incluir una descripción de los principios y principales políticas contables utilizadas y a utilizar para su elaboración;
- g) Descripción de los valores que están siendo ofrecidos, con expresión de sus características tales como:
1. Clases y series,
 2. Detalle de los derechos que confiere cada clase o serie de valores, señalando por lo menos:
 - i. Denominación,
 - ii. Carácter nominativo o al portador,
 - iii. Valor nominal, de ser el caso,
 - iv. Participación, de ser el caso,
 - v. Rendimientos,
 - vi. Plazos,
 - vii. Modo y lugar y recursos con los que se efectuará el pago,
 - viii. Garantías generales o específicas al pago del derecho,

- ix. Forma de representación y de transferencia,
 - x. Fecha de emisión,
3. Subordinaciones que se hubieren establecido para las clases o series,
 4. Garantías establecidas por clases y series,
 5. Clasificación de riesgo,
 6. Forma de representación,
 7. Mecanismos centralizados de negociación donde se transarán, de ser el caso,
 8. Régimen legal aplicable;
- h) Descripción de la emisión y oferta, considerando lo siguiente:
1. Monto total,
 2. Destinatarios,
 3. Detalle del procedimiento y del plazo para la colocación,
 4. Valor de colocación,
 5. Fecha, monto mínimo y demás condiciones de la emisión,
 6. Explicación detallada del destino que se dará a los recursos que se pretende captar,
 7. Detalle de los valores a ser adquiridos por las personas naturales o jurídicas a que se refieren los numerales 4 y 5 del inciso f),
 8. Legislación y aspectos legales relevantes,
 9. Aspectos tributarios;
- i) Descripción de los participantes, de acuerdo a la estructura de titulización empleada:
1. En relación a la Sociedad Titulizadora:
 - i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,

- ix. Forma de representación y de transferencia,
 - x. Fecha de emisión,
3. Subordinaciones que se hubieren establecido para las clases o series,
 4. Garantías establecidas por clases y series,
 5. Clasificación de riesgo,
 6. Forma de representación,
 7. Mecanismos centralizados de negociación donde se transarán, de ser el caso,
 8. Régimen legal aplicable;
- h) Descripción de la emisión y oferta, considerando lo siguiente:
1. Monto total,
 2. Destinatarios,
 3. Detalle del procedimiento y del plazo para la colocación,
 4. Valor de colocación,
 5. Fecha, monto mínimo y demás condiciones de la emisión,
 6. Explicación detallada del destino que se dará a los recursos que se pretende captar,
 7. Detalle de los valores a ser adquiridos por las personas naturales o jurídicas a que se refieren los numerales 4 y 5 del inciso f),
 8. Legislación y aspectos legales relevantes,
 9. Aspectos tributarios;
- i) Descripción de los participantes, de acuerdo a la estructura de titulización empleada:
1. En relación a la Sociedad Titulizadora:
 - i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,

- ii. Datos relativos a su constitución y a su inscripción en el Registro y en los Registros Públicos,
 - iii. Organos societarios,
 - iv. Estructura administrativa interna,
 - v. Plana directoral, gerencial y nombres de los demás miembros de la administración, incluyendo el Curriculum Vitae de ellos,
 - vi. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades y limitaciones a éstas,
 - vii. Experiencia en anteriores procesos de titulización, de ser el caso,
 - viii. Antecedentes relevantes,
 - ix. Descripción de la infraestructura con que cuenta para el desarrollo de sus funciones,
 - x. Toda otra información que sea relevante,
2. En relación al originador u originadores:
- i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,
 - ii. Datos relativos a su constitución e inscripción en los Registros Públicos,
 - iii. Objeto social,
 - iv. Motivación para estructurar la titulización,
 - v. Situación jurídica y financiera, de ser relevante,
 - vi. De ser relevante, experiencia y antecedentes,
 - vii. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades,
 - viii. Toda aquella otra información que sea relevante, de acuerdo a la función que vaya a desempeñar en la estructura de titulización empleada, como la descripción de sus operaciones, posicionamiento del mercado, principales productos,

políticas y estrategias, injerencia en la competencia, injerencia de los proveedores y relación con los clientes,

3. En relación al emisor, servidor, custodio, mejorador y las demás personas que ejerzan funciones relativas a la estructura de titulización:
 - i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,
 - ii. Datos relativos a su constitución e inscripción en los Registros Públicos,
 - iii. Objeto social,
 - iv. Descripción de sus actividades,
 - v. Situación jurídica y financiera, de ser relevante,
 - vi. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades,
 - vii. Experiencia en procesos de titulización anteriores,
 - viii. Descripción de la infraestructura con que cuenta para el desarrollo de sus funciones,
 - ix. Toda aquella otra información que sea relevante;
- j) Nombre y firma de los responsables de la elaboración del prospecto: entidad estructuradora o su representante, en su caso, así como del principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas;
- k) En un anexo, las cláusulas relevantes del contrato de fideicomiso, y la descripción de los demás contratos de importancia, indicando el lugar en donde estarán a disposición de los inversionistas;
- l) En general, toda aquella otra información que sea relevante para los inversionistas y pueda influir o afectar su decisión de inversión;
- m) La información adicional que establezca CONASEV.

Artículo 46°.- Contenido especial del prospecto. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, el prospecto deberá contener información específica que se adecue a las características del emisor, de la

estructura de titulización empleada o de los activos que integran el patrimonio fideicometido.

Artículo 47°.- Inscripción de valores respaldados por un mismo patrimonio fideicometido. La inscripción facultativa u obligatoria en el Registro de valores respaldados por un mismo patrimonio fideicometido se efectúa en la misma ficha.

Artículo 48°.- Inscripción de programas de emisión de valores. Para la inscripción en el Registro de programas de emisión de valores en virtud de procesos de titulización, se deberá presentar una solicitud en la que se señale, al menos, el monto máximo que estará permitido mantener en circulación, el tipo de activos a titular y las clases o series de valores a emitir y el plazo del programa, el cual no podrá exceder de dos (2) años, acompañando la documentación e información siguiente:

- a) Copia del acta del órgano social competente, en la que se acuerde llevar a cabo el programa y se establezca el plazo del mismo y el monto máximo a mantener en circulación, y los aspectos relativos al mismo que se mantendrán constantes durante dicho plazo;
- b) En tanto corresponda, la documentación e información que se señala en el Artículo 44 que tengan vinculación con aquellos aspectos que se mantendrán constantes al interior del programa, con las siguientes precisiones:
 - i. En su caso, se presentará el instrumento que establezca todas aquellas disposiciones que serán comunes a los fideicomisos a constituir dentro del programa,
 - ii. El prospecto informativo a presentar deberá señalar todos aquellos aspectos que serán comunes a los valores a emitir dentro del programa.

El plazo de vigencia de la inscripción del programa es de dos (2) años contados a partir de la resolución que la dispone. Dicho plazo podrá renovarse indefinidamente por periodos iguales a solicitud de parte y previa actualización de la información y documentación obrante en el Registro.

Artículo 49°.- Obligaciones derivadas de la inscripción. Sin perjuicio de la obligación de informar los hechos de importancia a que se refiere

el Artículo 28 de la Ley, la inscripción del programa genera la obligación de mantener actualizada la documentación e información presentada en ocasión de la misma.

La referida inscripción genera asimismo la obligación de presentar la información a que se refiere el Artículo 53, en tanto corresponda.

Artículo 50°.- Inscripción de los valores emitidos en virtud del programa inscrito. La oferta pública de los valores a emitir dentro del programa requieren de su previa inscripción en el registro, para lo cual se deberá:

- a) Incluir en la solicitud la identificación del valor cuya inscripción se solicita y declarar bajo juramento que la información relativa al programa inscrito no ha sido modificada y refleja los hechos y eventos allí contenidos en forma veraz y suficiente;
- b) Adjuntar copia del acta del órgano social competente en la que se acuerde llevar a cabo la emisión, de ser el caso;
- c) Completar la presentación de la documentación e información relativa al valor a que se refiere el Artículo 44, con las siguientes precisiones:
 - i. En su caso, se presentará el instrumento complementario al que establece las disposiciones comunes a todos los fideicomisos, por el que se constituirá el fideicomiso correspondiente,
 - ii. El prospecto informativo complementario deberá cumplir con satisfacer los requisitos de información que se señalan en el Artículo 45;
- d) Presentar toda otra documentación e información que pueda ser relevante para los inversionistas;
- e) Presentar la documentación e información que solicite CONASEV.

El plazo para la inscripción de los valores es de siete (7) días contados a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud y la documentación e información correspondiente. La inscripción surte efectos si vencido el plazo CONASEV no hubiere formulado observaciones o solicitado documentación o información adicional. En caso contra-

rio, la inscripción surtirá efectos luego del plazo de cinco (5) días contados a partir de la presentación de la documentación o información adicional, o de haber dado respuesta a las observaciones formuladas, sin que se hubiere solicitado documentación o información adicional o efectuado observaciones.

SUB- CAPÍTULO II

Valores Emitidos por Sociedades de Propósito Especial

Artículo 51°.- Inscripción de valores. Para la inscripción en el Registro de valores o programas de emisión de valores emitidos por sociedades de propósito especial, deberá presentarse la información y documentación que la normatividad vigente establece para el valor que se pretende ofrecer.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se deberá presentar adicionalmente lo siguiente, en cuanto sea pertinente:

- a) Comunicación del representante legal correspondiente solicitando la inscripción de los valores en el Registro;
- b) Declaración suscrita por el originador y la sociedad de propósito especial informando del acuerdo a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 43, con la fundamentación correspondiente;
- c) Copia del acuerdo del órgano social competente del o de los originadores para iniciar el proceso de titulización a través de una sociedad de propósito especial y decidir la transferencia de los activos que integrarán su patrimonio;
- d) Declaración respecto de los efectos que se derivan de la transferencia de los activos en la situación financiera y el patrimonio del o de los originadores, suscrita por representante autorizado de los mismos;
- e) Contrato celebrado con el servidor para la administración del cobro de los derechos que confieren los activos, de ser el caso;
- f) Contrato de custodia de los activos y documentos relativos a ellos, de ser el caso;

- g) De no haberse efectuado al momento de su constitución, instrumento por el que se designa a la plana directoral, gerencial, y de los demás administradores, acompañada de la declaración jurada de no encontrarse sujetos a impedimentos y Curriculum Vitae de cada uno de ellos;
- h) Los dos (2) últimos estados financieros auditados de la sociedad de propósito especial, o por el tiempo de existencia, y últimos estados financieros sin auditar, debiendo contar en este último caso con opinión favorable de una reconocida sociedad auditora e incluir una descripción de los principios y principales políticas contables utilizadas y a utilizar para su elaboración;
- i) Toda aquella otra documentación e información que sean relevantes para los inversionistas;
- j) Toda aquella documentación e información adicional que solicite CONASEV.

Artículo 52°.- Información a incluir en el prospecto informativo. El prospecto informativo correspondiente a la oferta que se pretenda efectuar deberá contener la siguiente información mínima:

- a) En la carátula del prospecto :
 1. Denominación y monto de los valores que están siendo ofrecidos,
 2. Descripción resumida de las características de los valores, de la emisión, de la sociedad de propósito especial y de los activos que la conforman,
 3. Identificación del procedimiento de colocación y los mecanismos centralizados de negociación en los que dichos valores serán o han sido inscritos,
 4. Indicación y referencia a la sección «factores de riesgo»,
 5. Denominación social, domicilio, teléfono y facsímil de la sociedad de propósito especial,
 6. La mención «Estos valores han sido inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, lo cual no implica que ella

recomiende la inversión en los mismos u opine favorablemente sobre las perspectivas de la inversión. Los documentos e información necesarios para una evaluación complementaria están a disposición de los interesados en el mencionado registro»,

7. Indicación referente a si el prospecto es preliminar o final,
 8. Fecha del prospecto;
- b) Índice del Prospecto;
- c) Resumen del Prospecto;
- d) Descripción de los factores que signifiquen un riesgo para las expectativas de los inversionistas tales como los que se señalan a continuación, en tanto sean pertinentes, y cualesquiera otros que sean relevantes:
1. Existencia de un mercado secundario para los valores a ofrecer,
 2. Posibilidad de modificación del objeto social,
 3. Limitación de la cobertura otorgada por las garantías establecidas,
 4. Aspectos relativos al perfeccionamiento de la transferencia de los activos y su oponibilidad frente a terceros,
 5. Riesgo de insolvencia de la sociedad de propósito especial,
 6. Riesgo de incremento del índice de siniestralidad y/o de morosidad de la cartera de créditos u otros activos generadores de un flujo de efectivo,
 7. Factores económicos, sociales, legales, entre otros que puedan afectar el flujo esperado de efectivo a producir por el patrimonio de la sociedad de propósito especial o los activos que lo conforman,
 8. Vinculación y relaciones entre las partes que ejercen funciones en relación a la estructura de titulización empleada, en especial la existente entre el originador, la sociedad de propósito especial y el mejorador,

9. De ser el caso, clasificación de riesgo de los valores y su posible variación,
 10. Representación de los valores mediante anotación en cuenta, y el régimen relativo a su titularidad,
 11. Influencia de los tributos que pueda afectar el flujo de efectivo a recibir por los inversionistas,
 12. Experiencia del originador, del servidor y demás participantes involucrados en el proceso de titulación,
 13. Cambios en el marco jurídico que pudieran afectar la emisión,
 14. Otros relacionados con el proceso;
- e) Descripción general de la estructura de titulación, en especial lo relativo a:
1. Nombre o denominación del o de los originadores, del o de los accionistas de la sociedad de propósito especial, así como de las personas que ejerzan funciones en relación a su patrimonio, los activos que lo conforman o los valores a los que respalde,
 2. Relaciones o vinculaciones económicas y jurídicas entre las personas naturales o jurídicas que se refiere el numeral anterior, en especial las relativas al originador y a la sociedad de propósito especial,
 3. Garantías adicionales que se hubieren establecido,
- f) Descripción de la sociedad de propósito especial, con indicación de lo siguiente:
1. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,
 2. Datos relativos a su constitución y a su inscripción en el Registro y en los Registros Públicos,
 3. Su carácter de sociedad controlada por el originador, de ser el caso,
 4. Objeto social y finalidad para la que fue constituida, con exposi-

ción detallada de las actividades o gestiones que la constituyen y, de ser el caso, la posibilidad de que sean modificados,

5. Organos societarios,
 6. Estructura administrativa interna,
 7. Plana directoral, gerencial y los nombres de los demás miembros de la administración, incluyendo el Curriculum Vitae de ellos,
 8. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades y limitaciones a que se encuentran sujetas las personas señaladas en el inciso anterior,
 9. Relaciones o vinculaciones de los directores, gerentes y demás administradores con las personas que se señala en el numeral 1 del inciso precedente,
 10. Experiencia en anteriores procesos de titulación, de ser el caso,
 11. De ser el caso, las limitaciones que se hubieren establecido a la repartición de dividendos,
 12. Descripción de la infraestructura con que cuenta para el desarrollo de sus funciones,
 13. Toda otra información que sea relevante;
- g) Descripción del patrimonio de la sociedad de propósito especial, con indicación de lo siguiente:
1. Características de los activos, indicando por lo menos lo siguiente:
 - i. Detalle y descripción de todos los aspectos relevantes de los que lo integran o integrarán, en especial lo relativo a su titularidad o propiedad anterior o al momento de lanzarse la oferta, sus garantías, los gravámenes a los que estuvieren afectos, entre otros,
 - ii. Condiciones, plazos y modo de transferencia al interior del patrimonio fideicometido,

- iii. Valor monetario de los activos, con descripción detallada del procedimiento de valuación y con la opinión favorable de una reconocida sociedad auditora,
 - iv. Valor de adquisición,
 - v. Régimen de sustitución y de adquisición o inversión en nuevos activos, de ser el caso,
 - vi. Activos que componen la cartera, origen de los mismos, criterios utilizados para su selección, rentabilidad histórica promedio, con la descripción del procedimiento para determinarla y con mención de los índices de morosidad y siniestralidad correspondientes,
2. Análisis del flujo esperado de efectivo a ser generado a partir del patrimonio de la sociedad de propósito especial,
 3. Relación de valores a los que servirá de respaldo,
 4. Relación de costos y gastos a ser asumidos con los activos que integran el patrimonio de la sociedad de propósito especial,
 5. Garantías adicionales que se hubieran establecido o se fueran a establecer en relación a la sociedad de propósito especial,
 6. Condiciones o plazos de existencia,
 7. Mecanismo y oportunidad de la liquidación de la sociedad de propósito especial,
 8. Los dos (2) últimos estados financieros auditados de la sociedad de propósito especial, o por el tiempo de existencia, y últimos estados financieros sin auditar, debiendo contar en este último caso con opinión favorable de una reconocida sociedad auditora e incluir una descripción de los principios y principales políticas contables utilizadas y a utilizar para su elaboración;
- h) Descripción de los valores que están siendo ofrecidos, con expresión de sus características tales como:
1. Clases y series,

2. Detalle de los derechos que confiere cada clase o serie de valores, señalando por lo menos:
 - i. Carácter nominativo o al portador,
 - ii. Valor nominal, de ser el caso,
 - iii. Participación, de ser el caso,
 - iv. Rendimientos,
 - v. Plazos,
 - vi. Modo y lugar y recursos con los que se efectuará el pago,
 - vii. Garantías generales o específicas al pago del derecho,
 - viii. Facultad de designar a miembros de los órganos de administración de la sociedad de propósito especial, de ser el caso,
 - ix. Forma de representación y de transferencia,
 - x. Fecha de emisión,
 3. Subordinaciones que se hubieren establecido para las clases o series,
 4. Garantías establecidas por clases y series,
 5. Clasificación de riesgo,
 6. Forma de representación,
 7. Mecanismos centralizados de negociación donde se transarán, de ser el caso,
 8. Régimen legal aplicable;
- i) Descripción de la emisión y oferta, considerando lo siguiente:
1. Monto total,
 2. Destinatarios,
 3. Detalle del procedimiento y del plazo para la colocación,

4. Valor de colocación,
 5. Fecha, monto mínimo y demás condiciones de la emisión,
 6. Explicación detallada del destino que dará la sociedad de propósito especial a los recursos que pretende captar,
 7. Detalle de los valores a ser adquiridos por las personas naturales o jurídicas a que se refieren los numerales 1 del inciso e) y 7 del inciso f),
 8. Legislación y aspectos legales relevantes,
 9. Aspectos tributarios,
- j) Descripción de los participantes, de acuerdo a la estructura de titulización empleada:
1. En relación al originador:
 - i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,
 - ii. Datos relativos a su constitución e inscripción en los Registros Públicos,
 - iii. Objeto social,
 - iv. Motivación para estructurar la titulización,
 - v. Situación jurídica y financiera, de ser relevante,
 - vi. De ser relevante, experiencia y antecedentes,
 - vii. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades,
 - viii. Toda aquella otra información que sea relevante, de acuerdo a la función que vaya a desempeñar en la estructura de titulización empleada, como la descripción de sus operaciones, posicionamiento del mercado, principales productos, políticas y estrategias, injerencia en la competencia, injerencia de los proveedores y relación con los clientes,
 2. En relación al servidor, custodio, mejorador y las demás personas que ejerzan funciones relativas a la estructura de titulización:

- i. Denominación, domicilio, teléfono, facsímil,
 - ii. Datos relativos a su constitución e inscripción en los Registros Públicos,
 - iii. Objeto social,
 - iv. Descripción de sus actividades,
 - v. Situación jurídica y financiera, de ser relevante,
 - vi. Derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades,
 - vii. Experiencia en procesos de titulación anteriores,
 - viii. Descripción de la infraestructura con que cuenta para el desarrollo de sus funciones,
 - ix. Toda aquella otra información que sea relevante;
- k) Nombre y firma de los responsables de la elaboración del prospecto: entidad estructuradora o su representante, en su caso, así como del principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas;
- l) En un anexo, las cláusulas relevantes de los estatutos y la descripción de los contratos de importancia, indicando el lugar en donde estarán a disposición de los inversionistas;
- m) En general, toda aquella otra información que sea relevante para los inversionistas y pueda influir o afectar su decisión de inversión;
- n) La información adicional que establezca CONASEV.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el prospecto deberá contener información específica que se adecue a las características de la estructura de titulación empleada o de los activos que integran el patrimonio de la sociedad de propósito especial.

CAPÍTULO II

Obligaciones Derivadas de la Inscripción del Valor en el Registro

SUB- CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 53°.- Información relativa a los fideicomisos de titulización. Sin perjuicio de la obligación de informar los hechos de importancia a que se refiere el Artículo 28 de la Ley, la inscripción de un valor respaldado en un patrimonio fideicometido en el Registro genera la obligación de presentar al mismo la siguiente información:

- a) Estados financieros trimestrales y anuales, estos últimos auditados, del patrimonio fideicometido;
- b) Indicadores financieros trimestrales del patrimonio fideicometido;
- c) Cambios de los factores fiduciarios y/o miembros de la comisión administradora u órgano equivalente, dentro de los dos (2) días de efectuada la designación correspondiente, debiéndose adjuntar la copia del instrumento acreditativo y el Curriculum Vitae y declaración jurada de no estar sujeto a impedimentos de la persona designada;
- d) Informe trimestral de los actos que se hubiere realizado en virtud del dominio fiduciario, y, en general, en relación a los activos que integran el patrimonio fideicometido, en los mismos plazos establecidos para la presentación de la información a que se refiere el inciso a);
- e) Modificaciones en las cláusulas relativas al fideicomiso, dentro de los dos (2) días siguientes de efectuadas, adjuntando, cuando corresponda, la aprobación del o de los fideicomisarios;
- f) Modificaciones relativas a los participantes, contratos o elementos relevantes de la estructura de titulización empleada, dentro de dos (2) los días siguientes de producida;
- g) Los demás documentos e información que en virtud de la ley o del

acto constitutivo deba poner a disposición de los titulares de los valores respaldados, y en la misma oportunidad;

h) Toda otra información que le requiera CONASEV.

Artículo 54°.- Información relativa a las sociedades de propósito especial. Sin perjuicio de la obligación de informar los hechos de importancia a que se refiere el Artículo 28 de la Ley, la inscripción de un valor respaldado en una sociedad de propósito especial en el Registro genera la obligación de presentar al mismo la siguiente información:

- a) La que les corresponde como emisores con valores mobiliarios inscritos en el Registro;
- b) Informe trimestral de los actos que hubiere efectuado la sociedad de propósito especial, en los mismos plazos aplicables a la presentación de información financiera;
- c) Modificaciones relativas a los participantes, contratos o elementos relevantes de la estructura de titulización empleada, dentro de los dos (2) días siguientes de producida;
- d) Los demás documentos e información que en virtud de la ley o del pacto correspondiente deba poner a disposición de los titulares de los valores respaldados en su patrimonio, y en la misma oportunidad;
- e) Toda otra información que le requiera CONASEV.

SUB- CAPÍTULO II

Aplicación de las Normas de la Ley del Mercado de Valores Relativas a los Emisores de Valores

Artículo 55°.- Información financiera. La información financiera que debe presentarse en virtud del Artículo 29 de la Ley es la relativa al patrimonio de propósito exclusivo pertinente.

Artículo 56°.- Información relativa a transferencias. La información sobre transferencias a que se refiere el Artículo 32 de la Ley también debe ser comunicada cuando se efectúa por o a favor de las personas que tengan la relación que allí se señala con el originador.

Artículo 57°.- Requisitos para la inscripción de valores de oferta pública. Los estados financieros a que se refiere el inciso d) del Artículo 54 de la Ley son los relativos al patrimonio de propósito exclusivo.

Artículo 58°.- Impedimento para efectuar oferta pública. El impedimento a que se refiere el Artículo 62 de la Ley es asimismo aplicable cuando el originador de los valores a ofrecer se encuentre incurso en los incumplimientos que allí se señalan.

CAPÍTULO III

Clasificación de Riesgo

Artículo 59°.- Régimen de clasificación de riesgo. La clasificación de riesgo de los valores emitidos en virtud de procesos de titulación se efectúa en base a lo dispuesto en los Artículos 337, 338 y 339 de la Ley, y, supletoriamente, por lo establecido en el Título X del referido cuerpo legal, en lo que no se oponga.

Artículo 60°.- Relación e interés con el originador y/o el mejorador. A los fines del Artículo 338 de la Ley, se considera que existe relación o interés en los supuestos contemplados en los Artículos 283 y 284 de la misma, según corresponda.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Aprobación de formatos. Mediante Resolución de la Gerencia General de CONASEV se podrán aprobar, modificar, sustituir o derogar formatos para la mejor presentación de los documentos e instrumentos a que se refiere el presente Reglamento.

SEGUNDA.- Información financiera. La información financiera a que se refieren las disposiciones del presente reglamento deberá presentarse, en lo pertinente, en el modo y plazos establecidos por las normas dictadas por CONASEV para las personas sujetas a su supervisión y control y con sujeción a lo establecido en su anexo. Asimismo, dicha

información, en los casos que corresponda, deberá ser auditada por una reconocida sociedad auditora.(*)

(*) Disposición modificada por el Artículo 2 de la Resolución CONASEV N° 093-98-EF/94.10, publicada el 03-07-98, cuyo texto es el siguiente:

«SEGUNDA.- Información financiera.- La información financiera a que se refieren las disposiciones del presente reglamento deberá presentarse, en lo pertinente, en el modo y plazos establecidos por las normas dictadas por CONASEV para las personas sujetas a su supervisión y control y con sujeción a lo establecido en las Normas Contables. Asimismo, dicha información, en los casos que corresponda, deberá ser auditada por una sociedad de auditoría debidamente inscrita.»

MODALIDADES DE FIDEICOMISO

POR EL ACTO JURIDICO QUE LES DA ORIGEN

Por Acto Jurídico Bilateral o Plurilateral:
*Contratos

Por Acto Jurídico Unilateral:
*Testamento
*Fideicomiso de Titulización (cuando: originador = fiduciario)

POR LOS SUJETOS QUE LO REALIZAN

Oficial o Público

Privado

POR LA MODALIDAD OPERATIVA

De Administración

De Garantía

De Inversión

Inmobiliario

De Desarrollo

Testamentario

Prestacional

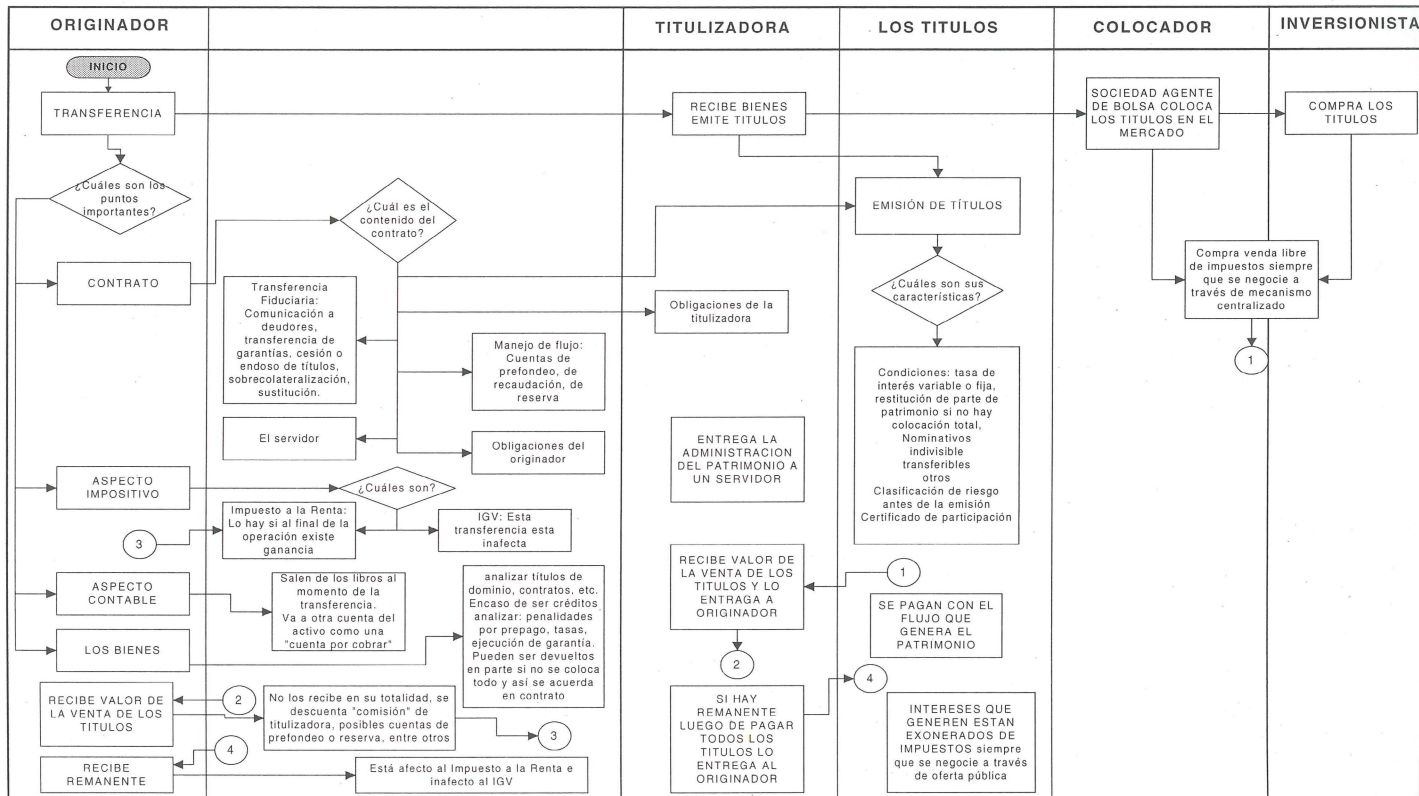
De Fondos de Inversión

De Seguros

De Nacionalización

PROCESO DE TITULIZACION EN EL PERU

Anexo VII



BIBLIOGRAFÍA

- ACEITUNO, Marcelo. Contribución del Fideicomiso Bancario al Desarrollo. Realidad y Perspectivas. En: Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. Montevideo, 1981.
- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Librería Bosh, 3a. Ed. Barcelona, 1977
- ALBALADEJO, MANUEL, Manuel. Curso de Derecho Civil Español. Lib. Bosch. Barcelona, 1984.
- ALCAZAR UZATEGUI, Rafael. La titulización de activos en el Perú. En: *Ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N° 15. pp. 295 - 303.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos Parte General, Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1995.

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Los Contratos Modernos. Gaceta Jurídica. Lima, 1996.
- ARROCHA MORTON, Carlos. El Fideicomiso en México. En: Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. Montevideo, 1981.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos Reales. Materiales de Enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.
- BANCO CENTRAL DEL URUGUAY y ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS PARA EL DESARROLLO (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, Montevideo, 1981.
- BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. Librería Studium, IV Edición. Lima, 1988.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Operaciones Bancarias. Editorial Porrúa, 4a. Edición. Mexico, 1981.
- BERRIO, Mary Cecilia. El papel de los fondos financieros de fomento en los países en vía de desarrollo. En: Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. Montevideo, 1981.
- BUEY FERNANDEZ, Andres. El Fideicomiso Público y el Fideicomiso Privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección. En: Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo

(ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. Montevideo, 1981.

CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADO DE CAPITALES Y FINANCIERO. El ABC del mercado de Capitales. Lima, 1998

DE LA FLOR MATOS, Manuel. El Fideicomiso. Definición, Modalidades y Ley N° 26702. En: Temas de derecho. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. año 1997. pp. 97 - 108.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991.

DIEZ PICASO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil. 2a. Edición. Tecnos. Madrid, 1988.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. 2a. Edición. Editorial Porrúa. Mexico, 1995.

FORNO, Hugo. Derecho Civil 8: Contratos - Parte General. Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991-II.

GARRIGUES, Joaquin. Contratos Bancarios. Imprenta Aguirre, 2a. edición. Madrid, 1975.

GAMBOA SERRANO, Manuel Jose. El Fideicomiso Bancario. Tesis de Grado para optar el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá D.E., 1976.

GARCIA DE LA TORRE, Fernan. El Fideicomiso en Inversión. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Jave-

riana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, D.E., 1990.

IBARRA DIAZ, Leonor Eugenia. La Fiducia en el Derecho Colombiano. Tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá D.E., 1981.

IDARRAGA DE ROSSI, Catalina y Monique DIDIER DE UCROS. La fiducia y la responsabilidad del fiduciario. Tesis de Grado para optar título de Abogadas. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1983.

JORDANO BAREA, Juan. El Negocio Fiduciario. J.M^a. Bosch Editor. Barcelona, 1959.

LISOPRAWSKI, Silvio V. y Claudio M. KIPER. Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización. Ediciones Depalma. 2^a Edición. Buenos Aires, 1996.

MAZEAUD, Henri, Jean y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. IV. Ediciones jurídicas europa-America. Buenos Aires, 1960.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial. Cultural Cuzco. Lima, 1986.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios, Ediar. Buenos Aires, 1975.

MUÑOZ, Luis. El Fideicomiso Mexicano. Cárdenas Editor. México, 1973.

MUÑOZ, Luis. Contratos y Negocios Jurídicos Financieros.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Tratado de las Obligaciones, Biblioteca Para Leer el Código

Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994.

PRIETO NIETO, Claudia y Wilma YAMHURE KATTAH. La Fiducia Mercantil Inmobiliaria. Tesis de Grado para optar título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1986.

RENGIFO, Ramiro. La fiducia. Editora e Impresora Ranco Ltda. Bogotá, 1984.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario. Editorial Porrúa. Mexico 1945.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Su significación en America Latina. FELABAN. Bogotá, 1990.

STEWART BALBUENA, Alberto. El Fideicomiso como negocio fiduciario. Grijley. Lima 1996.

VARA MORA, J. Francisco. Fondos de Desarrollo y Fondos de Inversión. Experiencia del banco de México en el manejo de los Fideicomisos de Fomento. En: Banco Central del Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo (ALIDE). Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo. Montevideo, 1981.

VILLAGORDOA LOZANO, Jose Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 2a. Edición. Editorial Porrúa. Mexico, 1982.

El Fideicomiso se terminó de imprimir
en el mes de junio de 1999, en los talleres
gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521), General Varela 1577,
Lima 5, Perú.

