

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE HONDURAS
Facultad de Ciencias Jurídicas



Dirección del Sistema de Estudios de Postgrado
Maestría en Derecho Mercantil
II Promoción

Tesis

“El Fideicomiso, Fomento y Desarrollo en la Banca Hondureña”

Sustentada por la maestranda
Abogada Elba Patricia Mejía Bueso

Coordinador
Dr. Fernán Núñez Pineda

Secretaria
Dra. Martha Rodríguez de Tarallo

Asesor
Dr. José María Díaz Castellanos

En el acto previo a la investidura de master en Derecho Mercantil

Ciudad universitaria José Trinidad Reyes

Tegucigalpa M.D.C.

Honduras, C.A.

2006

Autoridades de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras

Rector: Dr. Raúl Antonio Santos Maldonado

Vicerrector: Dr. Francisco Dubon Paz

Secretario: Abogado y Notario Adalid Rodríguez Reyes

Directora de la Dirección de Estudios de Postgrado: Lic. Irma Yolanda Herrera de Hernández

Autoridades de la Maestría en Derecho Mercantil

Coordinador: Dr. Fernán Niñez Pineda

Secretaria de asuntos académicos: Dra. Martha Dolores Rodríguez de Tarallo

Autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Decana: Abog. Maria Antonia Navarro Bustillo

Secretaria General: Abog. Erlinda Esperanza Flores Flores

Asesor de Tesis

Dr. José Maria Díaz Castellanos

Sustentante

Abogada Elba Patricia Mejia Bueso

Dedico esta Tesis:

A Dios en primer lugar porque es mi creador, mi guía, el que me ha dado el discernimiento para poder comprender las cosas.

A mi amado esposo, mi mejor amigo, mi bastión, mi compañero de lucha en todo momento.

A mis lindos y amados hijos, mis tesoros, mi alegría e inspiración para cumplir las metas trazadas.

A mis padres con mi cariño especial, hermanos, familiares y amistades porque siempre me han dado su apoyo.

ÍNDICE

“El fideicomiso su fomento y desarrollo en la Banca Hondureña”

<i>Introducción</i>	1
I <i>Capítulo I</i>	
<u>Historia del fideicomiso</u>	
1 El derecho romano	5
2 El derecho germano	8
3 El derecho anglosajón “el trust”	9
4 El fideicomiso en Latinoamérica	12
5 El fideicomiso en Honduras	21
III <i>Capítulo II</i>	
<u>El contrato del Fideicomiso</u>	
1 Concepto	25
2 Naturaleza jurídica	29
i) Teoría del mandato	34
ii) Teoría del patrimonio de aceptación	35
iii) Teoría del negocio fiduciario	36
3 Clasificación	38
Fideicomiso Contractual	38
Fideicomiso de Acciones	39
Fideicomiso de Administración	39
Fideicomiso de Beneficencia	41
Fideicomiso de Garantía	41
Fideicomiso de Inversión	42
Fideicomiso Intervivos	43
Fideicomiso Irrevocable	43
Fideicomiso Legal	44
Fideicomiso Mixto	44
Fideicomiso Revocable	44
Fideicomiso Secreto	45
Fideicomiso Sucesivo	45
Fideicomiso Testamentario	45

Fideicomiso Traslativo	46
Fideicomiso Unilateral	46
Fideicomiso Público	46
Fideicomiso Prevención Educativa	47
Fideicomiso de Capitalización Futura	47
Fideicomiso Fondo de Ahorro	47
4 Constitución	48
5 Objeto y Efectos del Fideicomiso	50
i) Objeto	50
ii) Efectos	52
(1) Constitución de un patrimonio especial	52
(2) La propiedad fiduciaria	53
(3) Limitación de la responsabilidad objetiva del Fiduciario	54
(4) Intangibilidad de los derechos del beneficiario	55
6 Titularidad Dominical	55
7 Regulación Legal	57
IV <i>Capítulo III</i>	
<u>Elementos del Fideicomiso</u>	
1 Elementos personales	59
i) Fideicomitente	59
(1) Derechos del Fideicomitente	61
ii) Fiduciario	62
(1) Delegado Fiduciario	67
(2) Comité técnico	68
iii) Fideicomisario	69
V <i>Capítulo IV</i>	
<u>Extinción e Invalidez del Fideicomiso</u>	
1 Extinción del Fideicomiso	73
i) Causas de la extinción	73
ii) Efectos de la extinción	83
iii) Fideicomisos prohibidos	86
(1) Los fideicomisos secretos	86
(2) Los fideicomisos sucesivos	87

(3) Los fideicomisos con duración excedente	87
iv) Invalidez del fideicomiso. Inexistencia y nulidad	89
(1) Inexistencia	90
Características de la inexistencia	92
(2) Nulidad	93
Nulidad Absoluta	94
Nulidad Relativa	96
VI <i>Capítulo V</i>	
<u>Del Fideicomiso Público</u>	98
1 Concepto del Fideicomiso público	101
2 Diferencias entre el Fideicomiso público y el privado	103
3 Antecedentes del Fideicomiso público	103
4 Dominio Fiduciario del Estado	116
VII <i>Capítulo VI</i>	
Del Fideicomiso de titulación	127
1 Fideicomiso de Titulación	134
2 Sociedades de Titulación	136
3 Cesión de Bienes o activos. Patrimonio fideicometido	139
4 Registros públicos	140
5 Supervisión y control	141
6 Cesación del Dominio Fiduciario	141
VIII <i>Conclusiones</i>	143
IX <i>Recomendaciones</i>	146
<i>Propuesta para la legislación vigente</i>	
Reglamento para el manejo del Fideicomiso	
X <i>Anexos</i>	172
1 Modelo de contrato de Fideicomiso Público mediante concurso privado.	
2 Modelo de contrato de Fideicomiso Público para manejo de fondos y administración de Cartera.	
3 Modelo de contrato de Fideicomiso suscrito por Fonaprovi	
4 Contrato el Fideicomiso Privado de Garantía y en Administración	

- 5 Sentencia de la Sala Segunda de Apelaciones sobre la Inembargabilidad de los Fideicomisos.
- 6 Estadística de Bancos Privados sobre el manejo de los Fideicomisos
- 7 Decreto 237-2003
- 8 Estadísticas fiduciarias comparativas, realizadas por Felaban del los años 2001 y 2004

XI *Bibliografía*

361

UDI-DEGT-UNAH

INTRODUCCIÓN

El negocio del Fideicomiso dentro del ámbito del Sistema Bancario es por lo menos es un noventa por ciento Derecho; básicamente figura jurídica creada por el derecho civil, y el otro diez por ciento, actividad bancaria regular.

Figura esta que América Latina ha ido desarrollando y que relativamente es nueva en relación con otras figuras jurídicas; Para el caso en el área centroamericana, y específicamente en Honduras, que con la regulación del fideicomiso se incorpora a los países no anglosajones, que como Panamá y México entre otros han establecido esta figura anglonorteamericana, en el año de 1946 donde el gobierno de Honduras, nombró una comisión encabezada por el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez y los abogados Don Urbano Quezada Y Don Roberto Ramírez, con el propósito de elaborar las bases del anteproyecto de un nuevo Código de Comercio; ya que el Código de Comercio de 1940 fue hecho con la espalda vuelta hacia la realidad mercantil y a las nuevas figuras concebidas del derecho mercantil de esa época, no tenía nada de moderno en toda su estructura, era tan anticuado como el de 1898. Y es hasta en 1950 que ha sido creada en nuestro vigente código de Comercio, contemplada en 30 artículos del 1033 al 1062. La cual según la exposición de motivos de dicho Código representa una modalidad en el derecho de propiedad, introducido ya en algunos países de derecho latino. Supone el fideicomiso una atribución de propiedad a un banco fiduciario sobre ciertos bienes para que el banco obrando como si fuera

propietario, destine los bienes y sus productos a la realización de un fin lícito y determinado, señalado por el fideicomitente. El banco fiduciario va a recibir muchas más facultades de las que ordinariamente necesita para la consecución del fin propuesto, pero no debe usar de esas facultades amplísimas, de dueño, que recibe sino en la medida que sea requerido para el fin propuesto. Hay en el fideicomiso una transmisión de dominio y el compromiso del banco adquirente de no utilizar este dominio, sino para el cumplimiento del fin propuesto.

Debe tenerse en consideración la evolución tanto histórica como jurídica del Fideicomiso, la importancia y amplitud que ha alcanzado en Latinoamérica.

Podemos descubrir la necesidad de un estudio analítico, sistemático y general, para regular los principios, la administración fiduciaria, los derechos y obligaciones de las partes y de terceros, aspectos como la inexistencia y la nulidad y otros dentro de un ordenamiento jurídico especial así como lo han desarrollado en leyes especiales en países latinoamericanos como México, Argentina; y no es de dejar por fuera la influencia económica de los Estados Unidos sobre todo en los países del caribe.

Mediante la figura del Fideicomiso es posible separar bienes de un determinado patrimonio a un fin específico. Los activos de un fideicomiso nunca se mezclan con los de quien lo administra, solo puede movilizarse de acuerdo con las instrucciones de quien lo crea. La flexibilidad del fideicomiso permite que exista en múltiples modalidades que van desde

los testamentarios hasta lo que se usan de Garantía de operaciones de Créditos. El fideicomiso permite una administración de activos con gran seguridad en términos de protección contra terceros y goza, asimismo del ingrediente de alto nivel de confidencialidad.

La aplicación del fideicomiso de manera especial en el sistema bancario así como en el Estado, y otras entidades financieras ha abierto perspectivas que no se sospechaban dado a su naturaleza, que en pocos años ha proporcionado resultados positivos llegando a niveles muy sustanciales, ya que esta figura constituye un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio. Este instrumento puede ser aplicado para el fortalecimiento de sectores como: la industria, el agro, vivienda, proyectos de desarrollo como plantas hidroeléctricas entre otros. Mediante financiamientos a largo plazo con tasas de interés módicas, amortización de deuda a mediano y largo plazo, de acuerdo a la capacidad de pago del usuario.

Conoceremos el Fideicomiso Público, desconocido como tal en nuestra legislación pero de aplicabilidad frecuente en nuestro aparato estatal.

Realizaremos un análisis dentro de los fideicomisos públicos acerca de la constitución de fideicomisos en Zonas de Seguridad, existiendo una prohibición constitucional en el artículo 107 de la Constitución de la República de Honduras de 1982.

Y desde el punto de vista financiero, es destacable mencionar un tipo de fideicomiso que se transforma en un instrumento para obtener capital de

trabajo sin mayor endeudamiento, permitiendo inyectar nuevos recursos al sistema del mercado reiniciando un proceso de inversión que con mayor liquidez y garantía, beneficia a la economía nacional, transformando préstamos o cuentas de activo ilíquidas a cobrar en títulos valores que son activos líquidos. Y este es el Fideicomiso de Titulación.

Dentro de la investigación hemos realizado muchas entrevistas de personas que dentro de sus funciones tienen el manejo, la revisión, la aprobación, la fiscalización, la contabilización, etc., de los diferentes fideicomisos que hablaremos.

UDI-DEGT-UMPH

CAPITULO I

HISTORIA DEL FIDEICOMISO

Antecedentes históricos del fideicomiso en el Derecho Romano, germano, anglosajón y latinoamericano

La expresión “fideicomiso” tiene sus origen etimológico en el termino latino *fideicommissum* que resulta de la conjunción de dos palabras *fides-fidei* que significa fe, confianza, y *commissus*, que traducido a nuestra lengua quiere decir “confiado”.

El *fideicommissum* romano, conforme lo veremos a continuación, es la disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda a parte de ella encomendada a la fe de una persona para que ejecute su voluntad.¹

1. El Derecho Romano

El nuevo “fideicomiso” guarda una cierta similitud con dos instituciones romanas: *la fiducia* y *el fideicomiso testamentario*.

Ambas fueron instituciones creadas por el Derecho Romano con el fin de eludir ciertas prohibiciones legales para la realización de algunos actos jurídicos. Se los conocía como “negocios de fiducia” porque lo característico de ambas instituciones era la “confianza” depositada en el fiduciario para el cumplimiento del encargo recibido del fiduciante.

1. LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., Fideicomiso. Dominio fiduciario, Secularización, 2ª ed., Desalma, Buenos Aires, 1996, p.

Se los conocía como “negocios de fiducia” porque lo característico de ambas instituciones era la “confianza” depositada en el fiduciario para el cumplimiento del encargo recibido del fiduciante.

La fiducia o *pactum fiduciae* era una convención anexa a una enajenación por *mancipatio* o por *in jure cessio*, y que desaparece cuando esos modos de enajenar caen en desuso, no siendo regulada por Justiniano.²

Bonfante define la fiducia como “una convención, por lo cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, asume la obligación de hacer uso de ella con un fin determinado, y por lo menos, según regla general, restituirla una vez logrado el fin”.³

En un comienzo el deber de la restitución de la cosa quedaba librada a la buena fe y a la honradez del fiduciario, por cuanto este se convertía en propietario de la misma. Tal era la característica del instituto en el Derecho clásico y la razón de su denominación. Pero con el tiempo, el fiduciante fue adquiriendo una serie de acciones de creación pretoriana para su protección frente a los abusos del fiduciario.

Es decir de una fiducia “pura”, generadas por una simple obligación natural, protegida solamente por las reglas del honor y de la buena fe, se paso a la denominada fiducia “legal”, en las que las acciones reguladas por el Derecho remplazaron a la *fides* primitiva.

2. Lopez De Zavalía, Fernando J., *fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Zavalía, Buenos Aires. 1996, pag.24.

3. Lopez De Zavalía, *fideicomiso*, Desalma, Buenos Aires, 1998, pag.5

La fiducia era utilizada con una multiplicidad de fines. Los mas comunes eran *la fiducia cum creditore* y *la fiducia cum amico*.

La primera de ellas cumplía una finalidad de garantía de una obligación. La deuda transfería la propiedad de una cosa a su acreedor, quien debía devolvérsela cuando la deuda fuera pagada.

La fiducia *cum amico* consistía en la transmisión de una propiedad sobre una cosa, con el objeto de que el receptor la custodiara o la usara. Traducido a nuestro Derecho, esta modalidad de fiducia romana guarda notable similitud con los fines propios del comodato y del depósito, con una diferencia sustancial: que en estas no se produce la transmisión de la propiedad, sino que se concede tan solo la tenencia de la cosa entregada en depósito o en uso.

La fiducia romana implicaba la transferencia plena de la propiedad sobre los bienes fideicomitidos a favor del fiduciario. En consecuencia, si este la enajenaba, el fiduciante carecía de acción contra el tercero adquirente; solo contaba con un *actio fiduciae* por rendición de cuentas contra el fiduciario.⁴

Paulatinamente ambas figuras-*fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*-fueron cayendo en desuso, siendo desplazadas por nuevos esquemas contractuales que satisficieron con mas efectividad y simpleza los fines perseguidos por la antigua fiducia, tales como la prenda, el mandato y el deposito.

El *fideicommissum* o “fideicomiso testamentario” era empleado por el testador que deseaba beneficiar mortis causa a una persona que carecía de capacidad hereditaria a su respecto, por lo que no le quedaba mas recurso que encomendar a su heredero el cumplimiento de su voluntad

de transmitir a dicha persona la propiedad sobre un objeto particular o de parte del acervo hereditario.⁵

De la misma manera que sucedía con la primitiva fiducia, en un principio, el cumplimiento de la encomienda del testador quedaba sujeta a la buena voluntad del fiduciario. Con Justiniano el fideicomisario pasó a contar con una acción personal para exigir del fiduciario la transmisión del derecho real que le correspondía por voluntad del causante.⁶

Este instituto fue recogido por las legislaciones de raíz romana, bajo la denominación de “sustituciones fideicomisarias”, las que fueron expresamente prohibidas por Vélez Sarsfield en los artículos 3723, 3730 y concordantes del Código Civil de Argentina.

2. El Derecho Germano

El fideicomiso en el antiguo Derecho germánico se manifestó en dos institutos diferentes: la prenda inmobiliaria y la *manus fidelis*. La prenda inmobiliaria era parecida a la fiducia *cum creditore* del derecho Romano, pero limitada a los inmuebles. La *manus fidelis*, semejante al fideicomiso testamentario de los romanos, se utilizaba para beneficiar a quien no hubiera podido obtener directamente la calidad de sucesor.

Lo que para nosotros es el fiduciario, en el Derecho germánico recibía el nombre del *saldman* o *theuhand*, es decir, aquella persona que recibe un bien del propietario originario con la obligación de transmitirlo al

4. Lopez De Zavalía, fideicomiso... cit., Pág.27

5. Lisoprawski y Kiper, Fideicomiso... cit. Pag.

6. Lopez de Zavalía, fideicomiso... cit. Pag. 29

adquirente definitivo.⁷

El negocio fiduciario germano se diferencia del romano en que en este el fiduciario recibía la propiedad plena sobre los bienes fideicomitidos, quedándole al beneficiario solamente un derecho personal para exigir la transmisión de la propiedad en su favor cuando la obligación se tornará flexible. En cambio, en el fideicomiso germano, el *saldman* o *theuhand* adquiere una propiedad limitada sobre la cosa recibida del fiduciante, puesto que su transmisión estaba sujeta a una condición resolutoria.

Suele decirse que el fiduciario germano adquiere la calidad de propietario formal o legal de los bienes fideicomitidos, en tanto que el fiduciante conserva la propiedad material.⁸ Ello deriva en que el fiduciante, al no haber transmitido la propiedad plena sobre la cosa fideicomitada, puede reivindicarla de cualquier tercero que la detente. Esta suerte de duplicidad del Derecho de propiedad en legal y formal, marca una clara influencia en el trust anglosajón, que a su vez es el antecedente del nuevo fideicomiso argentino.

3. El Derecho anglosajón: El "Trust"

El "trust" es la institución de amplia difusión en los países anglosajones, utilizada con fines prácticamente ilimitados, tanto en el ámbito económico como el de la familia.

El antecesor del trust es el *use*, primitiva figura jurídica del Derecho anglosajón, creada hacia el siglo XIII a efectos de eludir restricciones legales a la libre disposición y utilización de los bienes Inmuebles

7. Lopez De Zavalia, Fideicomiso...cit. Pág. 31

8. Lisoprawski y Kiper, Fideicomiso...cit. Pág. 9

Derivadas de la colisión normativa entre el Derecho vigente en la época de la conquista normanda y las nuevas reglas impuestas por los vencedores.⁹

Mediante el *use*, una persona (*settlor*) transmitía la propiedad sobre tierras a otra (*feoffe of use*), para que esta permitiera el pleno goce de aquellas a un tercero (*cestui que use*), que podría ser el propio *settlor*.

Cuando en el Derecho anglosajón solo existía el *common law*, el *cestui* se veía absolutamente desprotegido frente a los abusos del *feoffe*, a quien el Derecho le reconocía plenas facultades de uso y goce de la propiedad fideicomitada.

En un comienzo, con el *use* ocurrió lo mismo que con la primitiva fiducia romana: el *cestui* no tenía ninguna posibilidad de exigir al *feoffe* el cumplimiento de la voluntad encomendada por el *settlor*.

Por ello es que la injusticia derivada de la rigidez del *common law* o Derecho común fue corregida por el *equity* o Derecho de la equidad, reconociéndole al *cestui* el derecho de acudir ante la chancillería para lograr el cumplimiento de las prestaciones debidas por el *feoffe*.

Durante varios siglos convivieron dos niveles u órdenes jurídicos: el *common law* y la *equity*. Mas tarde, hacia el siglo XVI, surgió un nuevo orden jurídico o fuente del Derecho: los *statutes* o leyes escritas con la Sanción de la ley de usos por Enrique VIII.

El *common law* es el consagrado por los tribunales, por eso es que también se le conoce como Derecho consuetudinario. Debido a la rigidez y a la formalidad que lo caracterizaba, tuvo origen la *equity*,

9. Giraldi, Fideicomiso, Pág. 1.

Un nuevo orden jurídico que era aplicado por el canciller, un representante del rey que juzgaba conforme a las leyes de la equidad. De esa forma se fue desarrollando una jurisprudencia de la equidad, distinta y paralela a la del *common law*.

El trust es un contrato en virtud del cual el *settlor* transmite la propiedad legal de uno o varios bienes determinados al *trustee* para que los afecte al cumplimiento de una finalidad determinada.

El *trustee* se convierte en el propietario legal de los bienes fideicomitidos. El *common law* le reconoce la propiedad plena o “legal” sobre los mismos, por lo cual en el caso de que el *settlor* permaneciese en la posesión de estos, para el *common law* es un simple tenedor o poseedor en nombre del *trustee*, único dueño legal de dichos bienes.

Para exigir el cumplimiento de las prestaciones debidas por el *trustee*, el beneficiario o el *settlor* pueden acudir a los tribunales de la equidad. También pueden accionar por esta misma vía de la equidad en contra de terceros adquirentes de los bienes fideicomitidos, siempre y cuando no sean de buena fe.

En síntesis para el Derecho anglosajón, el fideicomiso implica la concurrencia de dos clases de derechos de propiedad diferente: uno legal en cabeza del *trustee*, y otro equitativo en cabeza del *settlor*. Para que la propiedad sea plena es necesario que ambos títulos coincidan en la misma persona.

Una particularidad de esta figura, es que los bienes afectados al trust no se confunden con el patrimonio del *trustee*. Ello implica que la insolvencia de esta no afecta al patrimonio fiduciario; los acreedores personales del *trustee* no pueden pretender el cobro de sus créditos

mediante la ejecución de los bienes del trust. Estos componen una suerte del patrimonio de afectación por el cumplimiento de los fines previstos por el *settlor*, y el *trustee* viene a cumplir el rol de administrador del mismo.

El beneficiario o *cestui que trust* no necesariamente tiene que ser una persona determinada, o un grupo mas o menos definido de individuos, puede ser también un propósito o una finalidad como la protección del medio ambiente o de la fauna. Esto diferencia al instituto del análisis de nuestro fideicomiso, en que el beneficiario debe ser una o varias personas determinadas o determinables.

En el derecho angloamericano existen dos clases de trust: el *Express trust* y el *implied trust*, según se constituyan por manifestaciones expresas en ese sentido o por expresiones de las que se deduce tal propósito.

En la actualidad, el trust se halla regulado por un cuerpo de jurisprudencia altamente sofisticado y eficiente en su capacidad de adaptarse para llevar a cabo los objetivos deseados por quienes participan en este tipo de negocio.¹⁰

4. El fideicomiso en Latinoamérica

El fideicomiso se ha manifestado en las diversas legislaciones de los países latinoamericanos con una serie de rasgos esenciales en común, que denotan una directa influencia en el trust anglosajón, aunque por la denominación pareciera derivar de la fiduciaria romana.

10. Funes, Saturnino Jorge, El fiduciario en la ley 24441, en cuadernos de la universidad Austral, N° 2, Fideicomiso, Desalma, Buenos Aires, 1996, Pág. 15

El Trust desembarco en México junto con la pacífica penetración económica de inversiones de capitales norteamericanos a comienzos de este siglo, fundamentalmente en los rubros ferroviario y de explotación petrolera. El contacto entre hombres de negocios y profesionales del derecho de los estados Unidos y de México, hizo interesar a estos últimos en los aspectos técnicos del trust, hasta entonces prácticamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones. 11

En cierta medida el trust fue impuesto por los empresarios del país del norte que, acostumbrados a este instrumento de crédito, presionaron a los operadores del Derecho Mexicano a buscar la forma de adaptar esta institución anglosajona al sistema jurídico local.

El principal obstáculo que los juristas mexicanos debieron sortear fue el régimen de doble propiedad característico del trust, que distingue la propiedad legal de la materia, que es incompatible con el principio de exclusividad de los sistemas jurídicos de raíz latina. Si bien no era posible importar el trust anglosajón, el empeño de los juristas mexicanos condujo a la creación de una figura con rasgos particulares: “*EL Fideicomiso*”.

El fideicomiso latinoamericano se trata, entonces, de una figura jurídica nueva inspirada y no derivada del *trust anglosajón*.

El fideicomiso fue incorporado por diversos países latinoamericanos mediante leyes específicas o bien asignándoles un capítulo especial en sus Códigos Civiles. Así, el primero fue el legislador mexicano, quien en 1924 lo instituyó dentro de La Ley General de Instituciones de Crédito y

11. Giraldi, Fideicomiso, pags. 11 y ss

Establecimientos Bancarios.

Con un mayor o menor alcance, el fideicomiso se encuentra regulado en la legislación de otros países latinoamericanos como:

Chile: en su artículo 733 del Código Civil regula la propiedad fiduciaria definiéndola como aquella que esta sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificar una condición, y en sus artículos 734 al 763 regula el fideicomiso, que puede constituirse sobre la titularidad de una herencia, sobre una cuota determinada de ella, o sobre una o más cuerpos ciertos, por acto entre vivos otorgado en instrumento público o por acto testamentario.

Colombia: en su Ley de Establecimientos Bancarios no. 45 del 16 de Julio de 1923, en sus artículos del 105 al 111 regula las secciones fiduciarios de los establecimientos bancarios. “las sumas que reciban las secciones fiduciarias de los Bancos, por concepto de administración de fincas raíces, requieren un encaje del 50%(art.7 decreto no. 329 de 25 de febrero de 1938). El código de comercio de 1971, en su título XI “De La Fiducia”, regula el negocio fiduciario y otras instituciones de Derecho Mercantil y dispone lo siguiente: “La Fiducia Mercantil en un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de este o de un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario (art. 1226). Actualmente

el fideicomiso está regulado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia contenido en el Decreto Ley no.163 de 1993.

Costa Rica: La Ley General de Bancos de 1936 disponía “Los Bancos Comerciales podrán efectuar las siguientes operaciones: 13) aceptar y ejecutar comisiones de confianza” y en su artículo 71 disponía: CAPITULO III.- comisiones de confianza.- los bancos comerciales podrán desempeñar las siguientes comisiones de confianza: 1) De depositarios judiciales y extrajudiciales o interventores en negocios o asuntos bancarios; 2) De liquidadores de sociedades mercantiles, o de negocios comerciales de persona físicas, que no se hallaren en estado de quiebra; y 3) De representantes de tenedores de bonos o acciones en emisiones hechas de conformidad con la ley. El código de comercio del 24 de Abril de 1964 regula el fideicomiso.- La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica no. 7558 en su artículo 116, establece la obligatoriedad para aquellos fideicomisos que realicen actividades de intermediación financiera, la sujeción a las razones de suficiencia patrimonial, provisiones y limites de crédito y demás normas que le dicte La Superintendencia Bancaria.- En octubre del 1971 se modifico La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, y en su articulo 116, numeral 7, autoriza a los bancos del sistema financiero nacional suscribir contratos de fideicomiso.- La Ley 7558 de noviembre de 1995 libera a los fideicomisos del pago de impuesto de traspaso de los bienes fideicomitados y obliga a los fiduciarios retener el impuesto sobre las rentas producidas por los fideicomisos.

El Salvador: regía La Ley de Fideicomiso de 12 de noviembre de 1937, derogada por el actual Código de Comercio de 1971.- La Ley de Bancos y Financieras, emitida en 1991, faculta a los bancos y financieras aceptar y manejar fideicomisos y practicar operaciones de fideicomiso.

Guatemala: el fideicomiso esta regulado por el Código de Comercio de 1970.

México: la primera regulación legal sobre el fideicomiso esta contenida en La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de 1925.- No obstante con anterioridad se conocía en México el “trust deed”, una figura del trust anglosajón.- actualmente rige La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932. La Ley de Instituciones de Crédito de 1990 contiene regulaciones sobre el fideicomiso.

Nicaragua: “los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones indiferentes: 5) Ejecutar comisiones de confianza o de fideicomiso con autorización del superintendente de Bancos y conforme a un reglamento especial que dictara el Poder Ejecutivo (art.77, Ley General de Instituciones Bancarias, de 1940).

La Ley General de Bancos y otras instituciones, de 1963, derogó la de 1940 y dispone “operaciones de confianza. Art.60. Todos los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza: actuar como fiduciarios de fideicomisos que se constituyeren en virtud de leyes especiales. Los fondos, valores o efectos que los bancos recibieren en

virtud de las operaciones enumeradas en este artículo los deberán de contabilizar debidamente separados en las cuentas de la institución. Las operaciones de que trata el presente artículo se sujetaran a los reglamentos que emita el Banco Central”. La Ley Especial sobre Sociedades Financieras, de Inversión y otras de 1970, dispone: “actividades.- art.3.- serán propias de las sociedades financieras las siguientes actividades: i) Efectuar operaciones de fideicomiso, cuando lo autorice la ley”

Panamá: debido a los trabajos del ilustre jurista panameño Doctor Ricardo J. Alfaro, se emitió la primera ley sobre fideicomisos en 1925. Posteriormente, se emitió La Ley número 77 del 20 de junio de 1941, que permitiría al Banco Nacional de Panamá realizar operaciones bancarias de fideicomiso. Actualmente rige la Ley 1, de 5 de enero de 1984, por lo cual se regula el fideicomiso y se adoptan otras disposiciones. El Decreto Ejecutivo Numero 16, de 3 de octubre de 1984, reglamenta la Ley número 1 de 5 de enero de 1984.

Puerto Rico: La Ley de Fideicomiso, número 40, de 23 de abril de 1928, dispone: “artículo 1: esta Ley se concederá como “Ley de compañías de Fideicomiso” y será aplicable a todas las corporaciones que hasta ahora se hayan organizado o que en lo sucesivo se organicen con el fin de dedicarse al negocio del Fideicomiso en Puerto Rico”.- “Artículo 2: el termino compañía de fideicomiso, para los fines de esta ley, significa una corporación del país formada con el objeto de tomar, aceptar y cumplir o ejecutar los fideicomisos que legalmente se le confíen, actuando como

fiduciaria en los casos prescritos por la ley, recibiendo depósitos de dinero o de otra sociedad muebles (personal property) así como emitiendo documentos por los mismos y prestando dinero con garantías reales o personales.

Québec: A partir de 1991, Québec cuenta con un moderno Código Civil en el que reglamenta el fideicomiso como un patrimonio común de afectación, el cual se encuentra expresamente previsto en el artículo 915.

Venezuela: La Ley de Bancos del 24 de Enero de 1940 disponía, en su artículo 16: “el ejecutivo federal podrá autorizar a los bancos para que actúen como mandatarios o administradores de bienes ajenos y para que desempeñen cualquier otra función de fideicomiso que las leyes permiten conferir. La Ley de Fideicomiso del 23 de Julio de 1956 aún vigente, en su artículo 1 dice: “El Fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente trasfiere uno a más bienes a otra persona llamado fiduciario, quien se obliga a utilizarlos a favor de aquel o de un tercero llamado fideicomisario. Esta se complementa con la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, reformada por ultima vez en Enero de 1994, en su artículo 32 que dice: “los banco comerciales, los banco hipotecarios, los bancos de inversión y los bancos universales requieren autorización de la superintendencia para actuar como fiduciarios de conformidad con La Ley de Fideicomisos...” así como por la Normativa de La Superintendencia de Bancos (Sudeban). Además, encontramos una serie de legislaciones en las que

se determina el uso del fideicomiso, como obligatorio para ciertas actividades administrativas del estado en lo referente a programas sociales, de inversión y desarrollo.

Su principal desarrollo se inicia en los años setenta, con los fideicomisos de Prestaciones Sociales, para posteriormente, a partir de los ochenta, incrementar su actividad con los fideicomisos de Garantía, y finalmente en los noventa con la participación del estado como usuario (Fideicomitente), principalmente con los fideicomisos de Administración, lo cual ha contribuido a un crecimiento exponencial de los bienes administrados en el sistema fiduciario venezolano.

Otros países: las comisiones o encargos de confianza que aparecen transcritas al mencionar la Ley General de Bancos de 1936, en Costa Rica, y la Ley General de Instituciones Bancarias, de Nicaragua, de 1940, que se atribuían a las instituciones bancarias, no son la precisa figura del fideicomiso y están también reguladas por Bolivia, Perú, Brasil y otros países latinoamericanos.

Al margen de las diferencias que puedan existir entre las diversas variantes del fideicomiso latinoamericano, existen rasgos característicos que lo distinguen del trust en primer lugar, y del clásico negocio fiduciario, en segundo termino. Del trust, como hemos dicho, por cuanto este se estructura sobre la base de una doble propiedad, incompatible con la exclusividad que nuestro Derecho Civil reconoce al dominio. Y del negocio fiduciario, debido a que la ley prevé los mecanismos para que el

cumplimiento del objeto de la fiducia no quede librado a una sola voluntad y a la buena fe del fiduciario.

Estos rasgos esenciales que son comunes en las distintas versiones del fideicomiso latinoamericano pueden resumirse en los siguientes: la afectación de un patrimonio especial a un propósito determinado; un sujeto ajeno a la finalidad perseguida encargado de los actos tendientes a su cumplimiento, y un beneficiario de tal actividad.

El fideicomiso en Latinoamérica, fue promovido en los años treinta a través de una comisión del Congreso Norteamericano, la cual pretendía que estos países incluyeran en sus legislaciones conceptos de operaciones de confianza (trust) y mandato, basados en los principios fiduciarios.

Previamente, Don Andrés Bello, en el siglo XIX había introducido el tema en los códigos civiles que rigen la mayoría de los países latinoamericanos.

A pesar de ambos esfuerzos, aun existen mercados donde la figura presenta poco o ningún uso.

El principal desarrollo del fideicomiso en Latinoamérica, se presenta a través de México, luego se destacan países como Venezuela, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Argentina, Cuba, Panamá, Ecuador, Paraguay y Perú.

La federación latinoamericana de bancos, a través de su Comité técnico del Fideicomiso (Colafi), ha desarrollado una destaca labor de promoción y divulgación de la figura, logrando la afiliación de mas de una docena de

países, que convergen todos los años en su reunión anual en el marco de un Congreso del fideicomiso abierto y participativo, donde se abordan diversos temas en torno a la figura.

5. El Fideicomiso en Honduras

Historia

En Honduras las sustituciones fideicomisarias no se reconocieron en el primer Código Civil de 1880, ni en el de 1898, ni en el actual de 1906. La primera regulación del fideicomiso esta en el Código de Comercio de 1950 y en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero de 1995, (derogada).

El fideicomiso fue introducido a Honduras con la promulgación del anteriormente mencionado Código de comercio en 1950, con lo que se nos incorporó a los países no anglosajones que como Panamá y México, entre otros, ya lo habían establecido.

En nuestro Código Civil (1906) existe la institución denominada de los ejecutores fiduciarios y se trata de personas de confianza del testador que puede ser el heredero o cualquier persona mayor de edad que tenga la libre administración de sus bienes para que se invierta en uno o más objetos lícitos una parte de ellos (Art. 1020).

En 1955 es creada la Ley de Establecimientos Bancarios, que establecía que correspondía únicamente a los bancos autorizados la práctica de operaciones del fideicomiso, la que se mantuvo sin alteración hasta el

año 1963 en que se promulga la Ley de Impuesto Sobre la Renta. En Honduras el fideicomiso no goza de un tratamiento fiscal especial y esta sujeto a las normas fiscales de carácter general.

En el año 1975 se promulga la Ley de la Financiera Nacional de la Vivienda, entidad desaparecida a la que dicha ley le confería facultades para actuar como fiduciario.

El año siguiente 1976, se promulga la Ley de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, a las que se faculta para Administrar bienes en fideicomiso previa autorización de La Financiera Nacional de la Vivienda.

En 1995, el Congreso Nacional de La República promulga La Ley de Instituciones del Sistema Financiero, que dedica el capítulo V del título segunda a las negociaciones del fideicomiso y otros negocios financieros (derogada).

Establece que las operaciones del fideicomiso se regirán por el Código de Comercio, por la propia ley y por las resoluciones que sobre la materia emita el Banco Central de Honduras, previo dictamen de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros.

Esta ley autoriza para actuar como fiduciario a los bancos y asociaciones de Ahorro y Préstamo, estas últimas con la limitación de serlo únicamente para fideicomisos, relacionados con el desarrollo de programas de vivienda y construcciones complementarias.

El 21 de Septiembre del 2004, el Congreso Nacional promulga mediante decreto no. 129-2004 La Ley del Sistema Financiero, derogando la Ley de Instituciones del Sistema Financiero emitida en el decreto no. 170-95 del 31 de Octubre del 1995.

En el 2003, dada la situación del sector agrícola y su impacto tanto sobre el desarrollo económico y social como sobre el sistema financiero del país, con la necesidad primordial de que El Estado apoye y haga posible la rehabilitación financiera de los productores con proyectos viables, garantizando las condiciones de seguridad para los participantes de los contratos de crédito, el 24 de Abril se promulga la Ley de Fortalecimiento financiero Del Productor Agropecuario mediante decreto no. 68-2003 donde se crea y constituye un fideicomiso para el fortalecimiento financiero del productor agropecuario. En el cual se creó todo el marco jurídico para apoyar la consolidación financiera del sector agropecuario nacional. Con la participación de la Secretaría en el Despacho de Finanzas para que pueda constituir el fideicomiso con los fondos del FONAPROVI.

El 1 de octubre del 2004, La Comisión de Bancos y Seguros mediante la Resolución no. 890/07-09-2004, emite el Reglamento Para La Organización y Actividades de las Sociedades de Titulación y el Proceso de Titulación; de acuerdo con el artículo 253 de la Ley de Mercado de Valores, Decreto no. 8-2001, donde se crea la figura en nuestra legislación del Fideicomiso de Titulación, en su artículo no. 9.

El 1 de Abril del 2005, se crea la Ley Del Banco Hondureño Para La Producción y la Vivienda BANHPROVI, en la cual en su artículo 4, regula la celebración de contratos de fideicomisos como fiduciario y como administrador de fideicomisos.

La actividad fiduciaria en la Banca en Honduras surge en el año de 1961, cuando el Banco Atlántida, S.A. abre el primer Departamento

Fiduciario, manejando hasta la fecha fideicomisos inmobiliarios, fideicomisos de inversión, de administración de valores, de fondos de pensiones, de administración, testamentarios, con base en una póliza de seguros, manejo de cartera de prestamos, administración de bienes, administración de acciones, fondos médicos, administrativos de cuentas por cobrar, fideicomisos turísticos, custodia de valores, teneduría de libros, fideicomisos educativos, de beneficencias, de garantía y conversión de deuda externa.

El fideicomiso no es una operación bancaria activa ni pasiva, es operación neutra, y así lo regula el Código de Comercio en el título II, “CONTRATOS MERCANTILES EN PARTICULAR”, capítulo VIII”, Operaciones de crédito y bancarias”: Pagos y cobros, Servicio de carga y tesorería, servicios de custodia, Fideicomiso, Cajas de Seguridad, y otros servicios bancarios.

CAPITULO II

EL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

1.- CONCEPTO.

En sentido amplio, el fideicomiso es un negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad.

La doctrina se ha ocupado de definirlo de diversas maneras, aunque todos coinciden en que en el fideicomiso se dan dos notas básicas:

- a.- la transferencia de la propiedad, y
- b.- el encargo de confianza, es decir, el destino que el fiduciario debe darle a los bienes que le han transmitido.

Así Carregal lo define sintéticamente como “El contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le trasfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le de el destino convenido”.¹²

Giraldi lo define como “un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y

En el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento”.¹³

12. Carregal, Mario, El Fideicomiso, Universidad, Buenos Aires, 1982, p.48

13. Giraldi, Fideicomiso, p.21

Y nuestro Código de Comercio establece en su artículo 1033 que: “El fideicomiso es un negocio Jurídico en virtud del cual se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen”. El fideicomiso implica la cesión de los derechos o la traslación del dominio de los bienes a favor de fiduciario (art. 1035 C. de C.). Frente a terceros, el fiduciario tendrá la consideración de dueño de los derechos y bienes fideicometidos (art. 1036 C. de C.). Este último en consecuencia de los dos artículos anteriores, es decir que el fiduciario tiene la titularidad dominical de los bienes dados en fideicomiso. Por ejemplo, si el fiduciario vende los bienes, esta venta es perfecta, por tanto que como dueño el fiduciario puede vender, a menos que en el contrato de fideicomiso se haya estipulado expresamente que el fiduciario no puede vender. En este último caso la venta será inválida, pero si en el contrato no hay una cláusula expresa que se prohíba la venta de los bienes, la venta de los mismos será un acto perfectamente válido.

El fiduciario ejercerá las facultades dominicales sobre los bienes y derechos dados en fideicomiso, de acuerdo con las siguientes condiciones: 1^a.- Tales facultades se ejercerán en función del fin que se deba de realizar y no en interés del fiduciario; 2^a.- el beneficio económico del fideicomiso recaerá sobre el fideicomisario; 3^a.- el fideicomisario podrá impugnar los actos del fiduciario que excedan los límites funcionales de establecimiento; y 4^a.- los bienes y derechos deben volver al fideicomitente en el plazo máximo de treinta años o pasar

definitivamente al fideicomisario o a persona determinada, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de las personas indicadas en el art. 1050. (Art. 1037 Cod. de Com.).

Con estas condiciones, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado.

Nuestro Código de Comercio establece que puede constituirse por acto entre vivos o por testamento (art. 1034), con tal de que conste por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se dan en fideicomiso. El fideicomiso podrá estar contenido dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de las partes lo que constituya el fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente.¹⁴ Por ejemplo: en un contrato de préstamo se pacta como garantía un fideicomiso. El antecedente de la constitución será el pacto entre prestamista y prestatario; pero el fideicomiso se constituirá por la declaración de voluntad del prestatario.

Por patrimonio autónomo entendemos por un patrimonio distinto de otros, sobre todos de los patrimonios propios de los que intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario).¹⁵

14 Cervando Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de crédito; pag, 313.

15 Conf . Landereche Obregón , op. Cit., pag. 15

A ninguno de los tres elementos personales debe ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicometidos; sino que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados.¹⁶

No importa en realidad, el problema de la propiedad, porque el patrimonio fideicometido puede estar constituido por los derechos que no constituyan propiedad en sentido jurídico, y porque en todo caso, si se tratare de derechos dominicales, estos derechos habrán sido sacados fuera del régimen normal de la propiedad para colocarse bajo la titularidad del fiduciario. Por ejemplo, en el patrimonio ejidal. La llamada propiedad ejidal no es en sentido tradicional, propiedad, ni el ejidatario, ni el alcalde ni el Estado, puede decirse que sean propietarios de la parcela. Se trata de bienes que han sido sustraídos, por mandato legal, al régimen normal de la propiedad. No tiene propietario en sentido técnico estricto; no constituyen propiedad, y no son vacantes. Se encuentran situados en posición legal especial.

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, ejerciendo las facultades dominicales, salvo las normas y limitaciones que quedaran establecidos en el acto constitutivo, tomando en consideración las siguientes consideraciones:

1a.- Tales facultades se ejercerán en función del fin que se debe realizar y no en interés del fiduciario.

16 Conferencia Pierre Lepaule, *Traite Theorique et pratique dest Trusts en Droit interne*, Paris 1932, pag.40

2ª.- El beneficio económico del fideicomiso recaerá sobre el fideicomisario;

3a.- el fideicomiso podrá impugnar los actos del fiduciario que exceden los límites funcionales de establecimiento; y

4ª.- Los bienes y derechos deben volver al fideicomitente en el plazo máximo de treinta años, o pasar definitivamente al fideicomisario o a persona determinada, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de: 1.- fideicomisos secretos; 2.- fideicomisos con beneficio a diversas personas sucesivamente; y 3.- fideicomisos con duración mayor de 30 años. (arts. 1037, 1050 C. de Com.).

2.- NATURALEZA JURIDICA.

Podemos indicar que el fideicomiso es un acto mercantil ya que nuestro código de comercio en su artículo 3 establece que son actos de comercio, salvo que sean de naturaleza esencialmente civil, los que tengan como fin explotar, **traspasar** o liquidar una empresa y los que sean análogos. Así como también es un negocio unilateral, exclusivamente bancario. Doctrinalmente suele confundírsele con los negocios fiduciarios, siguiendo la doctrina angloamericana.¹⁷ En el caso del **negocio fiduciario**, es un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios, el primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero,

17 Joaquín Rodríguez Y Rodríguez, Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, pag 531.

es un negocio oculto que solo tiene eficacia interna entre las partes; ejemplo: se transfiere la propiedad para fines de garantía.¹⁸ El negocio traslativo será válido; pero el acreedor deberá devolver la propiedad al deudor, cuando este pague su deuda. Otro ejemplo: en el caso de eludir la persecución de bienes o la confiscación, algunas personas suelen poner sus bienes a nombre de terceras personas, para los terceros, los propietarios aparentes serán verdaderos dueños, y la obligación de devolver solo tendrá eficacia interna entre las partes.

El negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en posición recíproca: consta:

1º.- De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto o irrevocable.

2º.- De un contrato obligatorio negativo; la obligación del fiduciario de usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al fideicomitente o a un tercero.

Si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario, como mencionamos anteriormente, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas y Secretas, que el fideicomiso se consideran prohibidas (art. 1050 Cod. de Com.).

18 Ferrera, Francisco. La Simulación de los Negocios Jurídicos, pag. 65 y sig.

Una de las diferencias fundamentales entre el fideicomiso y el trust anglosajón, es precisamente que el fideicomiso ha dejado la categoría de negocio fiduciario, para convertirse en negocio legal típico.

Es claro que no se trate de un *trust*, ya que este se basa en la posibilidad del ejercicio simultáneo de diferentes derechos de propiedad sobre un mismo bien, lo que implica la coexistencia de dos regímenes jurídicos, dualidad que permite conciliar los derechos de *settlor* (fideicomitente), *trustee* (fiduciario) y *cestiu que trust* (fideicomisario). El principio de la exclusividad del dominio impide estructurar en forma conceptual la doble titularidad existente en el derecho angloamericano y descarta en forma determinante toda posibilidad de su literal aplicación fuera del ámbito del referido derecho.¹⁹

El jurista Pedro m. Giraldi también afirma que el fideicomiso no es un negocio fiduciario y que, el negocio jurídico es una figura que se diluye cuando quien a confiado recibe protección legal. El es de la opinión de que grandes diferencias separa el negocio fiduciario del fideicomiso. Ya que el fideicomiso es un negocio típico reglamentado por el derecho positivo que fija los derechos y obligaciones de las partes y enmarca lo

Que queda librado a la voluntad de los que intervienen. No se observa en él los rasgos clásicos del negocio fiduciario: confianza y peligro. No hay en el fideicomiso potestad de abuso por cuanto la ley proporciona los medios para constreñir al fiduciario a cumplir lo pactado.

19 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Editorial Depalma, 1998, p 16.

En el negocio fiduciario siempre hay algo oculto, incierto, librado al arbitrio del fiduciario. Esto no ocurre en el fideicomiso.

En síntesis el fideicomiso es un negocio de fiducia, una fiducia legal, *intuitu personae*, pero no es un negocio indirecto, ni simulado, ni fiduciario.²⁰ Además en el fideicomiso debe existir siempre un beneficiario, alguien en cuyo provecho haya sido constituido, dato no necesario en el negocio fiduciario, que puede reducirse a una relación entre el fiduciante y el fiduciario.

El fideicomiso no ha sido legislado de manera uniforme, por lo que no es posible una definición que comprenda todos los caracteres señalados en el derecho positivo, debiendo el Intérprete ceñirse a la descripción de los elementos que por ser comunes en las leyes tipifican la figura.

El estudio comparado permite encontrar en el fideicomiso tres rasgos esenciales: un patrimonio afectado a un propósito determinado, un sujeto ajeno a la finalidad perseguida encargado de los actos tendientes a su cumplimiento y un beneficiario de tal actividad. Sólo a estos debe referirse la definición si se pretende darle validez universal. Todo lo demás reglamentado en las distintas leyes acerca de los modos y formalidades de la constitución de fideicomiso, calidad de los sujetos participantes, titularidad del patrimonio afectado, derechos residuales del

20 Muñoz, Luis. El Fideicomiso mexicano. 1973, citado por Mosset Iturraspe, p.258. Conf. Luis Moisset de Espanés, Contrato de Fideicomiso (Revista del Notariado) Mayo de 1995, p. 62).

fideicomitente, facultades y obligaciones del fiduciario, extinción del fideicomiso, etc. son datos contingentes cuyo examen correspondería hacer al considerar cada ordenamiento en particular.²¹

La generalidad de los autores sostiene que los negocios fiduciarios son negocios de confianza, y que ello trae aparejada la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio encomendado, puesto que existiría una desproporción entre el medio técnico empleado y la finalidad práctica.

A diferencia de estos autores antes mencionados tenemos a Pedro Urrets Zavalía él cual establece que no ve la diferencia sustancial entre contratos de fiducia y negocio fiduciario, puesto que en definitiva el contrato es una especie de los negocios o actos jurídicos regulados en materia civil. El contrato es una de las formas –quizás la más habitual– de gestión de los negocios fiduciarios, que también pueden constituirse mediante actos unilaterales, como lo son las disposiciones testamentarias, tal como sucedía con el fideicomiso testamentario en el Derecho Romano. A su entender hablar de contrato de fideicomiso es también referirse al negocio fiduciario por la relación de género a especie que los vincula.

El mantiene la postura que considera al fideicomiso como una modalidad de los negocios fiduciarios y estos a su vez como una especie de los *negocios indirectos*, que es aquel que, para obtener un efecto jurídico

21 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Editorial Desalma, 1998. p. 17.

hace uso de una vía oblicua, transversal. Las partes quieren obtener por medio de un negocio un fin diverso del que le es típico o normal, o sea, distinto de su propia naturaleza.²²

A manera de conclusión la naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido objetos de diversas teorías, de las cuales sobresalen las siguientes:

Teoría del Mandato: se debe esta teoría al jurista panameño, Doctor Ricardo J. Alfaro, quien relacionó el trust anglosajón al fideicomiso de los sistemas legislativos latinoamericanos y sostuvo que “el fideicomiso es un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario

Determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

la principal crítica a esta teoría radica en el concepto de irrevocabilidad del mandato, el cual es un contrato esencialmente revocable; además el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y no se transfieren bienes del mandante al mandatario, en tanto en el fideicomiso, frente a terceros, el fiduciario tiene la consideración de dueño de los derechos o bienes fideicometidos y en la ejecución del fideicomiso actúa en su propio nombre y no en el nombre del fideicomitente que ha constituido el fideicomiso.

Debe aclararse que el concepto utilizado por Alfaro, de mandato irrevocable no fue un error suyo, sino simplemente una manera de

22 Carriota Ferrera, Luigi, *Il Negozi Fiduciari*, Padova, 1993, p.39 y 40.

intentar, en la época en la que la figura del fideicomiso latinoamericano era casi desconocida, explicar que el fiduciario obrara en verdadero interés ajeno, esto es, como mandatario.

Posteriormente, Alfaro respondió a las críticas que se le hicieron a su doctrina y definió la figura del fideicomiso aclarando que por un mandato se transmiten ciertos bienes y definió el fideicomiso como un “acto en virtud de cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que trasmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamada fideicomisario”. Con esta concepción se ha venido elaborando una doctrina latinoamericana del fideicomiso y con esos lineamientos aparece en las legislaciones de los países latinoamericanos (México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Costa Rica, Colombia, Venezuela, etc.)

Teoría del Patrimonio de Afectación: esta teoría sostiene que en el fideicomiso hay una atribución al fiduciario de la titularidad dominical sobre ciertos bienes pero afectos al cumplimiento de un fin, es decir afectos a un fin. Esta teoría la sostiene BRINZ quien distingue los patrimonios de persona y los patrimonio impersonales; estos últimos patrimonios afectos a un fin o patrimonio de destino ²³. LEUPAULLE sostiene que la naturaleza del trust descansa en el concepto de patrimonio de afectación. Una afectación no se realiza por si sola; es

²³ citada por FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas, trad. Esp. Editorial Reus, Madrid, 1929, pags. 142 y 143)

necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el “trustee”, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni “settlor” ni “cestui que trust” que constituyen una persona física o moral, pero debe haber un “trustee”. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho. Lepaulle define el trust como “una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esta afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”²⁴. Esta teoría se critica porque no toma en cuenta las relaciones personales en el fideicomiso y considera que es simplemente un patrimonio de afectación sin titular, lo cual no es admisible, pues no se concibe la existencia de derechos sin titular.

Como bienes fideicometidos afectados a un fin, pero con titular, el dueño fiduciario, los regula: México (art.351 L.G.T.O.C.); Guatemala (art. 766 Cod. de Com.); El Salvador (art. 1245 Cod. de Com.) y Honduras (arts. 1039 y 1048 Cod. de Com.)

Teoría del negocio Fiduciario: Esta teoría tiene como principal exponente al Jurista Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien sostiene que “para completar la definición legal es indispensable determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Para ello vamos a considerarla desde un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como

²⁴ LEPAULLE, Pierre. La naturaleza del trust, Revista general de Derecho y Jurisprudencia, t, III, México , págs, 115 y 116).

negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y el que concierne a su calificación como operación bancaria. El fideicomiso como negocio jurídico debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquel. En otras palabras el negocio fiduciario en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue. De este modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efectos Ínter partes. En resumen puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibe en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno” 25.

Nuestro punto de vista es que el fideicomiso no es un negocio fiduciario ni representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. El fideicomiso tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura, ya que este es un acto jurídico

25 Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, 14ª. Edición, México. Editorial Porrúa, S.A. DE 1979, T.II Págs 119 y 120.

reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y ante terceros. Al precisar la naturaleza jurídica de la institución del fideicomiso es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes. La característica esencial de estos contratos es producir derechos y obligaciones recíprocos entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos. El fideicomiso también se considera un acto unilateral como lo establece nuestro Código de Comercio en art. 1034

3.- CLASIFICACION.

Es conocida la gran variedad de fideicomisos como actividad jurídica pueden constituirse para servir para todas las finalidades imaginables siempre y cuando sean lícitas y estén determinadas; entre ellas mencionaremos las siguientes: ²⁶

FIDEICOMISO CONTRACTUAL:

Llamado también fideicomiso convencional, es aquel que se constituye por virtud de un contrato o convención entre dos o más personas. El fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias, y como acto unilateral, o como contrato entre dos o más personas. (Art. 1034 cod. de com.)

26 Zacapa J. Francisco. El fideicomiso. Graficentro Editores, 1996.p. 126-134.

FIDEICOMISO DE ACCIONES:

Nuestro Código de Comercio en su artículo 153 establece que en los casos de reporto, **fideicomiso**, deposito, prendas irregulares y actos análogos en los que haya transmisión de dominio los títulos, aunque sea con carácter temporal y revocable, el titular legítimo ejercerá todos los derechos propios del socio, con los efectos que la ley o los pactos hayan fijado.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION.

Es aquel en virtud del cual se trasmiten al fiduciario determinados bienes, para que realice actos de administración, esto es guarda, Conservación y gestión en interés del fideicomitente o del fideicomisario (Como por ejemplo la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio, del pago de los impuestos que graven un bien raíz), en su caso y siempre en función del fin del fideicomiso. Este fideicomiso como acto de mera administración, no suele presentarse puro en la actividad práctica bancaria, pues el elemento administración se halla también en los fideicomisos de garantía y en los de inversión. Por tal razón es que estos fideicomisos son de naturaleza mixta, pues participan de las características de los otros fideicomisos.

“En estos fideicomisos encontramos dos actividades fundamentales que pueden presentarse en la práctica:

- a) La actividad de inversión, que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicometido, los bienes que le señale el fideicomitente.
- b) La actividad de administración, propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos, y trasmita dichos productos al fideicomisario.

Puede ser materia de estos fideicomisos cualquier especie de bienes o derechos, excepto los de ejercicio estrictamente personal, siempre que sean productivos en sí mismos o susceptibles de producir un rendimiento, como lo son los bienes inmuebles, los valores, el dinero. En este tipo de fideicomisos, el fideicomitente busca un rendimiento a través de la inversión que efectúa el fiduciario. Dicho rendimiento puede beneficiar al fideicomitente mismo, si es que se designó como fideicomisario, o también puede beneficiar a otras personas, según las finalidades que persiga dicho fideicomitente. El fiduciario cumple con su cometido cuando efectúa la inversión mediante la adquisición de bienes que producen un rendimiento como son los valores de renta fija o variable, o sean las cédulas hipotecarias, los bonos hipotecarios y financieros, las obligaciones y las acciones comunes o preferentes de las sociedades anónimas. Asimismo la inversión la puede verificar mediante el otorgamiento de créditos a empresas mercantiles o industriales o a personas físicas, obteniendo el pago de las primas o intereses correspondientes. Es conveniente que en el acto constitutivo del

fideicomiso, se precise el tipo de bienes que deba adquirir el fiduciario o las operaciones que deba realizar con el patrimonio fideicometido, señalándose en todo caso las reglas correspondientes a las que deba sujetarse”.²⁷

FIDEICOMISO DE BENEFICENCIA.

Es aquel que se constituye a favor de beneficiarios de una clase o para el público en general, con fines de caridad y beneficencias públicas, como en favor de los pobres, a favor de un hospital o asilos, para establecimientos de enseñanza, etc.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 1050 numeral III.- establece que quedan prohibidos aquellos fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia.

FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Es aquel en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para asegurar con tales bienes o con sus frutos, el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente o de un tercero, designando al acreedor como fideicomisario o beneficiario. Este fideicomiso es un sustituto de las garantías reales o gravámenes sobre derechos reales de hipoteca y prenda, en las cuales no hay transmisión de dominio. Por ejemplo en un contrato de préstamo se entrega al fiduciario un bien mueble o inmueble, para garantía de determinada obligación,

²⁷ Villagordoa Lozano, Jose Manuel. Doctrina general de fideicomiso, 2da. ed. Editorial porrua .1982. pags. 195, 196.

con facultades para el fiduciario de que si el deudor no cumple, el fiduciario pueda vender tales bienes y con su producto pagar al deudor, evitando la intervención y trámites judiciales, y en caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.

En las cláusulas del contrato, por lo general contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cumpla puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; también deberá establecerse para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etc. 28

FIDEICOMISO DE INVERSION.

“Por fideicomiso de inversión se entiende aquel que consisten el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Celébrense así dos o más contratos en primer termino el del fideicomiso y después, en su ejecución, el de o los de mutuo. En el contrato de fideicomiso se consigna el nombre o razón social de las partes: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; la suma de dinero que constituye el fondo; el fin del fideicomiso, disponiéndose que

28 Batiza Rodolfo. El fideicomiso. Editorial Porrúa S.A. 1976. P. 134

consistirá en el otorgamiento de préstamos a interés, así como las demás cláusulas integrantes del contrato, tales como la irrevocabilidad del fideicomiso durante la vigencia del mutuo, la obligación del fiduciario de actuar como un padre de familia, su responsabilidad por pérdidas y menoscabos del fondo causados por su culpa; el monto de sus honorarios o comisiones; la sumisión de las partes contratantes a los tribunales del lugar de la celebración del contrato, etc. En ejecución del fideicomiso se otorga el contrato de mutuo en el cual se señala el plazo de vencimiento, la tasa de interés y, en su caso, la forma en que se garantiza la devolución del préstamo”.²⁹

FIDEICOMISO INTERVIVOS.

En el artículo 1034 del Código de Comercio establece que el fideicomiso se constituye por acto entre vivos o por testamento.

Y es aquel que se constituye entre vivos en oposición al fideicomiso que se constituye por testamento.

FIDEICOMISO IRREVOCABLE.

Es aquel que el fideicomitente no puede revocar, ya sea porque no se reservó ese derecho o bien en cuanto el fideicomiso se ha constituido en contrato oneroso, recibiendo el fideicomitente una contraprestación de la cual nacen derechos para el fideicomisario.

Al fideicomitente le corresponderán los siguientes derechos: 2) Revocar el

²⁹ Batiza Rodolfo. EL FIDEICOMISO. Teoría y práctica, Editorial Porrúa S.A. 1976. PAG. 132, 133

fideicomiso de acuerdo con lo dispuesto anteriormente (art. 1060 Cod. de Com.)- el fideicomiso se extingue: VI.- Por revocación por el fideicomitente cuando este se haya reservado ese derecho al constituir ese fideicomiso (Art. 1061 del Cod. de Com.).

FIDEICOMISO LEGAL.

Es aquel que no se constituye por la voluntad expresa del fideicomitente, bajo la forma del fideicomiso contractual o convencional o por testamento, sino que es creado por la ley para situaciones especiales, constituyéndose el patrimonio fideicometido para fines lícitos y determinados al que se destine.- este fideicomiso se da, por ejemplo, en casos que el Estado, por intermedio del órgano legislativo o por decretos del poder ejecutivo, atribuye al fiduciario la titularidad dominical de un patrimonio, tomado de fondos públicos, para que cumpla fines y funciones, generalmente, de carácter social o de interés público.

FIDEICOMISO MIXTO.

Es aquel que no responde al concepto de una sola figura del fideicomiso, sino que está integrado por una combinación de elementos de diversas figuras o clases de fideicomisos; usualmente, por ejemplo, un fideicomiso de inversión conlleva actos de administración, propios del fideicomiso de administración y viceversa.

FIDEICOMISO REVOCABLE.

Aquel que el fideicomitente puede revocar, por haberse reservado este derecho al constituir el fideicomiso.

FIDEICOMISO SECRETO.

De las disposiciones legales sobre el fideicomiso se desprende que la constitución del mismo, la titularidad dominical, los fines, la cesión de los derechos de traslación del dominio de los bienes en favor del fiduciario, las facultades de este, etc. Deben constar en forma clara y precisa y el consentimiento para la constitución del fideicomiso debe ser expreso. De ahí que un fideicomiso secreto que violara las garantías de publicidad, además de estar prohibido por la ley es nulo y no produce efecto alguno. En nuestro Código de Comercio Quedan prohibidos: I. los fideicomisos secretos. (Art. 1050, C. de C.)

FIDEICOMISO SUCESIVO.

Es aquel en que el beneficiario del fideicomiso se concede a diversas personas sucesivamente que deben sustituirse por muerte del anterior. Quedan prohibidos: II. Aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diferentes personas sucesivamente, que deben sustituirse por muerte del testador, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que están vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente. (Art. 1050 C. de C.)

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Aquel que se constituye por testamento y que, por lo tanto, queda sujeto, para tener efecto, a la muerte del fideicomitente. Usualmente este fideicomiso se constituye en testamento abierto, nuncupativo o público. El fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias.... (Art. 1034 C. de C.)

FIDEICOMISO TRASLATIVO.

Es aquel cuya finalidad consiste en que los bienes fideicomitidos, extinguido el fideicomiso, pasen al fideicomisario (siempre que no sea fideicomisario el mismo fideicomitente) o a persona determinada según se hayan cumplido los requisitos o condiciones establecidos al constituirse el fideicomiso.

El fiduciario ejercerá las facultades dominicales sobre los bienes y derechos dados en el fideicomiso, de acuerdo con las siguientes condiciones: -Los bienes y derechos deben volver al fideicomitente en el plazo máximo de treinta años, o pasar definitivamente al fideicomisario o a persona determinada, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de las personas indicada en el artículo 1050 (Art.1037 C. de C.)

FIDEICOMISO UNILATERAL.

Es aquel que se constituye en acto unilateral como el testamento, en oposición al constituido como contrato entre dos o más personas.

El fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias, y como acto unilateral, o como contrato entre dos o más personas. (Art. 1034 C. de C.)

FIDEICOMISO PÚBLICO.

Es aquel por medio del cual la administración pública, por medio de algunas de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, trasmite la propiedad de bienes del dominio público o

privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito de interés público.

Hemos encontrados en algunos Bancos del sistema nacional ciertos fideicomisos novedosos, como ser:

FIDEICOMISO DE PREVENCIÓN EDUCATIVA.

Es un fondo que se constituye bajo la figura del fideicomiso para atender de forma total o parcial los costos educativos de hijos, familiares o de sí mismos, en el caso de personas naturales o de institución, en el caso de personas jurídicas, adelantándose a los procesos inflacionarios, casos fortuitos, fuerza mayor, o simplemente previsión o planes.

FIDEICOMISO DE CAPITALIZACIÓN FUTURA.

Este fideicomiso se constituye para crear un fondo cuyo objetivo principal será cubrir total o parcialmente cualquier contingencia de retiro, vejez, invalidez o muerte, que pudiera presentarse en un futuro de la persona.

FIDEICOMISO FONDO DE AHORRO.

El fideicomiso de fondo de ahorro, se constituye mediante la realización de aportes quincenales o mensuales, de un grupo de trabajadores, los cuales solo podrán ser movilizados según lo que se establezca en los estatutos del fondo del ahorro, del club de trabajadores o del contrato de fideicomiso. Su fin es incentivar el ahorro entre los trabajadores, para que puedan satisfacer algunas de sus necesidades puntuales.

4.- CONSTITUCION.

Según el artículo 1034 de nuestro Código de Comercio el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias, y como un acto unilateral, o como contrato entre dos o más personas.

El fideicomiso puede constituirse para servir todas las finalidades imaginables dentro de un ilimitado campo de contratación como actividades jurídicas, siempre y cuando sean lícitas y determinadas (Art. 1049 del Cod. de Com.) es decir que no sean contrarias a la ley ni a las buenas costumbres.

La constitución del fideicomiso siempre deberá constar por escrito y ajustarse a las disposiciones legales sobre transmisión de los derechos o transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. El consentimiento para la constitución del fideicomiso debe ser expreso (Art. 1052, 1046 del Cod. de Com.)

La constitución del fideicomiso deberá constar en documento público: 1.- los actos y contratos que tengan por objeto la creación transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1575 Código Civil).

En el fideicomiso la adquisición del dominio de los bienes fideicometidos, no se realiza hasta que se efectúe la tradición de los mismos, es decir cuando el dueño fideicomitente los entrega al fiduciario, con facultad e intención de transferir el dominio y de parte del fiduciario con capacidad e intención de adquirir. Igualmente para la readquisición de los bienes

fideicometidos por parte del fideicomitente o de los herederos o del fideicomisario, en su caso, se requiere la tradición.

Si el fideicomiso tiene por objeto bienes inmuebles, es necesario inscribirlo en el registro de la propiedad respectivo y este es efectivo desde el momento de su inscripción o registro. Si se trata de bienes muebles es necesaria la entrega de la cosa, por cualquiera de los medios de tradición de las cosas corporales muebles, si se trata de títulos valores y derechos de crédito es necesario transmitir la titularidad de los mismos, esto es transmisión por endoso y entrega del título, y si fuere nominativo registrarla con el emisor, transmisión por cesión ordinaria, y en su caso notificación al deudor.³⁰

La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efectos contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad a los artículo 1499 y 1509 del Código Civil. Si se refiere a un inmueble desde la fecha de su inscripción en el registro. El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación (Arts. 1666, 1667 Cod. civil).

Si es una empresa mercantil dada en fideicomiso, no obstante se considera un bien mueble, la transmisión de sus elementos inmuebles se regirán por las normas de derecho común según lo que establece el art. 646 de Código de Comercio. Y en nuestro Código de Comercio en su art. 649 establece que la transmisión de una empresa se hará de acuerdo

30 Zacapa. J. Francisco. EL FIDEICOMISO. Editorial Graficentro Editores. 1996. P 31 y 32.

con las formalidades establecidas para la fusión y transformación de sociedades y con arreglo a las mismas en lo que resulte procedente, si se tratare de un comerciante individual.

Aunque la ley no lo ordena, en los fideicomisos constituidos por acto entre vivos, que tenga por objeto cosas corporales, y ante la obligación de conservación de los bienes fideicometidos y la responsabilidad de la institución fiduciaria por pérdidas y menoscabo que los bienes sufran por su culpa, se impone la necesidad de recibir las cosas bajo inventario. ³¹

Nuestro Código de comercio como lo mencionamos anteriormente admite que el fideicomiso pueda constituirse por testamento teniendo como origen una disposición de última voluntad. Es decir que como negocio jurídico el fideicomiso puede ser unilateral o bilateral, según se trate de un fideicomiso constituido por testamento o por acto entre vivos. ³²

El fideicomiso testamentario se inspira frecuentemente en una intención benéfica.³³

5.- OBJETO Y EFECTOS DEL FIDEICOMISO.

I.- OBJETO:

Según el artículo 1048 de nuestro Código de Comercio; pueden ser

31 Zacapa. J. Francisco. EL Fideicomiso. Editorial Graficentro Editores. 1996. P 34.

32 Urrets, Zavalia Pedro. Responsabilidad civil del fiduciario. Conf. FREIRE, El Fideicomiso, cit., p.52. Rubinzal- Culzoni Editores. P28.

33 Rodriguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Felaban –Intal. Bogota, 1977 p. 651.

objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo a aquellos que conforme a ley sean estrictamente personales de su titular. (como ser los derechos de uso y habitación, patrimonio familiar, etc.)

Los bienes que se dan en fideicomiso quedan afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, solo podrán ejercerse respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran al fin mencionado, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente, respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados. El ejercicio de esta última acción de impugnación, es el ejercicio de la acción paulina o revocatoria regulada por el Código Civil en su Art. 1370: “los acreedores... pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”.

Los bienes objeto del fideicomiso se les aplica lo referente a lo establecido por el Código Civil en sus artículos 1562 y 1563: “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Hay objeto lícito en la enajenación:

1º- De las cosas que no están en el comercio.

2º- De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3º- Lo hay también en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, o cuya propiedad se litiga, a menos que preceda autorización judicial o el consentimiento de las partes; pero aún sin estas condiciones, no podrá alegarse lo ilícito del objeto contra terceros de buena fe tratándose de bienes raíces, si la litis o el embargo no se hubiere anotado con anterioridad a la enajenación. (Art. 1567 Cod. Civil). El legado de una cosa futura vale con tal de que llegue a existir (Art. 1095 del Cod. Civil).

En las compras que tengan por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verificará tan pronto como la cosa exista (art. 765 Cod. de comercio).³⁴

II.- EFECTOS:

1.- CONSTITUCION DE UN PATRIMONIO ESPECIAL.-

La creación de un patrimonio especial, independiente de los patrimonios generales del fideicomitente y del fiduciario es el primer y principal efecto del fideicomiso, esencial para su funcionamiento y cumplimiento de sus fines.

El patrimonio del fideicomiso no se confunde con los patrimonios de quienes lo constituyeron. Esto es importante sobre todo para el fiduciario que es el que contrata para terceros. Que no participa en las utilidades, y

³⁴ Zacapa. J. Francisco. EL Fideicomiso. Editorial Graficentro Editores. 1996. P 34-35.

es responsable de las pérdidas y menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

2.- LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.-

La doctrina en general, distingue entre dominio y propiedad, dando a este último término un carácter mayor, abarcador de todo interés que un sujeto pueda tener fuera de su propia persona de su vida y de su libertad. En una acepción más restringida el derecho de propiedad comprende los bienes, y el dominio se refiere específicamente a las cosas. ³⁵

La transferencia de propiedad, que es esencial al fideicomiso aunque no constituya su fin, es únicamente el medio para realizarlo debidamente. Es efectuada por fideicomitente a favor del fiduciario, ya sea contractualmente en cuyo caso existe acuerdo de voluntades simultáneo entra ambos, y con expresión unilateral de voluntad y aceptación mortis causa, del banco receptor de su confianza al momento de la apertura formal del testamento respectivo.

El sujeto activo de la transferencia ha de ser el titular de la propiedad de los bienes y derechos que transfiere, siendo implícito que también podrá serlo el ejecutor testamentario, en su caso y oportunidad; el receptor es necesariamente un banco.³⁶

En definitiva, la transferencia de la propiedad fiduciaria no es a título oneroso, ya que el fiduciario no se compromete a desembolsar

El contravalor del bien que recibe ni a realizar una contraprestación de

³⁵ Chavarri, Angel Braulio. El Dominio en el Código Civil y en la ley 17.711, Tucumán p.3.

³⁶ Balbuena, Alberto Stewart. Revista peruana de derecho de la Empresa, p 7.

valor equivalente a favor de nadie. El fiduciario no pretende enriquecerse con los bienes transmitidos. La transferencia fiduciaria tampoco implica una libertad a su favor. El fiduciario es simplemente un recipiente jurídico de los bienes fideicometidos. ³⁷

El dominio fiduciario es una especie de dominio imperfecto, y como tal es exclusivo y absoluto como el dominio pleno o imperfecto, más no perpetuo, pues lo característico del dominio fiduciario es que subsiste hasta el cumplimiento de un plazo o condición.

De tal manera, mientras dura el fideicomiso, el fiduciario tiene plenas facultades para administrar y disponer de los bienes que componen el patrimonio fiduciario “cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin

Que para ello sea necesario el conocimiento del fideicomitente o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario. ³⁸

3.- LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL FIDUCIARIO.-

La doctrina de la responsabilidad objetiva se apoya en una idea loable: nadie debe sufrir un daño sin tener derecho a una reparación.

La responsabilidad objetiva o si se prefiere la responsabilidad sin culpa. Es algo que lo ha regulado en el Código de Comercio nuestro en artículo 1053; en el que establece que el fiduciario tiene responsabilidad ante pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

37 Betina V. EL FIDEICOMISO. Abaco Freire, . Buenos Aires. 1997

38 Urrets ,Zavalía Pedro. Responsabilidad Civil del Fiduciario. Buenos Aires. P40

4.- INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DEL BENEFICIARIO.-

El fideicomiso se constituye para enriquecimiento del beneficiario, pero el patrimonio es de otro. No tiene derecho actual sobre los bienes fideicometidos, podrá tenerlo en el futuro si ha sido designado para recibirlos tras la extinción del fideicomiso, pero en tanto ello no ocurra su derecho se reduce a lo que aquellos produzcan.

Es obvio que los acreedores del beneficiario no pueden agredir los bienes fideicometidos.

La intangibilidad de los derechos del beneficiario implica también que en caso de quiebra, aquellos no se incluirán en el desapoderamiento. 39

6.- TITULARIDAD DOMINICAL.

La titularidad dominical llamada también titularidad fiduciaria, dominio fiduciario, dominio restringido o propiedad fiduciaria, es la calidad del titular de dominio, el fiduciario, en el fideicomiso, a quien se le ha llamada dueño fiduciario. La titularidad dominical no es la transferencia del dominio en el sentido estricto o tradicional, pues no hay transferencia a perpetuidad, ni disfrute de la cosa y el derecho de disposición de la cosa tiene limitaciones; no es mas que la atribución al fiduciario de un dominio sobre ciertos bienes, para realizar solo aquellos actos exigidos para cumplimiento de fin lícito determinado al que se destinen y devolver al fideicomitente o a sus herederos los bienes fideicomitidos, una vez

39 Giraldi, Pedro M. FIDEICOMISO. Ediciones DEPALMA. p. 114

extinguido el fideicomiso. El fiduciario tiene sobre los bienes fideicomitados un dominio limitado, la titularidad dominical, de modo que el fiduciario, frente a terceros, tiene la consideración de dueño de los derechos o bienes fideicomitados, pero como un dueño fiduciario, esto es un dueño temporal y en función del fin que debe cumplir. Los bienes fideicomisitos salen del patrimonio del fideicomitente, pero debe mantenerse como un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario.

El fiduciario no contabilizará los bienes fideicomitados entre sus activos, sino que los llevará en una contabilidad propia y separada para cada fideicomiso.

El dominio fiduciario es una especie de dominio absoluto, exclusivo pero temporal. La distinción entre el dominio fiduciario y el dominio pleno se puede resumir así: **1.** el dominio pleno es perpetuo, en tanto el dominio fiduciario es temporal. **2.** el dueño pleno puede usar, gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por su propia voluntad; el dueño fiduciario goza de esos derechos con la limitación obligatoria de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que destinan los bienes fideicomitados. **3.** los dueños en dominio pleno forman el patrimonio de su dueño; los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario. **4.** las cosas en dominio pleno, en caso de morir el propietario pasan a sus herederos; en el dominio fiduciario, la muerte del fideicomisario produce el efecto que las cosas pasen a un fideicomisario sustituto, de conformidad con el acto constitutivo, y no a sus herederos. 40

7.- REGULACION LEGAL.-

Las operaciones de fideicomiso se regirán por el Código de Comercio, por las disposiciones de esta ley y por las resoluciones que sobre la materia emita el Banco Central de Honduras, previo dictamen de la Comisión (artículo 45 Ley de Instituciones del Sistema Financiero).

El Código de Comercio que rige en la Republica de Honduras fue dado el 16 de febrero de 1950. La Ley a que se refería en su artículo 45 es la Ley de instituciones del Sistema Financiero contenido en el Decreto Legislativo Numero 170-95, de 30 de octubre de 1995, en vigencia desde el 16 de noviembre de 1995, la cual fue derogada por la Ley del Sistema Financiero mediante decreto no. 129-2004; contemplada la regulación del fideicomiso en el artículo 52 y 53 de dicha ley. La Comisión a que se refería el artículo 45 es la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, contenida en el Decreto Legislativo Número 155-95, de 24 de octubre de 1995, en vigencia desde el 18 de noviembre de 1995.

“Las operaciones de fideicomisos se regirán, por las disposiciones de esta Ley, Código de comercio y por las resoluciones que sobre la materia emita la Comisión o el Banco Central, en el ámbito de sus competencias. En ningún caso, una institución del sistema financiero podrá efectuar con los fideicomisos que se le constituyan, operaciones de intermediación financiera o que comprometan de cualquier forma el patrimonio o los activos propios de la institución del sistema financiero o que le son prohibidas o que desnaturalicen la figura del fideicomiso.

En caso de que los fideicomisos contraigan obligaciones, éstas deberán guardar relación con las características de los bienes fideicometidos y no deberán exceder la proporción del patrimonio del fideicomiso que establezca la reglamentación correspondiente.

Las operaciones de fideicomiso estarán sujetas a la verificación, control, y supervisión de La Comisión, debiendo las instituciones del sistema financiero proporcionarle toda la información y brindarle acceso irrestricto a la misma, que para estos propósitos se les requiera. (Art. 52, Capítulo VI de la Ley del Sistema financiero)

Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, los bienes en fideicomiso deberán manejarse con estricto apego a lo establecido en el acto o contrato correspondiente. (Art. 53, Capítulo VI de la Ley del Sistema Financiero).

CAPITULO III

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

I.- ELEMENTOS PERSONALES.

Las personas naturales o jurídicas que interviene en el fideicomiso son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

- I. **fideicomitente:** el fideicomitente llamado también fiduciante y constituyente, es la persona, natural o jurídica, que constituye el fideicomiso y que atribuye al banco fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes para realizar solo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al cual se destinan. Nada impide que pueda haber varios fideicomitentes, ya sea porque los bienes fideicomitados ser hallen en situación de comunidad o copropiedad, ya sea porque varios dueños de diversas propiedades las constituyan conjuntamente en fideicomiso por actos entre vivos, pero no es procedente por testamento. ⁴¹ El fideicomitente puede establecer el fideicomiso a favor suyo; pero el fiduciario jamás podrá ser fideicomisario. (Art. 1038 Cod. de Com.). Ni aún en concurrencia con otro fiduciario, pues, además que tal supuesto configuraría un contrato consigo mismo; relación inadmisibles y por consiguiente inválida; se desnaturalizaría el contrato, ya que el contrato es por esencia un acto jurídico producido por dos personas a lo menos (Art.

1539 Cod. Civil), la presencia de dos centros de interés diferenciados, en el caso de fideicomisario y fiduciario. Es necesario, ante todo señalar que cuando se habla de contrato consigo mismo (ejemplo, representante que declara por un lado, en nombre propio y por el otro lado en nombre del representado), no siempre se alude a un verdadero y propio contrato, o sea a un negocio jurídica: en efecto, a veces en vez de contrato, se trata de un acto jurídico que no es un contrato. Así como por ejemplo el caso del representante (acreedor del representado) que pague a sí mismo la deuda del representado, se sale de la figura del contrato, a menos que se quiera ver en el pago un contrato, pero para la ley el pago no es un contrato, de lo contrario la ley lo especificaría. ⁴²

Podrán ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el Fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que ellas designen. (Art. 1039 Cod. de Com.).

Fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas

41 Zacapa J. Francisco. EL FIDEICOMISO. Editorial Graficentro Editores. p 35-36

42 Giraldi Pedro M. Fideicomiso. Ediciones Depalma. p 64.

autoridades o a las personas que ellas designen. (Art. 1039 Cod. de Com.).

Los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso, y lo único que este tendrá en su patrimonio, en relación con dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso. ⁴³

DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE:

Según el artículo 1060 del Código de Comercio al fideicomitente se le corresponderán los siguientes derechos:

- 1.- Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes afectados.
- 2.- Revocar el fideicomiso de acuerdo con lo dispuesto anteriormente y pedir la remoción del fiduciario. Cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción.
- 3.- Nombrar nuevo fiduciario en el último supuesto del caso anterior.

⁴³ Messineo. Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Tomo IV .Ediciones Jurídicas Europa-Americanas.

- 4.- Obtener la devolución de los bienes al concluirse el fideicomiso, si cosa distinta no se hubiese pactado.
- 5.- Exigir la rendición de cuentas.
- 6.- Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.
- 7.- En general todos los que expresamente se determinen y no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario o el fideicomisario o con la estructura de la institución.

II. **Fiduciario:** el fiduciario, llamado también fideicometido, es la persona jurídica a quien se le atribuye la titularidad dominical sobre ciertos bienes para que realice con los mismos solo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen. El fiduciario es el que ejerce la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y ejecuta el fideicomiso cumpliendo sus fines. El fiduciario es el titular o dueño jurídico pero no económico, del patrimonio fideicometido y como tal puede vender, enajenar y arrendar los bienes fideicomitados, constituir sobre las mismas prendas, hipotecas, servidumbres y demás derechos reales de conformidad con el acto constitutivo del fideicomiso o sus reformas, en consideración a las facultades otorgadas o limitaciones impuestas.

La mayoría de las legislaciones actuales exigen que el fiduciario sea un establecimiento bancario, una institución financiera y hasta compañías de seguros; todavía alguna permiten que pueda ser una persona natural (Panamá, por ejemplo), aunque tal concepto ya va

quedando como una cuestión histórica. En nuestro Código de Comercio vigente establece lo siguiente: Art., 952.-“Las siguientes operaciones solo podrán ser practicadas por establecimientos bancarios, debidamente autorizados para ello, por la Secretaria de Hacienda (hoy Secretaría de Finanzas): I.-...II.-...III.-...VI.- Fideicomiso.

Las sociedades a las que se conceda autorización para practicar estas operaciones serán instituciones de crédito o establecimientos bancarios.

La Ley del Sistema Financiero de Octubre del 2004 dispone que la autorización para operar como instituciones del sistema financiero, le otorga a la Comisión de Bancos y Seguros la siguiente atribución: “La Comisión será la institución encargada de autorizar el establecimiento de las instituciones del sistema financiero. (Art. 6 de la Ley del sistema financiero).

Los bancos del sistema financiero podrán efectuar las siguientes operaciones:... 10) Aceptar y administrar fideicomisos (Art. 46 Ley del Sistema Financiero). Las asociaciones de ahorro y préstamo podrán realizar las siguientes operaciones: ...13.- Administrar fideicomisos relacionados con el desarrollo de programas de vivienda y construcciones complementarias (Art. 58 Ley Sistema Financiero).

Solo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello (Art. 1040 Cod. de Com.). El fideicomitente podrá designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo de los fideicomisos, cuando la institución fiduciario no acepte,

o por renuncia o por remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso (Art. 1042 Cod. de Com.).

En el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto el Juez de Letras de lo Civil del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, o los más valiosos si estuvieren en varios lugares (Art. 1041 Cod. de Com.). El Fiduciario designado por el fideicomitente o por el juez esta obligado a aceptar el cargo, y solo puede negarse a ellos o renunciarlo por causa grave, a juicio del Juez de Letras de lo Civil del lugar de su domicilio. Solo se estimaran como causas graves: a) que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso; b) que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria; y c) que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones (Art. 1047 Cod. de Com.).

Si bien es cierto que la obligación de aceptar el fideicomiso lo impone la ley, el Código de Comercio, dispone que “Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusare a ello constituya un acto ilícito o abusivo...” (Art. 713 Cod. de Com.).

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requiera para el cumplimiento del fideicomiso, salvo lo dispuesto en la ley y las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo.

Estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo y deberá obrar siempre como un comerciante en negocio propio, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. (Art. 1053 Cod. de Com.).

Los establecimientos bancarios autorizados para operar como instituciones fiduciarias, podrán emitir certificados de participación que acrediten derechos fraccionarios sobre masa de bienes de los que la institución sea depositaria, y certificados fiduciarios que acrediten la participación de los titulares como fideicomisarios de los bienes fideicometidos a la institución financiera.

También podrán emitir certificados de adeudo o cuotas de los acreedores en las liquidaciones de sociedades o en las quiebras en que el establecimiento sea liquidador o síndico. (Art. 1067 Cod. de Com.).

Las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias podrán desempeñar toda clase de sindicaturas, liquidaciones, tutelas, curatelas, comisiones, mandatos y administraciones testamentarias. (Art. 1069 Cod. de Com.).

El nombramiento del síndico recaerá en un establecimiento bancario, en una cámara de comercio e industrias o en un comerciante social o individual, según orden de preferencia que respetará el juez. (Art. 1343 Cod. de Com.).

Los establecimientos bancarios, cámaras de comercio e industrias y sociedades nombrados síndicos, actuarán por conducto de sus representantes comunes o por apoderados especiales para cada caso. (Art. 1344 Cod. de Com.).

El fiduciario tendrá las facultades que expresamente se le hallan Consignando conforme a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus modificaciones, y las que al respecto de los bienes de que se trata corresponda a los representantes o agentes locales en sustitución de los cuales asuma la gestión. Igualmente el fiduciario responderá, por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso o en la ley, por la malversación de los bienes dados en fideicomiso o de sus frutos o productos o por los demás hechos que impliquen culpa en el incumplimiento de los cargos y obligaciones aceptados por el fiduciario.⁴⁴

En nuestro Código de Comercio no establece una numeración de los deberes del fiduciario. El legislador ha preferido dejar librada a la buena fe del fiduciario el correcto desempeño de sus funciones conforme a los artículos no. 1053 y 1054; y en todo caso a la autonomía de la voluntad

De las partes, para establecer todas las obligaciones especiales que no estén contempladas en la ley. Como por ejemplo: la protección de los bienes fideicometidos, la rendición de las cuentas, de transferir los bienes fideicometidos a quien le corresponda al finalizar el fideicomiso, la de mantener los bienes fideicometidos separados de su propio patrimonio en una contabilidad separada, etc. Las cuales cuyo incumplimiento será motivo de sustitución a instancia del fideicomisario, o a pedido del fideicomisario, siendo responsable de las

44 Dávalos, Mejía Carlos. Títulos y contratos de Créditos, Quiebras. Editorial HARLA. p441

pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

En consecuencia, el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales asumida por el fiduciario, es fuente de responsabilidad civil, por cuanto además de ello es necesario que dicho incumplimiento haya provocado un daño cierto y concreto, es decir, como mencionamos anteriormente que los bienes sufran por su culpa pérdidas o menoscabos (Art. 1053 Cod. de Com.)

Hemos mencionado anteriormente que el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso. Salvo el cobro de las percepciones debidas por su trabajo. Esto es: no podrá reunir en sí mismo las calidades de fiduciario y fideicomisario.

Solo por causa grave, que el juez calificara, podrá renunciar el fiduciario a su cargo. Debe tomarse en consideración que en la práctica la aceptación es voluntaria, y que difícilmente una institución financiera puede aceptar un fideicomiso contra su voluntad.

Las funciones del fiduciario las desempeñara por medio de funcionarios especialmente designados y reciben el nombre de delegados fiduciarios.

DELEGADO FIDUCIARIO: el delegado fiduciario es el funcionario por medio del cual las instituciones fiduciarias (personas jurídicas que necesitan actuar por medio de una persona física o natural) desempeñan su cometido y ejercen sus facultades, en el cumplimiento del fideicomiso. Es la persona física o natural encargada del cumplimiento del fideicomiso; es el ejecutor del fideicomiso. Esta figura se encuentra regulada en nuestro Código de Comercio en el artículo no. 1054.

“Las instituciones fiduciarias desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto, y cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente. La Superintendencia de Bancos podrá en todo tiempo vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar que se proceda a la remoción de los mismos.

Bastará para acreditar la personalidad de estos funcionarios la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el consejo o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria, aun cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o el negocio que se ostenten la representación.

Los delegados podrán nombrar apoderados generales o especiales en el límite de sus propios poderes e incluso sustituir, si tuvieren facultades para ello. En este caso, la substitución debe comunicarse a la Superintendencia de Bancos a efecto del uso del veto (Art. 1054 Cod. de Com.)

COMITÉ TECNICO: el comité técnico, que realmente más que un comité técnico es un comité de distribución de fondos, es el que el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas prevé su formación, dando las reglas para su funcionamiento y fijando sus facultades, dentro de los fines del fideicomiso. El comité técnico es un verdadero órgano de administración y vigilancia del fideicomiso, a un

grado tal que cuando el fiduciario obra ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, queda libre de responsabilidad.

El comité técnico puede estar integrado por el número de miembros propietarios y suplentes, facultades, quórum de asistencia y de votación, fechas de reunión, etc. Que se fijen en el acto de su formación. ⁴⁵

“En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad”. (Art. 1055 Cod. de Com.).

La liberación de responsabilidad en este caso, recae en favor del fiduciario, pero la responsabilidad subsiste y la asume el comité técnico frente al fideicomitente, al fideicomisario, en su caso, y a terceros a quienes perjudique un dictamen o acuerdo del comité.

III. **Fideicomisario:** el fideicomisario es la persona, natural o jurídica, que tiene derecho al beneficio económico del fideicomiso. Es el beneficiario del fideicomiso.

45 Zacapa. J. Francisco. El Fideicomiso. p. 44

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, con la limitación temporal ya señalada. En consecuencia, no pueden ser fideicomisarios, las iglesias, sectas religiosas, hermandades, cofradías, etc. Que no sean personas jurídicas, ni los animales. A este efecto tómesese en cuenta lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1041, que dice: “todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre, o por indicaciones claras del testamento. De otra manera la asignación se tendrá por no escrita.

Valdrán, con todo, las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas. Las asignaciones que se hicieren en un establecimiento de beneficencia sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Poder Ejecutivo designe, prefiriendo alguno de los del domicilio o residencia del testador.

Lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia y se sujetará a la disposición del párrafo anterior.

Lo que en general se dejare a los pobres aplicará a los del domicilio del testador”.

“El fideicomiso será valido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.” (Art. 1045 Cod. de Com.)

“Cuando sean dos o más los fideicomisarios, y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas. En caso de empate decidirá el Juez de Letras de lo Civil del lugar del domicilio del fiduciario.” (Art. 1044 Cod. de Com.)

“El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan y, cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado, o éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o curador o al Ministerio Público, según el caso.” (Art. 1059 Cod. de Com.)

La acción reivindicatoria que concede este artículo no corresponde al verdadero concepto jurídico de tal, pues la reivindicación o acción de dominio es la que compete al dueño poseedor contra el poseedor no dueño; el fideicomisario no es dueño en el exacto significado de dueño, pero debe entenderse como una acción del fideicomisario para el efecto de lograr restituir la cosa al patrimonio fideicometido. 46

46 Zacapa, J. Francisco. El Fideicomiso. Editorial Graficentro Editores. P. 42

Raúl Cervantes Ahumada, manifiesta que la manifestación que hace la ley de que el fideicomisario tiene derecho a reivindicar los bienes que salgan del patrimonio fideicometido; pero tal afirmación no técnicamente exacta, porque no se trata de una acción reivindicatoria, sino e una simple acción persecutoria para que los bienes vuelvan al indicado patrimonio.⁴⁷

El fideicomiso se constituye para enriquecimiento del fideicomisario, pero el patrimonio es del otro. No tiene derecho actual sobre los bienes fideicometidos, podrá tenerlos en el futuro si ha sido designado para recibirlos tras la extinción del fideicomiso (Arts. 1061. num. I.-...; 1062 del Cod. de Com.), pero en tanto ello no ocurra, su derecho se reduce a lo que aquellos produzcan.

Es obvio que en tales circunstancias los acreedores del beneficiario no pueden agredir los bienes fideicometidos.⁴⁸

El beneficiario carece de un derecho inmediato y automático sobre los frutos, ya que estos están afectados primeramente a los requerimientos propios del fideicomiso (gastos generales, impuestos, remuneración de fiduciario, etc.). Todos los derechos del beneficiario son intangibles, fuera del alcance de sus acreedores, tomando en consideración que el fideicomiso puede durar más que el término de prescripción de las acciones; que el derecho de los acreedores a cobrarse de los frutos depende de que tales frutos existan.

47 Ahumada, Raul Cervantes. Títulos y valores de Crédito. Librería HERRERO. Editorial. P 319.

48 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Ediciones DEPALMA. P 113.

CAPITULO IV

EXTINCION DEL FIDEICOMISO

I.- CAUSAS DE EXTINCION.-

El fideicomiso se extinguirá (no rescindirá) por las siguientes siete causas estipuladas en nuestro Cod. de Com. en su Art. 1061:

- I.- Por la realización del fin para el que fue constituido;
- II.- Por hacerse este imposible;
- III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no de haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o, en su defecto, dentro de los veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII. En el caso de que la institución fiduciaria no acepte la designación para desempeñar el fideicomiso; sea o por renuncia o por remoción, cese en el desempeño de su cargo, y no fuere posible sustituirlo.

En este ultimo numeral en particular la excusa o renuncia que haga el fiduciario de su cargo designado por fideicomitente o por el juez solo

podrá hacerse por causas graves, ya que esta obligado a aceptar el cargo. Se estiman causas graves:

- a) Que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso;
- b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria; y
- c) Que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones. (Art. 1047 Cod. de Com.).

Así mismo la fiduciaria podrá ser removida de su cargo cuando se presente alguna de las siguientes causas:

- a) Cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinde las cuentas de su gestión dentro del plazo de quince días;
- b) Cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufren los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción. (Art. 1060 no. 2 Cod. de Com.)

Estas acciones de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, atacar la validez de los actos o pedir que se le reivindiquen los bienes que a consecuencia de actos que cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de la facultades que por virtud del acto constituido o de la ley le

correspondan, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso, le corresponden al fideicomisario o a sus representantes legales. Cuando no exista fideicomisario determinado, o éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o curador o al ministerio público, según el caso. (Art. 1059 del Código de Comercio).

Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a su herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el registro de la propiedad en que aquel hubiere sido inscrito.(Art. 1062 Cod. de Com.).

También cabe recordar las causas civiles de terminación del contrato, conducentes al caso del fideicomiso, tales como:

Muerte del fideicomisario, la destrucción de los bienes objeto del fideicomiso, desde luego, el incumplimiento de la obligación por cualquiera de las partes involucradas. Pueden considerarse también como causas de extinción. Por lo que podemos agregar, que los motivos por los que el fideicomiso puede cesar son varios, algunos provenientes de la voluntad de las partes, otros que tiene su origen en hechos ajenos a ellas, pero que necesariamente extinguen la relación contractual. Dentro del contrato las partes quedan en libertad para que ellos

determinen otras causas de extinción del fideicomiso sin más límites que los que fijan los caracteres esenciales del contrato.

Haremos unas pequeñas consideraciones sobre algunas de estas causas referidas en el artículo 1061 del Código de Comercio; Si nos referimos en forma específica al numeral I.-“Por la realización del fin para el que fue constituido”. El fideicomiso se extingue si ha logrado la finalidad buscada por lo que pierde la razón de ser, o porque las circunstancias que motivaron a su constitución han desaparecido.

Dentro del incontable número de relaciones que pueden ser materia del fideicomiso, hay algunas que por su naturaleza no pueden repetirse en el tiempo. El encargo llega pues al fin previsto. ⁴⁹

El fin del fideicomiso es dar al fideicomisario o hacer en su favor determinadas cosas, conforme a lo que ha dispuesto el fideicomitente. El fideicomiso es pues una función, una labor que puede durar un tiempo dado. Terminada esa función o labor, ha terminado el fideicomiso. La duración del fideicomiso, puede prolongarse más allá de la vida del fideicomitente y del fiduciario, pudiendo éste ser reemplazado por lo que establece el Art. 1062 del Código de Comercio; devuelto al fideicomitente o a sus herederos. Pero no puede prolongarse más allá de la vida del fideicomisario. Es evidente que todo fideicomiso que debe ejecutarse una sola vez, como el pago de una deuda, la liquidación de un concurso de acreedores, la construcción de una casa y su subsiguiente entrega, etc., queda extinguido tan pronto como se ha alcanzado cada uno de

49 Rodríguez Azuero, Sergio: Contratos Bancarios, Felaban-Intal, Bogota,1997. pag. 646.

estos objetivos. Por el contrario, cuando el fideicomiso requiera funciones u operaciones permanentes, crónicas o periódicas como cuando se trata del pago de una pensión o de la administración de un patrimonio, la extinción no tiene lugar sino hasta cuando expira el término, si lo hubiera, o cuando muere la persona cuya vida se ha señalado como término, si lo hubiera, que puede ser el fideicomitente, fiduciario y más comúnmente el fideicomisario. ⁵⁰

II.- “Por hacerse este imposible”; podemos encontrar que esta causa de extinción se encuentra mencionada en varias leyes de algunos países de América; ejemplo, México, Art. 357, inc. 2 de La Ley General de títulos y operaciones de crédito; Québec, 1296 en su Código de Comercio; Panamá, Art. 33, inc.2 de La Ley I de Fideicomiso; Colombia, Art. 1240, inc. 2; Puerto Rico, Art.2559, inc 2; Costa Rica 659, inc. a); y; Venezuela, Art. 16, inc. 1, de sus Códigos de Comercio.

Corresponde distinguir entre imposibilidad material e imposibilidad jurídica. La imposibilidad material se deberá en general a la insuficiencia patrimonial, o también haber desaparecido las circunstancias que motivaron su constitución. ⁵¹

La imposibilidad jurídica ocurrirá cuando una ley posterior a la creación del fideicomiso prohíba su finalidad. ⁵¹

⁵⁰ Batiza, Rodolfo; El Fideicomiso, Editorial Porrúa, S. A. 1976. Pág. 359.

⁵¹ Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998; pág. 122.

La imposibilidad de su cumplimiento debe producir su extinción porque el fiduciario no podría ejecutar encargo alguno ni el fideicomisario recibir el beneficio específico que se dispuso en su favor.

III.- “Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o, en su defecto, dentro de los veinte años siguientes a su constitución.” En los fideicomisos condicionales a los que se refiere este numeral, la obligación del cumplimiento por el fiduciario no nace, cuando la condición es suspensiva, sino en el momento en que ésta se cumple; y cuando sobreviene la condición resolutoria, deja el fiduciario de estar obligado a la ejecución del fideicomiso. Cuando la condición suspensiva se hace imposible o se cumple la resolutoria, debe producirse la extinción. Cuando la condición es suspensiva no sólo debe de cumplirse sino que debe serlo en tiempo hábil. Es decir que la condición debe llenarse en el término que señale el fideicomitente; en caso de haberlo hecho dentro del término legal fijado por la ley en el presente artículo, que es de veinte años siguientes a su constitución. Un ejemplo podría ser un fideicomiso que constituye un padre para su único hijo, que le sea entregado un capital hasta que se case y tenga dos hijos por lo menos y transcurren más de treinta años sin tenerlos, el fideicomiso se extingue aunque le nazcan después. Lo mismo sucede si se le impone la condición de que se gradúe de Abogado antes de cumplir los veinte y cinco años, y llega a esta edad sin graduarse.

Para Rodolfo Batiza; la finalidad del principio consagrado en este inciso, desautoriza al fideicomitente a señalar plazo mayor al de veinte años, él

considera que hay un error al establecer que el fideicomiso se extingue por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no se verifique en determinado plazo. En efecto si es la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible, o no verificarse dentro del término, considera que es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia. ⁵²

IV.- “Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.” Esta modalidad a la que esta subordinada la existencia del fideicomiso, los efectos resolutivos tendrán lugar con el cumplimiento de la condición.

“cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor (fideicomitente), la obligación condicional será nula. (Art. 1377 Código Civil).

V.- “Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario”.

Esta causa figura también en otras legislaciones como por ejemplo: la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito de 1932, de México en su Art. 357 inc. 5; Código de Comercio de Colombia, Art. 1240, inc. 10; Código de Comercio de 1964 de Costa Rica, en su Art. 659, inc. c.

Es un acuerdo de voluntades dirigido a la disolución de un contrato (distracto), en el que se prescinde del consentimiento del fiduciario; para el caso en el derecho argentino esta causa no es admisible según su

52 Batiza Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, 1976. Pág.369.

Código Civil en su Art. 1200, ni aún cuando se hiciera reserva de los derechos del fiduciario.

En nuestro Código Civil en su artículo 1348 expresa que “Las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. Según este artículo solo las partes puede extinguir las obligaciones creadas por los contratos; Siendo el fiduciario una de las partes del contrato su consentimiento es imprescindible, salvo que en el contrato se hubiese estipulado deferentemente esta condición.

VI.- “Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado este derecho al constituir el fideicomiso”.

Esta causa mencionada en este artículo, a diferencia de nuestra legislación la de Argentina en la Ley 24.441 “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”; considera dentro de las causas par extinguir el fideicomiso en su Art. 25 inc. b) “La revocación del fiduciante, si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo”. Se justifica lo dispuesto en este inciso atendiendo a la mutabilidad de las circunstancias que en ese momento se tuvieron en cuenta para constituir el fideicomiso. Este en el transcurso del tiempo, puede haberse tornado impropio para los fines perseguidos por el fiduciante.⁵³

En el caso nuestro la revocación la hace el fideicomitente; el término revocación significa el acto jurídico en virtud del cual una persona se

53 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Pág. 118

retracta del que ha otorgado a favor de otra, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente en los de carácter unilateral como es el caso del testamento y el mandato. 54

A nuestro parecer esta causa es adecuada desde el punto de vista que el fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso asumiendo el compromiso de otorgar los bienes que han de formar el patrimonio; por consiguiente la ley le atribuye el derecho de poder revocar el fideicomiso. Como en lo referente a lo dispuesto en el artículo 1060 en su inciso 2.-; en la no rendición de cuentas de la institución fiduciaria, dentro del plazo establecido, o cuando se le encuentre responsable de pérdidas o menoscabos de los bienes, declarada por sentencia ejecutoria.

El derecho se otorga a la persona que tiene el dominio y por consiguiente puede disponer de los bienes, el fideicomitente; ósea que el fideicomiso se extingue por la resolución del derecho del constituyente del mismo.

VII.- este numeral nos remite a lo referente del artículo 1042 del Código de Comercio, en lo relativo a lo de la designación de los fiduciarios que desempeñaran el fideicomiso,

Artículo 1042.- “El fideicomitente podrá designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso,

54 De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. Pág 430

estableciendo el orden y las condiciones en que haya de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por la renuncia o por remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

Este numeral establece muy claramente que puede dársele al fiduciario uno o más sustitutos, para que en forma conjunta o en forma sucesiva para llevar a cabo el cumplimiento del fideicomiso. En el acto constitutivo deberá establecerse el procedimiento a seguir para la sustitución de los mismos a fin de evitar que ocurra su falta.

En el artículo 1041 del Código de Comercio establece que cuando el fiduciario no estuviese designado nominalmente en el momento de constituir el fideicomiso, lo designara el fideicomisario, o en su defecto el juez de letras de lo civil, del lugar donde estuvieren ubicados los bienes, o los más valiosos si estuvieren en varios lugares.

Y como habíamos expresado antes en el artículo 1047 del Código de Comercio nuestro: es el caso en el que el fiduciario fuere designado por el fideicomitente o por el juez de letras de lo civil, del lugar del domicilio, obligando a ese a aceptar el cargo, y solo puede negarse o renunciar por las causas graves a juicio del juez, que están estipuladas en nuestro Código de Comercio en este mismo artículo.

Es de hacer notar que el legislador ha estipulado que el nombramiento del fiduciario en caso de que no haya sido nombrado al momento del acto constitutivo, lo haga el fideicomisario, que es el que recibe el

provecho del fideicomiso; y no el constituyente o fideicomitente que es el que tiene el derecho de revocar o pedir la remoción del fiduciario, cuando no rinda las cuentas de su gestión dentro del término estipulado; así como también el nombrar nuevo fiduciario cuando sea declarado culpable de las pérdidas y menoscabos sufridos en los bienes dados en fideicomiso por negligencia grave del fiduciario.

2.- EFECTOS DE LA EXTINCION.-

Extinguido el fideicomiso, cesa la especialidad del patrimonio fideicometido y los bienes ingresan en el general de quien los recibe.⁵⁵

Los efectos de la extinción frente a terceros se producirán cuando se cumplan las formalidades exigidas para la transmisión de acuerdo con la naturaleza de los bienes que se trate; como lo establece en el artículo 1062 del Código de Comercio: “Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos personales impuestas sobre ellos, bastara que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el registro de la propiedad en que aquel hubiere sido inscrito”.

La reintegración de los bienes objeto del fideicomiso, que seguirá a su extinción, debe revertir por el mismo conducto que produjo efectos ante

55 Giraldi Pedro M. Fideicomiso. Pág. 123

terceros cuando se constituyó; es decir deberán cancelarse las inscripciones del caso en el Registro Público de la propiedad, o en otro registro, tratándose de títulos registrables y desde luego con la entrega de la cosa y su posesión en términos de ley. ⁵⁶

Estos bienes a los que se refiere en este artículo son los existentes al momento de la extinción, en atención a las facultades que la ley le otorga al fiduciario, y la obligación que se le impone de que el beneficio económico recaerá sobre el fideicomisario.

El patrimonio se entrega al fiduciario, no para que lo guarde intacto, sino para que desarrolle una actividad económica.- salvo que el patrimonio se redujera a un inmueble que se explotara mediante un arrendamiento, o algún otro ejemplo similar. Y, cuando las instrucciones del fideicomiso no fueran lo suficientemente precisas, o se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución de crédito, aquella se realizará, necesariamente en valores, que a juicio de la institución ofrezcan mayor seguridad, procediéndose a la inversión en el menor plazo posible y a la notificación al registro legalmente dispuesto. (Art. 1056 párrafo 2 Código de Comercio).

En toda clase de operaciones que significa percepción o disposición de fondos líquidos que no hayan de ser aplicados inmediatamente a un fin específico y respecto a los cuales ni la ley, ni el contrato de fideicomiso hayan determinado la aplicación que deben recibir dichos fondos, la institución los invertirá en la forma más adecuada y

56 Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y contratos de Créditos, Quiebras. Pág. 445

represente la mayor seguridad para el beneficiario o para el destino a que estén dedicados, llevando cuenta especial de la inversión y de sus productos. (Art. 1056 párrafo 3 Cod. de Com.).

Habrá pues una solución de continuidad entre el nacimiento del derecho del fideicomisario y su ejecución. Si bien no puede hablarse de un proceso de liquidación en sentido técnico- no se trata de enajenar el activo, pagar el pasivo y distribuir la cantidad líquida resultante-, la eventual existencia de obligaciones, dato prácticamente indispensable en cualquier empresa, impone que sean entendidas con anterioridad a la entrega de los bienes. Lo que implica el transcurso de un tiempo entre la extinción del fideicomiso y la efectiva remisión de los bienes remanentes a quien corresponda.⁵⁷

Sumado a esto no hay que olvidar que “El fideicomiso será retribuido. El pago de la retribución podrá quedar a cargo del fideicomitente, de sus causahabientes o del fideicomisario. También puede autorizarse al fiduciario para que directamente se cobre la cantidad convenida de los productos de los bienes dados en fideicomisos. (Art.1051 C. de C.)

En caso de que se constituya el fideicomiso sin señalar el fideicomisario (Art.1045 Cod de Com.), el derecho prioritario le correspondería al fideicomitente, porque es de entender que tal ha sido su intención al no disponer nada sobre el destino de los bienes. Estos eran suyos y si los

57 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso pág. 124.

afectó al cumplimiento de una finalidad determinada, extinguido que sea el fideicomiso deben volver a su poder.

En caso de pluralidad de fideicomisarios, ósea a lo referente al artículo no. 1043 del Cod. de Com. párrafo 2; el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, con la limitación temporal ya señalada.

Quien deba recibir los bienes tiene una acción personal contra el fiduciario para compelerlo (obligarlo) a la entrega, aun cuando aquellos estén en poder de terceros. El fideicomiso cesa pero como se dijo, hasta tanto se cumplan “las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”, el fideicomisario no adquiere la propiedad.⁵⁸ Como en el caso de los bienes inmuebles o derechos reales que bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso o que lo registre en el Registro de la Propiedad en que aquel estuviere inscrito.

3 .- FIDEICOMISOS PROHIBIDOS.-

En nuestro Código de Comercio en su artículo 1050; se establece la prohibición de la celebración de los siguientes tipos de contratos de fideicomisos:

I.- **Los fideicomisos secretos:** los efectos del fideicomiso como lo mencionamos anteriormente derivan de la ley y del acto constitutivo.

58 Giraldi. Pedro M. Fideicomiso. Pág 126.

Por eso la el fin del fideicomiso debe ser expreso y claro y nunca podrá ser secreto. El fideicomiso secreto sería nulo, y no produciría efectos, ya que la misma ley prohíbe constituirlo. No solo acarrea una simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido con una prohibición expresa, impuesta en un no hacer.⁵⁹

Los fideicomisos secretos no deben ser confundirse con la obligación del secreto profesional a la que esta sometida toda institución fiduciaria (Art. 1057 párrafo no. 2 del Cod. de Com.)

La violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicio o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario contra la institución, o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes. (Art. 1058 Cod. de Com.)

II.- **Los fideicomisos sucesivos:** aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente; estos son aquellos que los fideicomisarios o beneficiarios, desde el momento mismo de la constitución, se designan seriadamente uno tras otro, y que pasarán a ser beneficiarios solo por fallecimiento de la anterior....

III.- **Los fideicomisos con duración excedente:** aquellos cuya

⁵⁹ Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y Contratos de crédito., quiebras. Pág. 446

duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia.

Como podemos ver en este numeral del artículo 1050, la prohibición de los fideicomisos mayores de 30 años, afectan solo a las personas jurídicas, por eso tácitamente podríamos entender, que podrá exceder de tal duración cuando el fideicomisario sea una persona física, como en el caso de constituir un fideicomiso cuya duración sea la de la vida del fideicomisario; así como también pueden exceder de la duración los de orden público o de beneficencia, ósea sin fines de lucro.

Para Carlos Dávalos Mejía, de esta premisa se desdoblán tres importantes conclusiones:

- Dentro del concepto *persona jurídica* debe comprenderse tanto a la persona física como a la moral; así, cuando un fideicomisario sea una persona privada, el contrato no podrá tener una duración superior a los 30 años.
- Un fideicomiso sin fideicomisario podrá tener un plazo indefinido, y en todo caso superior a los 30 años.
- Cuando al fideicomisario sea una persona de orden público o de beneficencia, la regla general de un plazo menor de 30 años, se deroga a favor de cualquier

plazo, siempre en función de las necesidades de las instituciones involucradas. 60

De la primera conclusión opino que el término de persona física no entra dentro del concepto e persona jurídica; ya que la persona física

Es el ser humano, hombre o mujer. En cambio cuando hablamos de persona moral, es aquella entidad formada para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a la que el derecho objetivo reconoce capacidad para tener derechos y obligaciones.⁶¹

IV.- INVALIDEZ DEL FIDEICOMISO. INEXISTENCIA Y NULIDAD.

Cuando se realiza la celebración de un negocio jurídico como lo es el fideicomiso, y se pasa lista no solo de los elementos esenciales sino también los que condicionan su validez, se estará ante un negocio plenamente válido; por el contrario, si el negocio no cuenta con cualquiera de los elementos que lo estructuran, o bien, en su caso, la o las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de algún incapaz, no observan las formalidades establecidas en el ordenamiento legal para que tenga lugar, no se expresan libre y concientemente, o, por último y en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos, la Figura comercial de que

60 Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito., Quiebras. Pág. 447.

61 De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. Pág. 383

se trate caerá en el terreno victimario de la invalidez. 62

I) INEXISTENCIA.

Ahora bien, según la opinión de algunos autores, la invalidez del negocio jurídico puede ser de tres diversos grados a saber:

- a) Su inexistencia, por faltarle algunos de sus elementos esenciales, ya sea la manifestación de la voluntad o el consentimiento en su caso, el objeto, al ser jurídicamente imposible el directo y física y jurídicamente imposible el indirecto, o bien la solemnidad si se trata de un negocio solemne;
- b) Nulidad absoluta, si aquel contraría disposiciones de orden público o buenas costumbres.
- c) Nulidad relativa, cuando se lesionan intereses particulares.

Para otros, en cambio, ante la falsedad de la inexistencia, solo las nulidades, absoluta y relativa, son las enfermedades que en el momento dado puede padecer un negocio jurídico determinado. 62

Rodolfo Batiza, manifiesta que en un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos. Estos elementos son de dos clases: elementos de orden psicológico y elementos de orden material.

En la base de este acto se encuentra, en efecto: 1º. Una manifestación de voluntad; 2º. Un objeto; 3º. Según los casos un elemento formalista.

62 Dominguez Martinez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Editorial Porrúa S.A. Pág. 99.

El primero de estos elementos es psicológico; los otros dos son materiales. Que uno de estos electos falte, el acto será inexistente, puesto que esta desprovisto de un elemento orgánico o específico. En la concepción de la doctrina clásica, la suerte de la noción de la inexistencia de los actos jurídicos no esta en manera alguna ligada a la consagración expresa de ésta por textos del código civil. Esta noción domina los textos más que estarles subordinadas.⁶³

Ciertamente si por una parte, hablar de elemento implica referirse a la parte integrante de una cosa y agregarle la categoría esencial se traduce en su carácter de invariable e imprescindible para la cosa de que se trata, y por la otra, hemos señalado como elementos esenciales de tales sucesos a la manifestación de voluntad o de consentimiento, en su caso, al objeto y de algunos negocios a la solemnidad, lógico es que la falta de un elemento esencial para la existencia de algo, se traduce en que ese algo no le sea realmente, es decir que en la realidad no exista.

Por las mismas razones, según afirmamos con anterioridad, a los elementos esenciales también se les ha caracterizado como elementos de existencia.⁶⁴

Acordes a las consideraciones que preceden, los distintos autores conceptúan a la inexistencia como la falta de un electo esencial en la celebración de un acto jurídico. Baudry-Lacantinerie, por ejemplo, afirma

63 Batiza,Rodolfo, El Fideicomiso. Pág. 322. Cit. Borja Soriano, Teoría General de las obligaciones. pp.121 y s.

64 Batiza,Rodolfo, El Fideicomiso. Pág. 322. Cit. Borja Soriano, Teoría General de las obligaciones. pp.121 y s.

que “el acto inexistente es aquel que no se ha formado, en razón a la ausencia de un elemento esencial para su existencia. ⁶⁵ Julien Bonnecase, en los mismos términos considera a los organismos para cuya vida requiere de elementos, asevera que el acto “es inexistente cuando le hace falta uno o varios de sus elementos orgánicos”. ⁶⁶ Jose Castán Tobeñas, por su parte atribuye la inexistencia de un acto a la falta de algunos de sus elementos esenciales; entre nosotros. ⁶⁷ Rafael de Pina, afirma que “el acto jurídico es inexistente cuando carece de algún elemento para su formación”. ⁶⁸

en general, todos los autores coinciden en conceptualizar la inexistencia en términos idénticos.

Características de la Inexistencia.

La inexistencia de un acto cuenta con las siguientes características:

- a) *No produce efectos jurídicos.* Estos son resultados de un algo pero al traducirse en la nada el negocio jurídico inexistente, debe concluirse que la nada, por razón natural, no produce mas que nada.
- b) *Es inconfirmable.* Es indudable, que solo puede llegar a confirmarse lo existente, pues la nada no es motivo de confirmación.

⁶⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso. Pág. 100.

⁶⁶ Baudry-Lacantierie, G., *Precis de Droit Civil*, 2da. ed. Librairie de Societe Du Recueil Sirey, Paris. Pág.69

⁶⁷ Bonnecase, Julien, *Elementos de Derecho Civil*. Ed. Trad, esp. Jose M. Cajica. Puebla. Pág.277.

⁶⁸ Castán Tobeñas, Jose, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 10º. Ed. Pág. 807.

- c) *Es Imprescriptible.* Queda fuera de duda que el mero transcurso del tiempo, así sea por demás prolongado, no logra crear algo de la nada, dado que esta seguirá siendo la nada.
- d) *Puede oponerse por cualquier interesado.* Es comprensible que dicha afirmación se funda en que a nadie puede oponérsele la nada, para algunos autores es improcedente demandarla por vía de acción, y debe ser opuesta como excepción; otros advierten que no puede tener lugar ni la acción ni la excepción, sino solo se denuncia para ser comprobada y declarada por el juez.

VIII. *Para que tenga lugar no se requiere de la intervención Judicial, mas, cuando hubiere ésta, el juez se limitara a declararla.* Es necesaria e inútil cualquier intervención judicial provocada por los conflictos nacidos de un “acto inexistente”, pues su irrealidad es tan contundente y notoria que resulta superfluo distraer al órgano jurisdiccional para declarar lo que d antemano se sabe que no existe. Si eventualmente se invoca ante los tribunales el acto inexistente, el tribunal solo puede registrar su inexistencia. 69

II) NULIDAD

El derecho angloamericano, carente de teorías generales, ha estudiado diversos casos de nulidad, haciendo posible distinguir la nulidad absoluta de la relativa. La doctrina de las nulidades elaborada por los civilistas modernos, en contraste con el *common law* (conjunto de las normas jurídicas constitutivas del derecho consuetudinario inglés), tiene un carácter general y abstracto. A diferencia del acto inexistente el acto nulo

69 De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, vol. I 15 a. ed. Pág. 285.

reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley. La nulidad se subdivide en nulidad absoluta y nulidad relativa; en otros términos, los actos nulos se subdividen en actos nulos de pleno derecho y actos anulables. ⁷⁰

La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente, o también en el que el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría al buen orden social. ⁷¹

NULIDAD ABSOLUTA.-

Lo Irreal de la inexistencia hace que la invalidez de más drasticidad en estricto derecho sea la nulidad absoluta, debido a la magnitud de los intereses que mediante su previsión se pretenden tutelar los cuales no solo son los correspondientes a los particulares sino también al orden público y las buenas costumbres y por lo mismo, como de su propia denominación se infiere, supone una invalidez total. En otros términos, la nulidad absoluta sugiere la idea suprema e incondicional de una sanción irrestrictiva... actúa contra las partes y contra terceros, contra los particulares. ⁷²

En nuestro Código Civil en el artículos 1586, nos establece los casos en que se da la nulidad absoluta en los actos y contratos:

- 1) Cuando falta algunas de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.

⁷⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Pág. 108

⁷¹ Rodolfo Batiza, El Fideicomiso. Pág. 324

⁷² Domínguez Martínez, Jorge. Pág. 133

- 2) Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona en que ellos interviene.
- 3) Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.

La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, y debe cuando conste de autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por lapso menor que el que se exige para la prescripción ordinaria. (Art. 1589 del Código Civil). También puede oponerse como excepción. (Art. 1596 C. Civil). La nulidad absoluta, declarada por sentencia firme, dan derecho a la partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaban si no hubiese existido el acto o contrato nulo; siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas. (Art. 1596 C. Civil).

Estará afectado de nulidad absoluta todo aquel fideicomiso que carezca en su celebración de algún elemento esencial de los que requiere para su estructura, pues ello significa en suma que su objeto es contrario a las leyes de orden público (con excepción de aquellos que según vimos en su oportunidad pueden ser confirmados). Particularmente: a) El que se constituya a favor del fiduciario (Art. 1038 del C. de Comercio); b) Aquel cuyo objeto indirecto estuviere representado por un bien o derecho que,

conforme a la ley fuere intransmisible (Art. 1048 C. de Comercio) c) El constituido en fraude de acreedores, pues según lo dispone el artículo 1048 párrafo tercero,” el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”. C) Cuando el fideicomiso celebrado fuere algunos de los prohibidos por el artículo 1050 del mismo código (que ya hemos hablado anteriormente de ellos).

NULIDAD RELATIVA.

El campo que tutela la nulidad relativa queda restringido a intereses particulares, es decir un negocio esta afectado por ella cuando fue celebrado “en violación de una regla que estaba destinada a asegurar la protección de una de las partes” ⁷³

Del anales comparativo entre la nulidad absoluta y relativa, a además como se infiere de la denominación que se le da a esta ultima, también implica un aspecto patológico del negocio, sin embargo, la enfermedad de la cual es víctima, es menos grave y tiene posibilidades de sanar mediante confirmación o prescripción, para así resurgir a la vida jurídica en toda su plenitud y cumplir su cometido regulador de los intereses Particulares. ⁷⁴

La nulidad relativa de que puede ser victima un negocio jurídico, al contrario de la absoluta, desaparece con el tiempo, esto es, prescribe el derecho a revocarla; solo puede ser demandada por aquella parte a quien perjudica, ya sea el incapaz, o el que sufrió el vicio de la voluntad

⁷³ Dominguez Martinez, cita a Ripert y Boulanger, Tratado de Derecho Civil. trad. esp. Ediciones la Ley, Buenos Aires.1965. Pág. 457.

⁷⁴ Domínguez Martínez, Jorge. Pág. 136.

correspondiente o por ambas partes sino se observo la forma debida a la celebraci3n del negocio; adem1s, puede confirmarse el negocio correspondiente, bien liber1ndolo del defecto que dio lugar a su nulidad, o bien cumpliendo sus disposiciones, dando origen a una convalidaci3n tacita. Por 1ltimo, un negocio viciado de tal nulidad, siempre surtir1 provisionalmente sus efectos, los cuales ser1n destruidos en forma retroactiva, si el juez del conocimiento decide su nulidad. 74

La nulidad relativa y acci3n para rescindir los actos y contratos se encuentra regulada en nuestro C3digo Civil en el art3culo 1587:

- 1) Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formaci3n o para su existencia es imperfecta e irregular.
- 2) Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige, teniendo en mira el exclusivo y particular inter3s de las partes; y ,
- 3) Cuando se ejecutan o celebren por personas relativamente Incapaces.

La nulidad relativa no puede declararse de oficio ni alegarse m1s que por la persona o personas en cuyo favor las han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes; y puede subsanarse por la confirmaci3n o ratificaci3n del interesado o interesados, y por lapso que no sea menor de cuatro a1os. (Art. 1591 Cod. Civil).

Para que la ratificaci3n expresa o t1cita sea eficaz, es necesario que se haga por quien tiene derecho de pedir la rescisi3n y que el acto de ratificaci3n se halle exento de todo vicio de nulidad (Art. 592 Cod. Civil).

CAPITULO V

DEL FIDEICOMISO PUBLICO

Cuando preparaba este ultimo capítulo en esta Tesis, pensaba que para no ser el tema principal de esta investigación, ya que esta investigación iba dirigida hacia la banca privada, ha sido inevitable entrar al ámbito del sector estatal o publico, ya que en la actualidad este sector ha recurrido con mas frecuencia a la figura del fideicomiso para el manejo de dineros en actividades gubernamentales, así como para liquidar instituciones bancarias, para el manejo de programas especiales de desarrollo agrícola, producción, turísticos, habitacionales.

En nuestra legislación no encontramos regulación de este tipo de fideicomiso como tal denominado de esta forma como “Fideicomiso Público”, pero si encontramos la aplicación de esta figura en la vida practica en las actividades gubernamentales, así como también en el desarrollo de proyectos especiales, encontrando un desconocimiento tanto en la figura del fideicomiso como en la forma en debe manejarse. En la práctica los fideicomisos son manejados con las condiciones predeterminadas que se pactan en los contratos, pero es muy importante conocer un poco de lo que la doctrina y la legislación de otros países nos enseña acerca de este tipo de fideicomiso.

En México, la adopción del fideicomiso público por el sector oficial o público dio lugar a que la operación fuera incluida, como lo esta en la

actualidad, en la lista de las entidades de la administración pública para estatal, compuesta como lo señalan en el artículo no. 3 de La “Ley Orgánica de La Administración Pública Federal”. Por los organismos descentralizados, por las empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares mercantiles de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, así como por fideicomisos públicos. El artículo 47 de dicha ley señala cuales son los fideicomisos públicos, señala cual es la finalidad oficial genérica tienen y cual de las dependencias figurará como fideicomitente por el gobierno federal.

ART. 47. “Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo tres fracción III de esta ley, son aquellas que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al ejecutivo federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por gobierno federal, la secretaría de hacienda y crédito público fungirá como fideicomitente único de la administración pública centralizada.”

Lo dispuesto en este artículo ofrece tres o cuatro lineamientos orientadores de los fideicomisos públicos. En primer lugar los considera y denomina como fideicomisos públicos; en segundo término, les reconoce su origen constitutivo como acto de su propio gobierno federal o bien del sector paraestatal; tercero les señala su función auxiliadora del ejecutivo federal en el impulso de las áreas prioritarias de desarrollo; y en cuarto

lugar, les impone una estructura orgánica parecida a la de las demás entidades paraestatales. Exige la participación en cada uno de estos fideicomisos de un comité técnico y asigna a la secretaría de hacienda y crédito público el carácter de único fideicomitente tanto en la constitución como en el funcionamiento de tales fideicomisos. ⁷⁵

En el caso de Argentina a partir de la tipificación en la ley 24.441, “Financiamiento de La Vivienda y La Construcción”, con características inéditas, como el patrimonio separado, régimen de liquidación extrajudicial, etc. Se inicio un proceso que reedita la evolución que sufrió la figura en los países latinoamericanos que le dieron acogida legislativa como México, Colombia y Venezuela. Refiriéndonos específicamente a el fideicomiso público o del Estado, como fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado, con consecuencias de transformación. En Argentina en poco tiempo, comenzaron a aparecer fideicomisos que el Estado genera como fiduciante (fiduciario). Adquiriendo un desarrollo y una trascendencia tal, en cuanto al manejo de la cosa pública, con las limitaciones que le impone la poca experiencia local. ⁷⁶

De las muchas clasificaciones que se han intentado del fideicomiso, nos interesa, la que diferencia al fideicomiso público del privado. Por añadidura sabemos de la clasificación como público o privado ya es

⁷⁵ Domínguez Martínez, Jorge A. EL fideicomiso. Pág. 257.

⁷⁶ Kiper, Claudio M y Lisoprawski Silvio V. Teoría y Práctica del Fideicomiso. Pág. 101, 102.

suficiente indicativo de su diversidad, especialmente en lo que respecta al origen del contrato.

En su ley 24.441 “Financiamiento de La Vivienda y La Construcción”, regulo el fideicomiso con empleo de esa denominación para la especie general e impuso otra para una aplicación específica en la oferta pública: el fideicomiso financiero; nombre producto de la imaginación del legislador. La Comisión Nacional de Valores, emite por medio de una resolución, la denominación de “fideicomiso ordinario público”, a una especie de derecho privado, lo somete a fiscalización; llamando ordinario público a lo que en realidad es privado.

Desde el punto de vista de las categorías doctrinales es aceptado que el fideicomiso puede ser público o privado, como lo pueden ser otros contratos en que interviene la administración pública, por ejemplo la concesión. Dentro de los fideicomisos privados se encuentran más precisamente las actividades fiduciarias alcanzadas por la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores. Dentro de los públicos están el denominado “fideicomiso financiero” y el mal llamado “fideicomiso ordinario público” que no es público en el sentido de su pertenencia a lo estatal. ⁷⁶

I.- CONCEPTO DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.

Según Acosta Romero, se puede describir el fideicomiso público como un contrato por medio del cual la administración, por intermedio de algunas de sus dependencias facultadas y en su carácter de

76 Kiper, Claudio M y Lisoprawski Silvio V. Teoría y Práctica del Fideicomiso. Pág. 101, 102.

fideicomitente, trasmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario(por lo general instituciones nacionales o provinciales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público. 77

Para Villagordoa lozano, observa con acierto, que si bien el fideicomiso público se apoya en la estructura convencional que caracteriza el tipo contractual, esto es, la relación bilateral fiduciario-fiduciante, hay, sin embargo una diferencia esencial de naturaleza genética en el proceso de formación que lo diferencia del fideicomiso privado. En el público la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico *sui generis* que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto), fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula, en fin, la constitución incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos. 78

Para Dávalos Mejía, los fideicomisos públicos son fideicomisos como cualquiera otro, emanados como ya sabemos del derecho privado, pero que por sus características ya institucionalizadas le permite al ejecutivo una solución óptima para necesidades socioeconómicas que por razones diversas no puede atacar ni directamente, ni por la vía descentralizada, ni con un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal. 79

77 Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. Editorial Porrúa. Pág.340

78 Villagordoa Lozano, José M. Breve estudio del fideicomiso (tesis), Mexico, 1964. Pág. 289.

79 Dávalos Mejía, L. Carlos. Títulos y contratos de crédito, Quiebras. Pág. 451.

II.- DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO PÚBLICO Y EL PRIVADO.

En relación con el fideicomiso privado, el fideicomiso público registra las siguientes diferencias:

- a) La constitución, modificación y extinción del fideicomiso tiene origen en el derecho administrativo.
- b) La administración necesariamente debe intervenir en su constitución.
- c) El patrimonio separado se conforma con bienes y derechos del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público.
- d) El fideicomiso responde al fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado.

Ya sea por razones políticas o económico-sociales de la administración, se comprueba en el fideicomiso público el aprovechamiento de elementos básicos del tipo contractual, en especial la configuración del patrimonio separado. ⁸⁰

III.- ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.

México parece haber sido el país donde los fideicomisos públicos se originaron y alcanzaron el mayor desarrollo, al punto tal que autores Como Dávalos Mejía, llega a afirmar que es una figura que solo existe, y que en consecuencia sólo se puede comprender en su totalidad en los términos del derecho mexicano. ⁸¹

⁸⁰ Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V. Pág. 105.

⁸¹ Dávalos Mejía, Carlos. ob. Cit., Pág. 451.

Si bien es cierto que México produjo legislación específica para la categoría de fideicomisos públicos, dotándolos de una entidad y organización tal que ha llevado a afirmar que más que un contrato es una persona jurídica, sin embargo, algunos países, como Venezuela, en el que el fideicomiso es una realidad, han adoptado esta especie pública con sus respectivas particularidades.

Las ventajas que ofrecía este fideicomiso fueron reconocidas de inmediato por la administración mexicana tanto en su primera concepción legal (1926), como en la primera utilización (1936), con destino a actividades agropecuarias. Estos fideicomisos han alcanzado un volumen y una multiplicidad de aplicaciones prácticamente ilimitadas en diversos campos de la vida económica, cultural y social de México: industria, comercio, agricultura, ganadería, forestación, turismo, exportación, pesca y otros; hoy forman parte de la estructura jurídica del poder público. La normativa es de una envergadura tal, que la organización de estos fideicomisos se asemeja a los organismos descentralizados o empresas con participación estatal mayoritaria. ⁸²

Castañeda Niebla, ⁸³ define al fideicomiso público como: “entidad, unidad económica u organismo especial” que sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario (generalmente entidades financieras públicas) la titularidad de cierto bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del

82 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. ob. cit. Pág. 106

fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, operando por medio de organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria que los maneja, pero aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplir, con un medio que se evidencia idóneo (el fideicomiso) la finalidad que persiguen. Villagordoa Lozano, en cambio sostiene que no es por medio de una “nueva estructura administrativa” que el estado trasmite a una institución fiduciaria la titularidad de los bienes para realizar un fin lícito de interés público, sino que a la inversa, se trasmite dicho titularidad a la fiduciaria para que, según las bases y objetivos que señala la administración pública, integre una estructura administrativa por cuyo conducto pueda realizar los fines fijados en el contrato de fideicomiso respectivo. ⁸³

Estamos de acuerdo con lo que establece el autor antes mencionado, ya que es la administración pública es la que deberá establecer las bases y objetivos que deberán cumplirse por la institución fiduciaria para la realización del fideicomiso. Por lo menos en nuestro país, el manejo de los fideicomisos públicos o gubernamentales, varia según sea el destino del fideicomiso, por medio de que institución se lleve a cabo el fideicomiso y de donde vienen los fondos.

Como hemos mencionado anteriormente en nuestra legislación no se encuentra regulados en forma explícita los fideicomisos públicos, sin embargo ha existido la aplicación de esta figura por parte del Estado,

83 Villagordoa Lozano, Jose M. ob. cit. Pág. 291 cita en su obra a Castañeda Niebla, Arturo. Los Fideicomisos Públicos. Tesis profesional, Facultad de Derecho. Pág. 290.

debido a la necesidad de crear un mecanismo financiero de propósito especial, creando una cultura de pago de los deudores, dándole apertura a aquellos poseedores de proyectos viables para que puedan tener acceso a capital de trabajo, y de esta manera lograr integrarse en el mercado de una manera organizada.

En apoyo a la producción agropecuaria, y a manera de atender las solicitudes de los diferentes sectores del país, con la finalidad de generar empleos y mejorar las condiciones de vida de la población; se aprobó la “LEY DE FORTALECIMIENTO FINANCIERO DEL PRODUCTOR AGROPECUARIO”, mediante Decreto no. 68-2003 de fecha 24 de Abril del 2003.

Y es mediante de esta ley en su artículo no. 2 que se crea y autoriza al Poder Ejecutivo para que a través de la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas celebre y firme contrato para constituir en el “Fondo Nacional para la Producción y vivienda” (FONAPROVI) un FIDEICOMISO que se denominara: “FIDEICOMISO PARA EL FORTALECIMIENTO FINANCIERO DEL PRODUCTOR AGROPECUARIO”. El cual se constituyó con una transferencia al fiduciario por una cantidad de un millón seiscientos noventa y tres millones cuatrocientos treinta y dos lempiras (L. 1,693,436,432.00) para el desarrollo de dichos fideicomisos. La finalidad de esa ley como lo establece en su artículo no. 1 “Es la de crear el marco jurídico para apoyar la consolidación financiera del sector agropecuario nacional, otorgando a los productores que cuentan con proyectos técnica y financieramente viables, el beneficio de reducir sus deudas actuales y

modificar sus condiciones de pago, los que les posibilitará la obtención de nuevos créditos bajo términos que minimicen el riesgo financiero y permitan la rehabilitación de las unidades productivas, manteniendo la cultura de pago de los deudores”.

En este caso particular el FONAPROVI ejercerá la función de fiduciario del fideicomiso, de conformidad con los términos del Contrato que al efecto celebre con la secretaría de Estado en el despacho de finanzas. (Art. 8 de la Ley del Fortalecimiento Financiero del Productor Agrícola).

En este contrato de fideicomiso, el Estado a través de la secretaria de Estado en el Despacho de Finanzas será el fideicomitente y el Fideicomisario.

En esta ley se le otorga el manejo de otros fondos denominados: Fondo Para El Pequeño Productor, donde se le da participación a Banco Nacional de Desarrollo Agrícola, el cual se constituirá a través de La Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas, durante un período de tres años, los cuales serían utilizados para el financiamiento de líneas ya existentes, como ser: Programa maderero agrícola, Línea de crédito supervisada para empresas campesinas, Línea de crédito para cajas rurales de ahorro y crédito.

Actualmente en el Banco de Desarrollo Agrícola se encuentren constituidos aproximadamente unos 32 fideicomisos de rubros específicos como por ejemplo los dirigidos a proyectos de ganadería y de Agricultura; proyectos con fondos del gobierno a través de la Secretaria de Estado en el Despacho de Finanzas, para apoyo de agronomía, sistemas de riego, producción de granos básicos, bombas de riego.

Estos fideicomisos los denominan “Convenio de Administración de fondos”. Y para constituirlos toman como base el reglamento de crédito de BANADESA, y el Decreto 68-2003. Los constituyen preferentemente con garantía hipotecaria, en propiedades en dominio pleno; y después de que un cliente haya tenido 6 préstamos le otorgan con garantía prendaria.

Cada fideicomiso tiene su propia contabilidad, balances y estado de resultado. Finanzas solicita un informe de todas sus actividades realizadas para la ejecución de los contratos de fideicomiso, cada seis meses. Ejercen una atribución auditora en el manejo de los fondos recibidos, así como el cumplimiento de los requisitos o condiciones pactadas y el manejo contable de los mismos el Tribunal Superior de Cuentas y la Comisión Nacional de Bancos Y Seguros.

Estos fideicomisos denominados como convenios de administración de fondos requieren igual que los fideicomisos privados una serie de requisitos para su constitución como por ejemplo: datos generales de las partes contratantes, definiciones, objetivo del fideicomiso, monto del fideicomiso, sujetos de crédito del convenio, tasa de interés y su distribución, garantías, desembolsos, obligaciones de las partes, riesgo crediticio, organismos resolutivos (comités de crédito) (lo establece el comitente), supervisión del proyecto (fideicomitente), disposiciones generales, vigencia del convenio.

Posteriormente la Comisión de Bancos y seguros, con fundamento en el artículo 27 de la “Ley de Fortalecimiento Financiero del Productor Agropecuario”. Mediante Resolución no. 1367/09-12-2003 de fecha cinco

de Enero del 2004, Aprobó el procedimiento contable para el registro de los títulos valores emitidos por el “Fideicomiso para el fortalecimiento Financiero del Productos Agropecuario”. En la actualidad no se ha creado un reglamento especial para readecuarlo a un banco de segundo piso como es el BANPROVI, por parte de la Comisión de Bancos y Seguros; lo que ellos realizan es una adaptación de las cuentas autorizadas así como su manejo establecido tanto en los reglamentos especiales como en el manual contable autorizado por BCH, trabajan con el manual de FONAPROVI, y lo adaptan; para el caso en el artículo 46 de la Ley del BANPROVI, establece que el Reglamento General de Créditos, y demás reglamentos y resoluciones emitidas por la junta directiva de FONAPROVI, en relación con las políticas y demás regulaciones referentes a sus programas de créditos, así como los convenios, contratos y reglamentos que se hallen vigentes al entrar en vigor, la presente ley, producirán todos sus efectos hasta que el consejo directivo del BANPROVI y las partes, en su caso, resuelvan otra cosa.

Tomando en consideración las condiciones actuales de la economía nacional e internacional, se requiere que el Estado tome las medidas necesarias para actualizar los mecanismos con que cuenta, para promover los recursos financieros a los diversos sectores que contribuyen al desarrollo del país, para ello se considero necesario la transformación del FONDO NACIONAL PARA LA PRODUCCIÓN Y LA VIVIENDA (FONAPROVI), creado mediante Decreto no. 53-97 con fecha 8 de Mayo de 1997, a un banco de segundo piso más eficiente y funcional que le permita acceder al mercado financiero nacional o

internacional para la obtención de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos. Con fecha primero de abril del 2005, mediante Decreto Legislativo no. 6-2005 se decreta la “LEY DEL BANCO HONDUREÑO PARA LA PRODUCCIÓN Y LA VIVIENDA” denominado BANHPROVI, como una institución de segundo piso, desconcentrada del Banco Central de Honduras, de servicio público, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independencia administrativa, presupuestaria, técnica y financiera. (Art. No. 1). Derogando de manera automática a la LEY DEL FONDO NACIONAL PARA LA PRODUCCIÓN Y LA VIVIENDA (FONAPROVI) Decreto no. 53-97.

El objeto de este banco de segundo piso es la de promover el crecimiento y desarrollo de los sectores productivos mediante la concesión de financiamiento de mediano y largo plazo, en condiciones de mercado por medio de instituciones financiera privadas, y cooperativas de ahorro y crédito, supervisadas y reguladas por la Comisión de Bancos y Seguros, para proyectos privado y del sector social de la economía, referentes a la producción, comercialización de la misma, servicios y vivienda. Con carácter excepcional el BANHPROVI, por medio de intermediario financieros calificados, podrá conceder financiamiento de corto plazo para el sector agropecuario y para la micro y pequeña empresa. Además podrá conceder financiamiento para microcrédito y otros destinos en condición de mercado, por medio de intermediarios financieros no bancarios, como organizaciones privadas de desarrollo financieras (OPDF's) organizaciones no gubernamentales

(ONG's) y otras instituciones financieras similares que integran el sector social de la economía. (Art. 3).

Dentro de sus atribuciones que esta ley le otorga en el artículo 5 numeral 4 establece que podrá “celebrar con personas jurídicas, contratos de Fidecomisos con carácter de fiduciario u otros que tengan como propósito financiar inversiones del sector privado que sean compatibles con su finalidad y Las disposiciones de la presente ley; así mismo podrá administrar fideicomisos constituidos por instituciones del sector público para el financiamiento, por medio del sistema bancario privado, de obras de infraestructura, medio ambiente, transporte, educación, mercado y otros similares que coadyuven al desarrollo del país, siempre que sean compatibles con las disposiciones de la presente ley”.

¿Encajan estos fideicomisos?

Este banco de segundo piso no esta obligado a mantener reservas en el Banco Central de Honduras, en concepto de **encaje legal**. (Art. 7). Creo que esto es precisamente por que esta institución esta desconcentrada del Banco Central de Honduras; ya que se le han atribuido determinados servicios públicos o funciones de la administración pública o central (Art. No. 1) y en lo que se refiere en general los fideicomisos en ningún caso ni privados ni públicos pueden ser utilizado por una institución del sistema financiero para efectuar operaciones de intermediación financiera (ver Art. 3 de la Ley del Sistema Financiero) o que comprometan de cualquier forma el patrimonio o los activos propios de la institución del sistema financiero (Art. 52 de la Ley del Sistema Financiero) ya que son estas operaciones de intermediación financiera

las que están obligadas a mantener reservas en concepto de encaje legal (Art. 49 de la Ley del Banco Central de Honduras) por eso decimos que el contrato de fideicomiso ni privado ni público puede ser susceptible de **encaje legal**. Ya que como lo expresa la exposición de motivos del Código de comercio nuestro que “El fiduciario adquiere una propiedad plena y su investidura jurídica como dueño es perfecta: pero es un dueño que no disfruta de la cosa y que no debe disponer de ella, sino siguiendo las instrucciones de quien jurídicamente no es dueño”. Por consiguiente si los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente, pero se mantienen como un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, un patrimonio en función del fin del fideicomiso, y no en interés del banco fiduciario. El fiduciario solo es un dueño temporal obligado a cumplir un fin determinado.

El Origen de esta institución viene desde el tiempo en que era el Banco Central de Honduras el que manejaba y giraba los fondos al sistema bancario, manejaba aproximadamente 15 proyectos; nace primero el PCA Proyecto Crédito Agropecuario el 18 de noviembre de 1970, el cual se creó para proyectos de agricultura y ganadería; solo se manejaba proyectos ganaderos por lo que posteriormente se fueron desarrollando proyectos especiales para la agricultura desarrollando proyectos de diferentes cultivos; todos estos proyectos se manejaban por BCH y debido a las exigencias de los organismos internacionales nace la UPCA “Unidad de Proyectos de Crédito Agropecuario”, que solo era un cambio de organización interna de acuerdo a las modernizaciones que se estaban dando en esa época para diversificarlos, internamente el BCH

controlaba todos estos proyectos y se iban desarrollando de acuerdo a las necesidades de ampliar los proyectos. La UPCA prácticamente surge para organizar y centralizar todos estos proyectos; después viene el FONDEI, el 28 de Noviembre de 1978, esta era una unidad aparte dependiente de BCH, donde su director y subdirector eran empleados de BCH, los demás empleados dependían de los fondos que producían internamente, este proyecto también manejaba fondos recibidos de organismos internacionales, este proyecto fue creado para apoyar la micro empresa, y posteriormente apoyo a lo mediana y gran empresa; en 1985 mediante decreto legislativo 184-85 nace el FOVI, siendo responsable de administrarlo el BCH, este surge de la liquidación de FINAVI donde BCH pasa a administrar y a financiar los proyectos que se manejaban allí; en 1993 por disposición interna y para lograr adecuar se a la modernización y al crecimiento del mercado, se crea otra institución dependiente siempre del BCH, con al finalidad de centralizar unidades, esta unidad se llamaba FONDEPRO, “Fondo de Desarrollo para la Producción” esta unidad abarcaba la industria y el agro , esta se formo de la fusión de FONDEI y la UPCA el 2 de Julio de 1993; y para 8 de Mayo de 1997 nace el FONAPROVI, “Fondo Nacional para la Producción y la Vivienda” creado con la finalidad de apoyar la consolidación financiera del sector agropecuario nacional (Decreto 53-97) siendo derogado por el Decreto no. 6-2005, creándose el BANPROVI.

Mediante la aprobación de esta Ley Del Banco Hondureño Para La Producción y La Vivienda se reformo el 99% de la Ley Del Fondo nacional Para La Producción y La Vivienda, en lo que se refiere a l parte administrativa.

Los fondos que el BANPROVI recibe como por ejemplo del BID (fondos intermediarios) de la Secretaria de Estado en los despachos de Finanzas (fondos estatales), y los propios (créditos) se colocan a través de la banca privada hondureña. Cuando emita empréstitos, obligaciones u otros títulos, el BANPROVI contará con la garantía del Estado (Art. No. 8 de la Ley de BANPROVI).

La mayoría de los fideicomisos del gobierno o públicos que maneja el BANPROVI son los Fideicomisos de Administración, y el estado también pago su comisión respectiva por el manejo de los mismos. Normalmente la duración de esto fideicomisos es de cuatro años y si necesitan ampliación se hace mediante un adendum. Otro tipo de financiamiento que otorgan es; si es para vivienda es de 20 años; si es para la industria o para la agricultura se establece de acuerdo al ciclo productivo.

El contrato de fideicomiso queda registrado en Crédito público, en obligaciones del Estado.

Si los fondos vienen de algún organismo internacional, la negociación se realiza mediante una carta de ejecución con las especificaciones del convenio así como a las políticas de crédito establecidas a las que quedaran sujetas las partes, y allí depende del organismo internacional que sea. El Banco privado del sistema financiero será el intermediario.

El nombre con el que normalmente se le conoce a este contrato de fideicomiso dentro de esta institución es Contrato de Participación de los Recursos; donde BANPROVI será el fiduciario, el banco privado será el intermediario, el Estado a través de secretaría de Finanzas es el

fideicomitente, los fondos destinados para el cliente final constituyen el fideicomisario.

La Comisión ejerce controles en el BANPROVI, sobre situaciones regulatorias, políticas financieras, implementación de normas, cumplimiento de requisitos de las partes contratantes, verificación de sus operaciones, de su solvencia (Art. 10),

Dentro de Crédito Público Secretaria de Finanzas, constatamos que este fideicomiso se le conoce con el nombre de “Convenio de Fideicomiso o Convenio de Administración de Fondos”. Y es la dependencia encargada de su manejo.

Se llevan a cabo estos convenios con fondos de préstamos a través de organismos internacionales como Banco Mundial, Banco Centroamericano de Integración económica, el BID, etc.

El convenio de préstamo lo recibe crédito público, somete a concurso al banco privado; los organismos ponen las condiciones que quieren de requisitos, toman en consideración la Ley de Bancos y Seguros. Posteriormente pasa a la Unidad Administrativa de Proyectos (UAP) para su respectiva revisión de la propuesta de los requisitos, y para preparar el concurso para la selección del banco privado.

Otras Secretarías de Estado pueden ser unidades ejecutoras de estos dineros para proyectos específicos, pero es la Secretaría de Finanzas la que recibe los fondos.

La licitación puede ser pública o privada o de contratación directa.

Pública.

- Se hacen las bases del concurso de acuerdo al financiamiento y a los términos de referencias.

- Se pública el aviso
- Se estipula la fecha límite de recepción de ofertas técnicas y económicas.
- El primer día se abre el sobre técnico en público con los representantes de cada banco.
- Se hace la evaluación de la oferta técnica.
- Hay una comisión especial que evalúa y recomienda por el orden de mérito y se manda al banco seleccionado.
- En la segunda etapa se abre los sobres de las propuestas económicas.
- Posteriormente la comisión hace la ponderación entre la oferta técnica y económica. Y con la de mejor puntaje se realiza el contrato.

Licitación Privada.

- Se manda una carta para invitar a los bancos de solidez económica.
- No se publica el aviso.

Contratación Directa.

- Técnica y económica se le justifica al banco que es la mejor opción para contratar con el.

Todo programa tiene su manual de crédito, y la durabilidad de los fideicomisos va de acuerdo al término del proyecto.

IV.- DOMINIO FIDUCIARIO DEL ESTADO.

Hemos querido referirnos a este tema, precisamente para llegar a la conclusión de si se pueden dar o no en fideicomiso los bienes nacionales.

De acuerdo con nuestro Código Civil en su artículo 617: “se llaman Bienes Nacionales aquellos cuyo dominio pertenecen a la nación toda, si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman Bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman Bienes del Estado o Bienes Fiscales”.

Los primeros son de dominio público y los segundos son de dominio privado, siendo el Estado el único y verdadero propietario de ambos, y la división de que su dominio se hace en público y en privado, se refiere al régimen legal al cual están sometidos esos bienes según la afectación que se le da a los mismos.

De acuerdo con el artículo 107 de la Constitución de la República de 1982 literalmente establece: “Los terrenos del Estado ejidales, comunales o de propiedad privada situados en la zona limítrofe a los Estados vecinos, o en el litoral de ambos mares, en una extensión de (40) cuarenta kilómetros hacia el interior del país, y los de las islas, cayos, arrecifes, escolladeros, peñones, sirtes y bancos de arena, sólo podrán ser adquiridos o poseídos o tenidos a cualquier título por hondureños de nacimiento, por sociedades integradas en su totalidad por socios hondureños y por las instituciones del Estado, bajo pena de nulidad del respectivo acto o contrato.

La adquisición de bienes urbanos, comprendidos en los límites indicados en el párrafo anterior, será objeto de una legislación especial.

Se prohíbe a los registradores de la propiedad de la inscripción de documentos que contravengan”.

Según lo que establece nuestra constitución en su artículo 107 como anteriormente se expuso, existe una prohibición en estos terrenos considerados zona de seguridad del Estado, y en el caso particular de las playas, que son bienes nacionales de uso público, que pueden enajenarse a nadie por que pertenecen a todos los habitantes de la nación.

Obviamente los bienes a transmitir son los de dominio del Estado, pero no podemos dejar de mencionar que el mismo artículo hace la salvedad que la adquisición de bienes urbanos, comprendidos en los límites indicados será objeto de una legislación especial. Y tomando en consideración, la necesidad de promover la actividad turística y el desarrollo de obras de gran envergadura, la figura del fideicomiso puede caber dentro del desarrollo de un proyecto de estos pero siempre dentro del límite que para lo que se destine el cumplimiento de su fin sea lícito y determinado (ver Art. 627 del Cod Civil).

Obviamente los bienes a transmitir son los del dominio del Estado, es de conocimiento básico que los bienes del Estado son de dominio público o de dominio privado; como lo mencionamos anteriormente los primeros son los **Bienes nacionales de uso público o bienes públicos**, y los segundos son los **Bienes del Estado o bienes fiscales**.

Los bienes públicos según nuestro Código Civil tienen los caracteres siguientes:

- 1.- Su uso pertenece a toda la nación toda (Art. 617 p. 1º.).
- 2.- Son inenajenables, esto es resultado de la propia destinación de ellos (Art. 626, 1088).
- 3.- Son imprescriptibles, lo cual es una consecuencia de su inenajenabilidad, por lo que estos bienes no pueden adquirirse por prescripción de dominio (Art. 2269).
- 4.- Son inalienables, es decir que no pueden enajenarse, hipotecarse ni embargarse; esto es también en consecuencia de su inenajenabilidad.

Pero los bienes públicos pueden ser utilizados no solo colectivamente por el público en general, sino también privativamente, por las personas que obtengan permiso o concesión al respecto y siempre que no perturbe el uso general y común de los habitantes. 75

Si nos referimos al artículo 630 del Código Civil que específicamente establece:” sobre las obra que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el **use y goce de ellas, y no la propiedad del suelo...**”

Esta disposición se refiere tanto a los bienes públicos como a los fiscales; pero en lo referente a los públicos ya dijimos que en relación con su afectación al uso público, son inalienables, y la inalienabilidad rechaza la constitución de cualquier derecho real de tipo civil. El concesionario no tiene ninguno de éstos sobre el suelo público que

ocupa con sus obras; posee un uso que emana de una simple tolerancia del Estado, o sea que solo tiene derecho sobre las obras por él construidas y sobre el especial aprovechamiento de la cosa pública; pero sobre esta no tiene ningún derecho real, sino una simple tenencia. ⁷⁵

Dentro de la legislación mexicana en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) en su art. 359, encontramos que dentro de los fideicomisos prohibidos, están los constituidos en zona prohibida según su artículo 27 constitucional, ninguna persona física o moral extranjera podrá tener el dominio directo de bienes inmuebles sobre zonas prohibidas (ejemplo las playas), ni tampoco podrán tenerlo las sociedades mexicanas, con cláusula de admisión de extranjeros. Sin embargo, a fin de promover la actividad turística, el Ejecutivo autorizó que el Ministerio de Relaciones Exteriores, autorizara, previo análisis de caso por caso a determinadas instituciones fiduciarias, a recibir en fideicomiso bienes inmuebles en zonas prohibidas, a fin de destinarlos a la realización de actividades industriales turísticas, siempre que la utilización y aprovechamiento de dichos bienes permitiera a los Fideicomisarios exclusivamente su uso, sin poder constituir sobre ellos derechos reales. ⁷⁶

¿Cómo pueden desarrollarse o explotarse los bienes nacionales de uso público sin que pierdan su condición de tales? Como lo hemos

75 Cruz López, Reinaldo. Los Bienes. Editorial Fuego Nuevo. Pag. 33 y 37.

76 Dávalos Mejía. L. Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Pag. 447

mencionado anteriormente por medio del uso y goce de los mismos que el Estado puede dar a los particulares mediante concesión de uso, de servicio público de obra pública, o combinación de ambas. Estamos muy claros que según este artículo 107 constitucional no puede venderse ni transferirse a ningún título de dominio los bienes de uso público, ni ser susceptible de dominio; ni a hondureños mucho menos a extranjeros (ver Art. 13 de la Const., Art. 616 del Cod. Civil).

Analizaremos este tema a través de la ilicitud o no, de la constitución de un fideicomiso a título de compraventa a plazo de un inmueble de uso público comprendido dentro del 107 constitucional llamada Zona Territorial de Seguridad; como es el conocido proyecto turístico de la Bahía de Tela.

Hechos:

- Con fecha cinco de Noviembre del 2002, el Poder Legislativo, mediante Decreto 360-2002, reforma los artículos 6,8, reformado

Mediante Decreto no 131-98, contentivo de la “Ley de Estimulo a la Producción, a la Competitividad y Apoyo al Desarrollo Humano”; 9, 11, 14, 36, 41 y 48 del Decreto no. 103-93 que contiene la “Ley del Instituto Hondureño de Turismo”. El cual en su articulo 6 dentro de sus funciones se establece; c) Negociar, contratar y suscribir convenios de cooperación técnica y financiera con organismos nacionales e internacionales, así como integrar sociedades mercantiles de conformidad con las disposiciones legales siguientes;

l) Constituir fideicomisos;

y dentro de las atribuciones del consejo, en su artículo 11 establece:

- e) Aprobar la participación social en sociedades mercantiles en las que tenga interés el Instituto Hondureño de Turismo, como parte de sus planes de desarrollo turístico nacional;
- f) Aprobar la constitución de fideicomisos;

Pero será su Presidente Ejecutivo que tendrá entre sus atribuciones:

ñ) Constituir fideicomisos;

- Con fecha 27 de Febrero del 2003, se constituyó la sociedad mercantil denominada “Desarrollo Turístico Bahía de Tela”, con la finalidad de promover e desarrollo y ejecución del Proyecto Turístico Bahía de Tela, mediante la urbanización compra, venta arrendamiento, y gravamen de bienes inmuebles (no especificando si lo hará indistintamente con nacionales o extranjeros, y tampoco deja manifestado que esto se efectuará en terrenos comprendidos dentro de los bienes nacionales de uso público estipulados en el 107 constitucional) ; la construcción de infraestructura, planta hotelera y demás actividades conexas.

Quedando evidenciado que esta suscrito el 100% de capital social por el Estado de Honduras, a través del I H T.

- Y mediante Decreto no. 237-2003 de fecha 20 de Enero del 2004 y vigente a través de su publicación en el diario oficial la Gaceta de fecha 23 de Marzo del 2004, el Congreso Nacional autoriza el **traspaso de dominio bajo el título de compraventa a plazo** de un inmueble de 311.85 hectáreas propiedad del Instituto Hondureño de Turismo. Traspaso a favor de la Sociedad Mercantil

“Desarrollo Turístico Bahía de Tela” S. A. DE C. V. , por un precio de \$19,138,572.00, pagaderos en un plazo de 40 años y al 2.5% de interés anual .

- Y finalmente el 29 de mayo del 2006, se ha aprobado por el Congreso Nacional el Decreto 35-2006, que constituye en esencia el contrato de fideicomiso de administración suscrito por el BCIE y el Estado de Honduras por \$ 7 .000,000.00, el cual se encuentra en casa de gobierno para su respectiva sanción.

Tenemos el conocimiento por los medios de comunicación de cómo estará compuesto y dividido el capital social, se creó el “Fondo Hondureño de Inversión Turística” (FHIT), el presidente del fondo es el sr. Juan Canahuati y el vicepresidente el sr. Camilo Atala; este proyecto se desarrollara con un capital accionario formado por 51% de empresarios nacionales (46 grupos empresariales netamente hondureños) y el 49% el Estado de Honduras, a través del Instituto Hondureño de Turismo. Con fecha 9 de Junio se firmo el contrato de accionistas (inversionistas), asumiendo el control de la empresa, y dando inicio a las licitaciones para la construcción del primer hotel.

El mismo decreto 237-2003, ya establece en su artículo no. 2, entre otras cosas que este proyecto por tratarse de alta prioridad para el Gobierno de la República, la Escritura de Traspaso que al efecto se realice deberá establecer que dicho inmueble no podrá, bajo ningún respecto, ser susceptible de traspasos a terceras personas, ya sean naturales o jurídicas, si no es con el único y exclusivo fin de llevar a ejecución una de

las etapas o fases que el Diseño General del Proyecto comprende de conformidad con los lineamientos y especificaciones técnicas del mismo.

Por tanto, en atención a lo prescrito en el Artículo 1 del Acuerdo 312, de fecha 29 de noviembre de 1982, mediante el cual se hizo la Declaración de Zonificación Turística Nacional, y los artículos 1 y 2 del Reglamento para el Traspaso de Títulos para el Estado de Bienes Inmuebles en las Zonas de Turismo, Acuerdo no. 136 del 26 de Marzo de 1981; (cabe mencionar que dichos Acuerdos en los que se fundamenta el traspaso de dicho inmueble, se consideran derogados tácitamente por el artículo 376 de la actual Constitución de 1982, ya que contravienen lo establecido en artículo 107 constitucional) y con fundamento en los artículos 613,697,702 y 707, del Código Civil, relativos al Dominio y a las Formas de Tradición de Bienes, respectivamente deberá verificarse a favor de la sociedad mercantil “Desarrollo Turístico Bahía de Tela S. A. de C. V.” **La Tradición de Dominio bajo Condición Resolutoria** (es cuando cuyo cumplimiento resuelve la obligación volviendo las cosa al estado que tenían, como si la obligación no hubiere existido; la condición resolutoria consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción del derecho) sobre el inmueble descrito, bajo el título de Compraventa a Plazo, de conformidad con las condiciones siguientes:

- I. La Tradición Dominical deberá efectuarse bajo el único y exclusivo fin de servir como medio que garantice la ejecución total del “Proyecto Turístico Bahía de Tela”, mediante la incorporación de socios inversionistas en la compañía Holding, o bien mediante la creación o formaron de subsidiarias en las que participe la Holding

para el desarrollo de alguna etapa o fase del proyecto, o a través de la venta de partes o fracciones del predio en las que se vayan a desarrollar dichas etapas o fases del proyecto general;

- II. Para la ejecución del proyecto general, la sociedad mercantil, “ Desarrollo Turístico Bahía de Tela S. A. de C. V.” contará con un plazo máximo de diez(10) años contados a partir del otorgamiento de la escritura de Traspaso respectiva para ejecutar una inversión de, al menos, de un 30%, del monto total de la inversión correspondiente a la etapa o fase de que se trate, o de la totalidad del proyecto general, en su caso; inversión que corresponderá a la infraestructura básica del proyecto, en atención a la estructura financiera requerida para garantizar la plena ejecución del mismo; y,
- III. Para la venta parcial o fraccionamiento del predio para la ejecución de una etapa o fase específica del proyecto general, la sociedad compradora contará con un plazo máximo de cinco (5) años contados a partir de la respectiva venta o fraccionamiento, para ejecutar una inversión de, al menos, un 30% del monto total de inversión correspondiente a la etapa o fase de que se trate, inversión que corresponderá a la infraestructura básica del proyecto específico, en atención a la estructura financiera requerida para garantizar la plena ejecución del mismo.

El artículo tres específicamente refiere la cláusula resolutoria en caso de incumplimiento y como se efectuara en caso de que ocurra.

Con todo lo que hemos sustraído del Decreto 237-2003, queda de manifiesto que en Honduras aunque no es permitido según la ley; si se ha podido Constituir un fideicomiso con bienes nacionales de uso público, infringiendo y violentando la norma constitucional, ya que dentro de las finalidades del este proyecto esta la **venta de estos bienes inmuebles, a socios del Gobierno Central e inversionistas extranjeros y/o locales;** como queda evidenciado en el artículo 5 de dicho Decreto. Pese a la prohibición de orden general del artículo 107 en su párrafo primero de la Constitución de la República de 1982. Analicemos como hondureños que somos, si verdaderamente estos preceptos en los que se están fundamentando nuestras autoridades; en el hecho de que Honduras necesita promover el desarrollo turístico y fomentar la inversión extranjera, obteniendo beneficios sociales y económicos para la colectividad; verdaderamente serán cumplidos, o, serán beneficio para unos pocos, como es costumbre en nuestro país.

CAPITULO VI

DEL FIDEICOMISO DE TITULACION

El mercado de capitales al que también se lo conoce como mercado de valores es el vehículo financiero que permite al Estado y a los particulares hacerse de capitales a mediano y largo plazo,

El mercado de capitales sumado al mercado de dinero integrado por el sistema bancario y el financiero institucionalizado configuran el mercado financiero, en el cual se invierten los ahorros que se derivan a los créditos de todo tipo. Así, entidades financieras, administradoras de fondos de pensión, administradora de fondos de inversión y fondos mutuos, sociedades de bolsa, agentes de mercado, instituciones de seguros, institutos de previsión, entidades extranjeras que desarrollen actividades similares, son los canales a través de los cuales se movilizan los recursos dinerarios, mediante instrumentos aptos como las acciones, los títulos de deuda, etc.

En Honduras, la oferta pública de títulos valores esta regulada por la Ley de Mercado de Valores que es la que ha creado la autoridad que ejerce la superintendencia, es decir, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, y regula la organización y funcionamiento de las bolsas del comercio y mercados de valores, así como la actuación de las personas que solo la oferta de valores realizada por personas físicas o jurídicas

privadas, no caen dentro del ámbito de su competencia la oferta pública de títulos valores emitidos por el Estado.

La oferta pública, entonces, viene a constituirse en una especie de respaldo que el Estado otorga a los títulos valores a través de la actuación de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, con el objeto de que el inversor esté en condiciones de conocer la capacidad económica y administrativa de la entidad emisora, de modo de asegurarle ciertas condiciones de seguridad.

La Securitización o Titulización (titulación) ⁷⁷; son términos sinónimos que se aplican a una técnica financiera consistente en convertir activos crediticios inmovilizados en títulos de crédito negociables en los mercados, y cuyo pago –capital e intereses– es garantizado por aquellos. Fácilmente se advierte la utilidad de un sistema que permite atraer múltiples inversores –grandes, medianos y pequeños– seducidos por la seguridad que proporciona la garantía y la diversificación de los riesgos y, a la vez, recobrar liquidez a los titulares e hipotecas y prendas, tenedores de letras y pagarés y, en general a los vendedores a plazo.

La Securitización o Titulación; es una transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables. Consiste en reunir y reagrupar un conjunto de activos crediticios, con el objeto de que sirvan de respaldo a la emisión de títulos valores o participaciones para ser colocadas entre inversores. Los créditos de esos activos quedan incorporados a los títulos que, a su vez, están garantizados por los activos subyacentes.

77 Giraldi, Pedro M. Fideicomiso. Pág. 131

Estos títulos valores son, por definición, negociables en un mercado secundario.

La Ley de Mercado de Valores define en su artículo 6 lo que es un **Mercado Secundario**: Aquel en que los compradores y vendedores están simultáneamente participando en la determinación de los precios de los valores que se encuentran en circulación en el mercado, las veces subsiguiente a su negociación original.

“Securitizar o titularizar” una obligación es representarla con un título.

El fenómeno de la globalización ha creado el escenario propicio para el desarrollo de la titulación, al incorporar nuevos instrumentos en las economías de cada país. Impulsando el crecimiento de mercado de capitales al transformarse en una alternativa más barata para acceder a los recursos financieros. 78

No resulta ya suficiente la actividad tradicional de los banco y de las entidades e ahorro y préstamo. En la búsqueda incesante de fondos, la empresa debe recurrir a un mercado que en la actualidad no tiene fronteras, ni horarios y en que la informática ha puesto nuevas formas de contratar, de registrar operaciones de documentos, obligaciones y pagos. La oferta pública llega a un ahorro cada vez más popular tentado por una inversión sin peligro, y por la liquidez que el tráfico, proporciona a los instrumentos representativos de los créditos. 78

En este nuevo escenario la banca de inversión viene a desplazar a la banca comercial tradicional, quedando reservada a una banca minorista

la actividad orientada al otorgamiento de créditos personales o de consumo. 78

En este marco, es posible la especialización de la banca minorista, optando unas entidades por operar preferentemente como entidad depositaria, en tanto las otras por especializarse en la actividad prestamista. Así, las primeras reciben depósitos y los invierten en títulos valores respaldados por los préstamos otorgados por las segundas.

En proceso de sustitución de activos líquidos por activos disponibles coloca a quien inicia el proceso de titulación (el que arma el paquete de activos crediticios) en una mejor situación financiera al darle un valor de mercado a créditos que antes no lo tenían, al posibilitar que activos no endosables sean transmisibles en el mercado secundario, y si se tratase de alguna entidad regida por la Ley del Sistema Financiero, le proporciona la ventaja de mejorar, conforme con las Normas de Basilea de aplicación obligatoria, pues un mayor nivel de riesgo de esos activos se corresponde con una mayor exigencia patrimonial. A través de la titulación la entidad financiera elimina de su activo los créditos titulizados incrementando su capacidad de otorgamiento de nuevos créditos.

A las entidades con alto grado de inmovilización de sus carteras o largos plazos de amortización, les permite adquirir capacidad prestable.

Otra ventaja de la titulación consiste en que en estos títulos valores respaldados por activos, la calificación del riesgo se práctica respecto del

78 Giraldi, Pedro M. ob citada. Pág. 132.

título como tal y de los activos subyacentes, con independencia de la calidad de quien sea el originante y las vicisitudes de su actividad empresarial.

Si se quisiera aun mejorar la calidad del activo titulado para hacer más atractiva la emisión, puede apelarse a ciertas técnicas como agregarle el aval de originante, o la constitución de fianzas, seguros de caución o el compromiso del originante de reemplazar los créditos impagos por otros de similar naturaleza.

El capital extranjero puede estar mejor dispuesto a invertir en un proyecto de inversión garantizado por un activo aislado del patrimonio, facilitándose la entrada en jurisdicción nacional de recursos provenientes del exterior.

Dentro de la titulación existen dos tipos de mercado:

Mercado de Dinero: títulos de vencimiento a corto plazo, que sean muy líquidos y se vendan con facilidad aunque sean a largo plazo.

Mercado de Capital: títulos a largo plazo baja liquidez. Ejemplo: bonos hipotecarios, acciones.

Para implementar este proceso no solo se debe crear el ordenamiento jurídico, sino que también debe existir un mercado que reúna lo siguiente:

- Plataforma tecnológica unificada, integrando mercados int'ls,
- Mercados ampliados
- Cámaras de compensación de monedas, ágiles y seguros
- Agencias calificadas de riesgos

- Agencias de custodia especializadas
- Marco legal armonizado
- Agencias reguladoras: despolitizadas y eficientes, etc.

En nuestro país el instrumento utilizado para crear la titulación y la autorización para el manejo de esta figura, fue el Decreto no. 8- 2001 de fecha 2º de Febrero del 2001, que es La “LEY de MERCADO Y VALORES”; en su artículo 253 párrafo 3 y 4: ..“Quedan autorizados los procesos de titulación y corresponderá a la comisión emitir conforme a criterios internacionales aceptados, las normas especiales relativas a dicho proceso; correspondiéndole a si mismo, ejercer el control y la supervisión de las personas naturales y jurídicas que intervengan en los procesos de titulación. La Comisión queda además facultada para emitir las normas a que deberán sujetar su intervención las personas mencionadas.

Se entenderá por titulación al 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.

La Comisión Nacional de Bancos y Seguros, mediante Resolución no. 614/06-08-202, aprobó el “REGLAMENTO DE REGISTRO PÚBLICO DE MERCADO DE VALORES”; emitido mediante Resolución no. 502/25-06-2002, en sesión del 6 de Agosto del 2006.

En su Título V de LAS DISPOSICIONES FINALES; establece que será creado un reglamento especial para las Sociedades de Titularización y los patrimonios autónomos; donde se establezca los requisitos necesarios a cumplir para su inscripción.

Y finalmente el 9 de Septiembre del 2004, con fundamento en lo establecido en los artículos 6 y 13 numerales 1) y 2) de la ley de La Comisión Nacional de Bancos y Seguros; en sesión del 7 de Septiembre del 2004. Resuelve aprobar “EL REGLAMENTO PARA LA ORGANIZACIÓN Y ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDADES DE TITULACION Y EL PROCESO DE TITULACION” mediante Resolución no. 890/07-09-2004 de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros.

Su objetivo, como lo establece en su artículo uno es la de establecer las normas generales que regulan los procesos de titulación, de acuerdo al artículo 253 de La Ley de Mercado y Valores. Ley que le da vida a esta nueva figura en nuestra legislación.

Este reglamento en su artículo dos da una serie de definiciones y términos, que adicionales a las del artículo 6 de la Ley de Mercado y Valores, para efectos de comprensión de dicho reglamento.

A continuación vamos a conocer un poco de lo que este reglamento regula tomando en consideración las normas y practicas internacionales, a las que debe sujetarse; así como la doctrina y el derecho comparado en relación al manejo, organización y actividades de estas Sociedades de titulación, así como los actos dentro de los procesos de titulación.

I.- FIDEICOMISO DE TITULACION.

En el fideicomiso de titulación, una persona denominada fideicomitente efectúa la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario, para la constitución de un patrimonio autónomo denominada patrimonio fideicomitado, 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 en titular la calidad de fideicomisario. Únicamente las sociedades autorizadas conforme al presente Reglamento, en adelante sociedades autorizadas, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulación. (Art. 9 “Reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación”).

El acto constitutivo del fideicomiso de titulación es aquel contrato suscrito entre el o los fideicomitentes y el o los fiduciarios, o el acto unilateral de la sociedad autorizada, en el cual el fiduciario y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. A dicho acto constitutivo se adhiere el o los inversionistas al suscribir o adquirir los valores que se emitan con respaldo en el patrimonio fideicomitado, obteniendo al mismo tiempo la calidad del fideicomisario. Dicho acto no podrá ser modificado, cuando afecte los derechos de los fideicomisarios, ni resuelto sin el previo consentimiento de estos, de conformidad con lo establecido en el acto constitutivo. (Art.

15 “Reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación”).

El acto constitutivo del fideicomiso, salvo los supuestos de excepción que establezca la Comisión mediante disposiciones de carácter general, deberá constar en escritura pública y debe señalar cuando menos lo siguiente:

1. La finalidad específica para la cual se constituye el fideicomiso, que no podrá ser otra que la de servir el respaldo a una emisión de valores.
2. La individualización de los activos objetos de transferencia.
3. Modo y plazo de transferencia de los activos que integraran el patrimonio fideicometido.
4. Denominación del patrimonio fideicometido.
5. Los derechos, obligaciones y facultades del fideicomitente, de la sociedad autorizada y del fideicomisario, con determinación de:
 - a. Los términos y condiciones de la emisión de los valores a los que servirá de respaldo, en especial a lo relativo de voz y voto entre las diferencias series o clases de valores que se emitan, así como al interior de estas;
 - b. La facultad de la sociedad autorizada de delegar determinadas funciones en el fideicomitente o terceros, así como las limitaciones a sus facultades de disposición y administración en relación a los activos que integran el patrimonio fideicometido;

- c. Causales y facultades de decidir la remoción de la sociedad autorizada;
 - d. Facultades y procedimientos para la elección del fiduciario sustituto en caso de renuncia, liquidación o remoción de la sociedad autorizada;
 - e. La especificación de costas y cargos que podrán ser imputados al patrimonio, así como la delimitación de costos que en ningún caso podrán ser cargados al patrimonio.
6. Garantías adicionales que hubiera establecido el fideicomitente, la sociedad tituladora o terceros, o en su caso, las que se deberán constituir en ejercicio del dominio fiduciario.
 7. Condiciones o plazos, pudiendo estos últimos ser indeterminado.
 8. El destino de los activos a la finalización del fideicomiso; u
 9. Otros que establezca la Comisión.
- (Art. 16 del Reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación).

II.- SOCIEDADES DE TITULACIÓN.

Denominada Sociedad de Propósito Especial; es una sociedad anónima de objeto exclusivo que se constituye íntegramente con los activos cedidos para un patrimonio de propósito exclusivo. (Art. 4 del Reglamento)

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 que emitan sean o vayan a ser objeto de oferta pública (Art. 32 del Reglamento).

Patrimonio de Propósito exclusivo o Autónomo, es el constituido con los bienes y activos cedidos por una o más personas individuales o colectivas y afectados para el propósito de que, a cargo del patrimonio autónomo, se emitan valores.

La titulación puede ser desarrollada a partir de los siguientes patrimonios de propósito exclusivo:

- a) Patrimonios fideicometidos, mediante **FIDEICOMISO DE TITULACION;**
- b) Patrimonios de Sociedades de propósito especial; u
- c) Otros que resulten idóneos, según establezca la Comisión mediante disposiciones de carácter general. (Arts. 3 y 5 del Reglamento).

Con el objeto de integrar patrimonios de propósito exclusivo, pueden ser transferidos todos aquellos activos, sobre los que el titular puede disponer libremente. Estos activos que forman parte del proceso de titulación **no pueden ser objeto de acciones judiciales de parte de los acreedores** de la persona jurídica que transfiere los activos. (Art. 6 y 19 del Reglamento).

El artículo siete del reglamento nos establece cuales categorías de activos no pueden ser titulizados, en proceso de titulación, Cuando los valores a respaldar vayan a ser objeto de oferta pública en el territorio nacional:

- a) Los embargados;
- b) Los hipotecados;
- c) Aquellos sobre los que ha recaído una prohibición de celebrar actos y contratos;
- d) Los decomisados en virtud del delito de lavado de activos;
- e) Los decomisados por otras causas; y,
- f) Los sujetos a litigio por cualquier otra causa.

La constitución de las sociedades de propósito especial se regirá por las siguientes reglas:

1. Para la constitución se requiere el número de socios establecido en el Código de Comercio.
2. La autorización de funcionamiento la otorga el Banco Central de Honduras, previo dictamen de la Comisión, quien será la institución encargada de autorizar el establecimiento de las sociedades de propósito especial.
3. Debe constituirse como sociedades anónimas.
4. Sus estatutos deben contener lo siguiente:
 - a. Su denominación o razón social debe incluir la expresión “Sociedad Anónima de Propósito Especial”
 - b. Su objeto social debe señalar que su actividad se limita a la adquisición de activos y a la emisión de valores, no pudiendo efectuar otras actividades que no se encuentren directamente relacionadas con este fin.

- c. Se debe señalar clara y precisamente la determinación de la clase de activos crediticios que podrán ser adquiridos por la sociedad.
- d. Las normas relativas a la redistribución de utilidades deberán indicar las limitaciones que se pudiera establecer en la repartición de dividendos.
- e. El régimen de la administración deberá incluir las limitaciones y responsabilidades a las que se sujetan los administradores de la sociedad de propósito especial 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.
- f. Todo lo correspondiente al régimen de liquidación de la sociedad, de acuerdo a las obligaciones de las sociedades definidas por el Código de Comercio, con mención del tratamiento que se dará por excedentes o remanentes y la devolución de activos al originador. (Art. 34 “Reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación”)

III.- CESIÓN DE BIENES O ACTIVOS. PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

Esta se encuentra regulada en el artículo 8 del Reglamento. La cesión de bienes o activos al patrimonio exclusivo comprende la transferencia absoluta del dominio sobre dichos bienes o activos, incluyendo la de sus garantías y todos sus accesorios, salvo que se pactara lo contrario. El

patrimonio exclusivo para titulación no forma parte de la garantía general de los acreedores de los cedentes de los bienes o activos, ni de la sociedad de titulación y responde únicamente por las obligaciones derivadas de la emisión de valores efectuada dentro del proceso de titulación. (Art. 8 del Reglamento).

El acto constitutivo, una vez cumplida la forma establecida, genera un patrimonio autónomo, distinto al patrimonio propio de la sociedad autorizada, del fideicomitente, del fideicomisario y de la persona designada como destinatario de los activos remanentes del fideicomiso. Sobre dicho patrimonio la sociedad autorizada ejerce el dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición legal y reivindicación sobre los activos que integran el patrimonio fideicometido. Las mismas 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 constituido; sin perjuicio de que los activos que forman parte del proceso de titulación no pueden ser objeto de acciones judiciales por parte de los acreedores. El dominio fiduciario sobre los activos y sus garantías surte efectos frente terceros desde que la transferencia fiduciaria de los activos y garantías inscribibles sea inscrita 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 las leyes de acuerdo a su naturaleza. (Arts. 18 y 19 del Reglamento).

IV.- REGISTROS PÚBLICOS.

Para la libre enajenación los bienes o activos del patrimonio autónomo deberán ser inscritos en los registros públicos mercantiles correspondientes de acuerdo a las normas legales vigentes, siendo suficiente para efectos de titulación, la inscripción del contrato o del instrumento que acredite el acto unilateral de cesión.

En caso de que la cesión de cartera incluya garantías hipotecarias, el Registro Público de Comercio deberá inscribir el contrato o el instrumento que acredite el acto unilateral de cesión, efectuando la correspondiente anotación en los asientos de los inmuebles afectados. (Art.8 del Reglamento). El acto constitutivo relativo a cada patrimonio fideicometido se inscribe en la tarjeta registral del registro público del mercado de valores correspondiente a la sociedad autorizada que ejerce dominio fiduciario sobre éste. En caso que los valores a respaldar vayan a ser objeto de oferta pública. (Art. 17 del Reglamento).

El artículo 38 nos establece todos los requisitos que deberá cumplir la sociedad de propósito especial que se inscribe en el registro, así como las obligaciones que acarrea.

V.- SUPERVISION Y CONTROL.

El control y supervisión de la comisión, se efectúa exclusivamente respecto de patrimonio fideicometidos cuyos valores sean objeto de oferta pública en el territorio nacional. (Arts. 24 y 33 del Reglamento).

VI.- CESACION DEL DOMINIO FIDUCIARIO.

El dominio fiduciario de una sociedad tituladora cesa por:

1. Renuncia. La renuncia de la sociedad autorizada únicamente procederá, con al aprobación del fideicomisario, del fideicomitente y de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros.
2. Entrar en proceso de disolución y liquidación. La disolución y liquidación de la sociedad autorizada solo afectará a su patrimonio propio y no a los patrimonios fideicometidos que se encontraren bajo su dominio.
3. Remoción. La facultad de las partes de decidir la remoción de la sociedad autorizada 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, esta puede ser determinada por la Comisión de oficio o a petición de parte, en los casos que se hubiere comprobado la existencia e dolo o culpa grave. (Arts. 27, 28, 29 30 del Reglamento).

En la actualidad en Honduras; no existe ninguna sociedad de propósito especial registrada, tampoco, según información otorgada por la Comisión, existe estructuración de algún proceso de titulación a pesar de que este Reglamento esta vigente desde el 1 de Octubre del 2004. Para iniciar estos procesos de Titulación, que nacen de la Ley de Mercado de Valores; y su implementación, se deberá actuar con mucha cautela con la creación de estas sociedades, y los controles deberán ser realmente efectivos para que no se incurra en innovaciones dañinas e ilegales.

CONCLUSIONES

1. Nuestra primera conclusión es que si bien es cierto la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicometidos, estos continúan siendo propiedad del fideicomitente, ya que como podemos ver en el artículo 1033 de nuestro código se le da la atribución a la institución bancaria para operar como fiduciario la titularidad dominical de ciertos bienes; con la salvedad de que en la constitución del fideicomiso, dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieren a ese fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente .
2. Los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente, pero deben mantenerse como un patrimonio en función del fin del fideicomiso y no en interés del beneficiario. Por esta razón, estos bienes no pueden ser perseguidos para ser embargados por los acreedores del fideicomitente ni del fiduciario y solo podría haber la impugnación por los interesados.

3. Encontramos la existencia de una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria; pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solo con las modalidades y limitaciones que fijan las leyes en cambio en el fideicomiso no tiene derecho a gozar del bien, porque no puede disponer en su provecho de la posesión y de los frutos, ya que normalmente estos derechos son del fideicomisario.
4. Con el nacimiento del Fideicomiso de titulación en nuestro país, las instituciones financieras o sea los bancos, pueden tomar parte activa en la constitución de los fondos fiduciarios, pero también otras sociedades que la ley ha establecido con la aprobación de las respectivas autoridades; pudiendo asumir un rol de fiduciario, realizando operaciones previsibles y pautas claras, considerando tanto intereses particulares como generales, integrando el comercio con la tecnología.
5. existen varias alternativas de tratamiento contable de los contratos de fideicomiso en los libros del fiduciario, las que dependen de las distintas clases de fideicomiso existentes y de las cláusulas particulares de cada contrato, en especial las relativas al destino final de los bienes fideicomitentes.

6. En el caso de los fideicomisos públicos por la naturaleza propio del Fideicomiso, su utilización es generalmente aplicable a actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa y por su estructura del fideicomiso, la responsabilidad del cumplimiento del objetivo que tuvo el Estado al crearlo es exclusivamente del fiduciario y no del Estado.
7. Hay que destacar que el patrimonio fideicomitado carece de personalidad jurídica, no constituye un ente capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, sino que es un conjunto de bienes que esta separado del patrimonio del fiduciario adquiriendo la titularidad dominical en forma restringida; por lo tanto el fiduciario es el único deudor de las obligaciones emergentes del fideicomiso y no el patrimonio fideicomitado que solamente respalda el cumplimiento de dichas obligaciones.

RECOMENDACIONES

Después de haber concluido mi trabajo de investigación he notado la ausencia de legislaciones reguladoras de esta figura por lo que he considerado importante diseñar un “**REGLAMENTO PARA EL MANEJO DE FIDEICOMISOS**” para facilitar la forma de revisar el cumplimiento de los requisitos indispensables tanto en la banca como en la Comisión de Bancos y Seguros basado en nuestra legislación vigente.

REGLAMENTO PARA EL MANEJO DE

FIDEICOMISOS

Titulo I

DE LOS FIDEICOMISOS

Art. 1.- **Definición:** El Fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen (Art. 1033 Código de comercio)

Art. 2.- **Del contrato del Fideicomiso:**

Instrumentación

- a. La constitución del Fideicomiso mercantil deberá siempre constar por escrito y ajustarse a las disposiciones legales sobre transmisión de los derechos o transición de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso y el consentimiento del mismo debe ser expreso (Art. 1046, 1052 Código de Comercio). Deberán

constar en documento públicos; los actos y contratos que tengan por objeto la creación, Transmisión, modificación a extinción de Derechos reales sobre bienes inmuebles (Art. 1575 Código Civil)

- b. Cesión de derechos. Los Fideicomisarios determinados en el contrato de constitución del Fideicomiso, pueden ceder sus derechos, siempre que no este prohibido por la ley o por el instrumento del negocio fiduciario, es decir el contrato del Fideicomiso.

La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del Fideicomiso.

La cesión de derechos no surtirá efectos contra el fiduciario ni contra terceros, sino desde la fecha de su notificación a la institución fiduciaria o de su aceptación por parte de esta, en la forma prevista en el Código Civil para la cesión ordinaria.

Si se refiere a un inmueble desde la fecha de su inscripción en el registro (Art.1499, 1509 y 1666 Código Civil), y si fuese una empresa mercantil dada en fideicomiso, no obstante que se considera un bien mueble, la transmisión de sus elementos inmuebles se regirá por normas del derecho común (Art. 646

Código de Comercio)

Art. 3.- **Redacción del contrato:** Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal que sean de clara comprensión; cuya redacción sea fácilmente legible y refleje con fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato, determinado claramente el objeto del fideicomiso mercantil.

Art. 4.- **Estipulaciones prohibidas:** En el contrato de fideicomiso no se podrán estipular cláusulas que signifiquen o contengan la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio.

Están prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el fideicomiso, desvíen su objeto principal. O se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno. Tratándose de contratos de adhesión (es aquel cuyas, redactadas unilateralmente por una de las partes, no dejan a otra más que la posibilidad de suscribirlas íntegramente sin modificación alguna, por lo que su consentimiento constituye, en realidad, una simple aceptación de condiciones impuestas por la voluntad ajena) las cláusulas ambiguas se interpretaran a favor del fideicomitente y/o beneficiarios según corresponda los bienes y derechos estrictamente personales no

pueden ser objeto de fideicomiso, tales como los derechos de uso y habitación, el patrimonio familiar, etc. Ya nuestro código de comercio nos establece que quedan prohibidos los fideicomisos regulados en el artículo 1050 del código de comercio:

1. Los fideicomisos secretos.
2. aquellos en los cuales el beneficiario se concede a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de lo anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente ; y
3. aquellas cuya duración sea mayor de 30 años cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia.

Art. 5.- **Elementos fundamentales de los contratos de negocios**

fiduciarios: En los contratos de fideicomiso mercantil, cuando corresponda, deberán estipular, algunas de los siguientes requisitos.

a. **naturaleza del contrato**: se debe determinar expresamente en todos los negocios fiduciarios, la naturaleza del contrato que se celebra, instrumentándose en atención a la misma

b. **finalidad:** comprenderá las gestiones o actividades específicas constitutivas del objeto del fideicomiso, haciendo una enunciación clara y completa de la misma, según el tipo de negocio fiduciario a celebrarse.

c. **Bienes:** se indicaran los términos y consecuencias bajo los cuales se verifica o no la transferencia, la entrega o no de los bienes fideicomitentes, la cual debe atender siempre la finalidad señaladas por el fideicomitente, según el tipo de fideicomiso a desarrollar.

d. **Obligaciones y derechos de las partes contratantes:** se determinara las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario, así como cualquier otra parte que pueda comparecer en la celebración del contrato. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos y obligaciones deberán convenirse con arreglo a lo establecido en el código de comercio.

e. **Remuneración:** se expresara claramente los valores o factores sobre los cuales se determinara la remuneración que percibirá el fiduciario por su gestión, así como la forma y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.

f. **terminación del contrato de fideicomiso:** deberá señalarse la forma como se transferirán los activos del fideicomiso que existan al momento

en que ocurra cualquiera de las causales de extinción del contrato, en el mismo o en la ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto, así como, la forma se atenderá las obligaciones generales en el negocio, cuando a ello haya lugar.

g. **Órganos administradores:** en el caso de que se contemple juntas, comités o cuerpos colegiados con carácter de administradores, deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de las personas que los conforman deberá hacerse con base a lo que contemple el contrato.

h. En concordancia con lo dispuesto en el Art. 1056 del código de comercio; en toda clase de operaciones que signifiquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, de dinero o fondos líquidos, deberá la institución de crédito ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente.

i. **Gastos:** deberán señalarse expresamente los gastos que serán de carga del fideicomiso, particularmente aquellos que no correspondan a la operación normal del mismo.

j. **Rendición de cuentas:** para dar cumplimiento a la obligación que corresponde al fiduciario de rendir cuentas comprobadas de su gestión,

en el contrato deben establecerse los parámetros, forma y periodicidad a los cuales debe sujetarse tal rendición, siendo entendido que esta obligación tiene el deber de informar de manera detallada y pormenorizada al constituyente y/o beneficiario de la gestión encomendada durante el respectivo periodo, justificando y demostrando con medios idóneos el cumplimiento de dicha labor, para lo cual debe indicar los sustentos que documentan la información presentada.

A falta de estipulación la rendición de cuentas, al fideicomitente, fideicomisario y a la comisión de bancos y seguros se realizara en forma trimestral, sin perjuicio de que en el contrato se determinen periodos mas cortos o que, para precautelar el interés publico estarán sujetas a la supervisión.

Vigilancia, control de la comisión, cuando así estime necesario hacerlo.

Sus registros contables deberán estar apegados a los que determinan los principios de contabilidad general aceptados así como también su valoración actual, en los casos pertinentes.

Art. 6.- **Prohibiciones generales para las instituciones fiduciarias con relación a su actividad:** Las entidades fiduciarias públicas y privadas, además de las prohibiciones generales, determinadas en la ley

y en el contrato constitutivo, deberá observar en atención a su calidad de fiduciaria, las siguientes normas:

- a. Ninguna institución fiduciaria aceptara la constitución de un fideicomiso sin contar con la declaración juramentada del constituyente o fideicomitente en el sentido de que los bienes transferidos han sido adquiridos legítimamente, que el fideicomiso mercantil no adolece de causas u objeto ilícito, y que con la constitución no se tiene conocimiento ni intención de ocasionar perjuicios a terceros.
- b. La institución fiduciaria deberán abstenerse de realizar cualquier acto, operación o negocio con cargo al patrimonio autónomo que la coloque en situación de conflicto de interés con respecto al fideicomitente o el fideicomisario.

Son situaciones de conflicto de interés aquellas que menoscaben la autonomía, la independencia y la transparencia del fiduciario en la administración encomendada.

La comisión podrá calificar situaciones que constituyan conflicto de interés y ordenar la situación del fiduciario de oficio o a petición del parte, cuando por el conflicto de que se trate el

fideicomisario pueda sufrir algún perjuicio (Art. 1053 y 1054 del código de comercio)

- c. Se prohíbe a las instituciones fiduciarias garantizar beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administre a título de fideicomiso mercantil (Art. 1056 párrafo # 3 código de comercio).
- d. El funcionario no podrá adquirir definitivamente el dominio de los bienes fideicomitidos por causa del negocio fiduciario, mientras actué como su fiduciario (Art. 1038 código de comercio).

Art. 7.- **De la inembargabilidad:** los bienes del fideicomiso mercantil, salvo pacto de contrario previsto en el contrato, no puede ser embargados no sujetos a ninguna medida precautoria o preventiva por los acreedores del fideicomitente ni por los del beneficiarios, ni por los fiduciarios; el fideicomiso solo puede ser impugnado por los interesados; si se ha constituido en fraude a terceros (Art. 19 del reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación; Arts. 1033, 1048 párrafo # 3 código de comercio; Sentencia de la Corte Segunda de Apelaciones de fecha 27 de Enero de 2005, confirmando la providencia de fecha 20 de febrero de 2002, que

decreta el desembargo de bienes cuya titularidad dominical es a favor del Departamento Fiduciario del Banco Corporativo S. A. BANCORP; expediente no. A-20332-B).

La responsabilidad por las obligaciones originadas dentro del contrato del fideicomiso mercantil se limitara únicamente hasta el monto del los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio autónomo quedando excluidos los bienes apropiados del fiduciario.

En caso de trasferencias de dominio de valores inscritos en el registro de la propiedad que realizare al fideicomitente o el fideicomitente adherente, al patrimonio autónomo estos se valoraran a precio de mercado.

En el caso de bienes muebles o inmuebles, la valoración de estos bienes transferidos al patrimonio autónomo será realizada por los fideicomitentes. Las instituciones fiduciarias, tienen la facultad de verificar esta valoración, previa a la emisión de los certificados de derechos fiduciarios.

Titulo II

DE LA RENUNCIA Y DE LA SUSTITUCION DE LA FIDUCIARIA

Art. 8.- De la renuncia: La fiduciaria solamente podrá renunciar a su gestión por las causas estipuladas en el contrato constitutivo del

fideicomiso o por lo estipulado en el Art. 1047 del Código de Comercio o por el Juez de letras de lo civil.

El fideicomitente o beneficiario, designara al fiduciario sustituto en cumplimiento de los términos del contrato del fideicomiso. El renunciante deberá efectuar la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al fiduciario designado, previa rendición de cuantas y previo inventario. Deberá notificarse este hecho a la Comisión de Bancos y Seguros.

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo lo dispuesto en la ley. Y las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo. Estará obligada a cumplir dicho fideicomiso. Conforme al acto constitutivo y deberá obrar siempre como un comerciante en negocio propio, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa (Art. 1053 Código de comercio).

Art. 9.- **Procedimiento para la autorización de renuncia de la institución fiduciaria:** cuando no exista acuerdo entre las partes se requerirá la intervención y autorización de la Comisión de Bancos y Seguros previa la presentación de los siguientes documentos:

- Solicitud de autorización para renunciar, exponiendo fundamentalmente las causas y razones de su decisión de conformidad con el contrato o la ley.
- Copia de la última rendición comprobada de cuantas remitida al fideicomitente o fideicomisario, según corresponda de acuerdo a lo establecido en el contrato.
- Certificación o constancia de haberse entregado al fideicomitente o beneficiario la rendición de cuentas.

En caso de autorización de la renuncia:

Una vez autorizada la renuncia del fiduciario, se entenderá como aceptada y La Comisión dispondrá la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo a través de la institución fiduciaria sustituta, prevista en el contrato, o al que designe el beneficiario o al que La Comisión designe, según el caso.

La entrega del patrimonio autónomo, deberá realizarse dentro del término de 15 días, contados a partir de la fecha de la respectiva resolución; prorrogable por una sola vez a petición de la fiduciaria.

Cuando la institución fiduciaria designada por los beneficiarios acepte el cargo se informara sobre el particular a la Comisión de Bancos y Seguros.

En todos los casos de sustitución de la institución fiduciaria, se deberá cumplir con la correspondiente marginación en la inscripción en el registro de la Propiedad Mercantil cuando este se encuentre inscrito.

En caso de que no se autorice la renuncia:

El fiduciario sigue en sus funciones y por tanto continuará administrando el Fideicomiso Mercantil.

Cuando no fuere posible designar Institución Fiduciaria sustituta en reemplazo de una institución fiduciaria que renuncia:

En este caso, la Comisión de Bancos y Seguros dispondrá que la fiduciaria liquide el fideicomiso mercantil con sujeción a las disposiciones previstas en el contrato del fideicomiso mercantil, entregando los bienes al patrimonio autónomo al fideicomitente o a quien tenga derecho a ellos.

Titulo III

DE LA RENDICION DE CUENTAS

Art.10.- **Rendición de cuentas**: de acuerdo con el contrato y el artículo 1054 del Código de Comercio, es deber indelegable de el fiduciario rendir cuenta sobre la actividad fiduciaria al fideicomitente y/o fideicomisario o beneficiario(s).

La rendición de cuentas se entiende como la información comprobada, documentada, detallada y pormenorizada sobre la gestión realizada por el fiduciario para cumplir con el objeto del fideicomiso.

La ocurrencia de cualquier hecho de carácter económico, jurídico, administrativo o contable que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, debe informarse inmediatamente al fideicomitente o fideicomisario señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los sustentos que documenten la información presentada.

Art. 11.-**Periodicidad de la rendición**: la rendición de cuenta debe hacerse al constituyente y al beneficiarlo de acuerdo a la periodicidad

establecida en el contrato constitutivo. A falta de estipulación se lo hará en forma trimestral.

En caso de que la institución fiduciaria se niegue a rendir cuentas, el fideicomitente o el fideicomisario, según corresponda, podrá solicitarla por intermedio de La Comisión, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Art. 12.- **Forma y contenido de la rendición de cuentas:** la rendición de cuentas debe basarse en documentos que comprueben la veracidad de la actuación, observando, cuando menos, las instrucciones que a continuación se imparten para cada tipo de negocio fiduciario y teniendo presente que la comprobación exigida por la ley se satisface con la utilización de procedimientos que le permitan al fideicomitente y/o beneficiario tener conocimiento de la existencia de los documentos que acreditan las diversas actuaciones de la institución fiduciaria, en el entendido de que deben hacer factible la verificación o revisión física de tales documentos cuando aquellos así lo estimen pertinente.

La rendición deberá contener, al menos, los siguientes aspectos:

- a. Descripción de las actividades realizadas.
- b. Estado y situación jurídica de los bienes fideicomitidos.
- c. Estados financieros comprendidos entre el último reporte y la fecha del informe.
- d. Informe de auditoria externa en los casos previstos en este reglamento.

Adicionalmente para cada tipo de fideicomiso se deberá considerar la siguiente:

1. Para el caso de los fideicomisos de inversión:

- a) indicación de las inversiones realizadas con los recursos fideicomitidos.
- b) Custodio de valores.
- c) Condiciones de las negociaciones.
- d) Estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero y contable de las inversiones efectuadas con base en las instrucciones impartidas por los fideicomitentes.

2. Para el caso de los fideicomisos de garantía:

- a. Estado actual, localización e identificación de los bienes

transferidos.

- b. Los beneficiarios, el valor de los créditos de cada uno y las condiciones del mismo (plazo, interés pactado, modalidad de pago, etc.)
- c. Informe sobre el estado de cada una de las obligaciones garantizadas, siempre que el constituyente o el beneficiario haya proporcionado dicha información.

3. Para el caso de los fideicomisos de administración:

- a. indicación detallada de las actividades de administración fiduciaria.
- b. Las gestiones programadas y realizadas por el fiduciario.

4. Para el caso de los fideicomisos inmobiliarios:

- a. Fecha de iniciación de la etapa de construcción del proyecto.
- b. Fecha estimada de terminación de la obra y de entrega de las unidades construidas a los beneficiarios.
- c. Construcción en curso.
- d. Porcentaje ejecutado de la obra con relación al proyecto.
- e. Valor de las cuotas aportadas hasta la fecha y valor pendiente por cancelar al fideicomiso por parte del fideicomitente

adherente.

- f. indicación del incumplimiento por parte de cualquiera de los fideicomitentes de las obligaciones de aportar dinero, previstas en el contrato.
- g. Control presupuestario (comparado con el programa y el ejecutado).
- h. Costo de la unidad construida a la fecha del reporte.
- i. indicación sobre el comportamiento de la financiación del proyecto (créditos y aportes de fideicomitentes adherentes).
- j. Cambio en el proyecto y/o en las especificaciones.
- k. Reajuste del presupuesto.

La Comisión de Bancos y Seguros podrá en cualquier momento verificar la rendición de cuentas que se hace a los beneficiarios y/o fideicomitentes.

Titulo IV

MODALIDADES DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Las modalidades de negocios fiduciarios no son excluyentes entre si, siendo los principales las siguientes:

Art. 12.- Fideicomisos mercantiles:

1. De Garantía

Entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el fideicomitente transfiere de manera irrevocable a la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la institución fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto en ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.

El fiduciario en ningún caso se convierte en deudora de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumplan tales obligaciones, cumplirá con las disposiciones previstas en el contrato.

El fiduciario debe cumplir su encargo de acuerdo con las instrucciones

contenidas en el contrato, debiendo además practicar avalúos periódicos de los mismos a fin de mantener actualizado su valor comercial, todo con sujeción a lo que disponga el contrato.

En caso de que el fideicomitente no cumpla con la obligación u obligaciones garantizadas, el fiduciario deberá proceder de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

El contrato de fideicomiso deberá contemplar, claramente, la obligación del fideicomitente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.

2. De Administración

Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que el fiduciario los administre y desarrolle la gestiona encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.

3. Inmobiliario

Se entiende por fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice

gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

4. De Inversión

Se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los fideicomitentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que el fiduciario los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros.

En estos contratos debe estar claramente definido el destino de la inversión, a falta de esta estipulación, en aquellos fideicomisos de inversión en valores que contemplen la existencia de fideicomisos adherentes, las inversiones se sujetará a los límites que el contrato establezca.

Por el demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes se dejara constancia en el contrato, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista.

5. De Titulación

En el fideicomiso de titulación, una persona denominada

fideicomitente efectúa la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario, para la constitución de un patrimonio autónomo denominada patrimonio fideicomitido, 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 en titular la calidad de fideicomisario.

Únicamente las sociedades autorizadas conforme al presente Reglamento, en adelante sociedades autorizadas, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulación. (Art. 9 “Reglamento para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación”).

La titulación puede ser desarrollada a partir de los siguientes patrimonios de propósito exclusivo:

- a) Patrimonio fideicomitidos, mediante fideicomisos de titulación;
- b) Patrimonios de sociedades de propósito especial; u;
- c) Otros que resulten idóneos, según establezca la Comisión mediante disposiciones de carácter general. (Art. 5 “Reglamento

para la organización y actividades de las sociedades de titulación y el proceso de titulación”).

Titulo V

DE LA INSCRIPCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS

FIDEICOMISOS

Art.13.- **De la inscripción**: cuando en los fideicomisos el fideicomitente sean las entidades del sector público, los que prevean contar con constituyentes adherentes y los fideicomisos mercantiles que se utilicen como mecanismo para procesos de titularización deberán inscribirse en el registro de la propiedad inmueble y Mercantil.

Para el efecto, La Comisión de Bancos y Seguros emitirá la resolución correspondiente, una vez cumplidos los requisitos de inscripción determinados en la Ley del Instituto de la Propiedad y sus normas complementarias.

Art.14.- **De los contratos de Adhesión**: cuando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso aquel deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original.

Se necesitará solemnidad de escritura pública.

En los casos de fideicomisos que deban inscribirse, la institución fiduciaria deberá presentar copia del modelo del contrato de adhesión al solicitar la inscripción del contrato original. Deberá comunicar a la Comisión, dentro de los primeros 15 días de cada mes la nomina de los constituyentes adherentes, de haberlos.

Art. 15.- **información a ser presentada a la Comisión de Bancos y**

Seguros: el fiduciario deberá presentar a la Comisión la siguiente información:

1. Para los fideicomisos inscritos:

- a. Estados financieros mensuales incluyendo balance general y estados de pérdidas y ganancias de cada uno de los fideicomisos que administre. Esta información deberá ser enviada cuando así sea requerida por la comisión debidamente certificada por el representante legal y el contador de la institución fiduciaria.
- b. Información general de cada fideicomiso, que incluya las fechas de constitución y de vigencia; número y nomina de fideicomitentes, modalidad del fideicomiso, nombres de los

fideicomitentes y fideicomisarios o beneficiarios, patrimonio inicial y final, al cierre de cada mes. Esta información deberá enviarse dentro del plazo señalado por la Comisión.

- c. De manera mensual, las comisiones, honorarios y gastos en los que hubiere ocurrido cada uno de los negocios fiduciarios que administre.
- d. Para el caso de los fideicomisos de inversión deberá enviar mensualmente el control de sus inversiones.
- e. Estado diario del portafolio para los fideicomisos de inversión que tengan fideicomitentes adherentes.
- f. Copia de la información, sobre rendición de cuentas con el sustento correspondiente, presentada a los fideicomitentes y/o fideicomisarios o beneficiarios.

La Comisión podrá requerir información adicional, en los siguientes casos:

- a. Por denuncia
- b. De oficio, debidamente motivado.

Art. 16.- **Obligatoriedad de contratar Auditora Externa:** los

fideicomisos que tengan como finalidad efectuar procesos de Titularización o que tengan fideicomitentes adherentes, deberán contratar auditoria externa, con una compañía inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil; además de aquellos casos en los que el fideicomitente hubiere ordenado contractualmente que el fideicomiso se someta a auditoria externa.

Los negocios fiduciarios constituidos por entidades del sector público que estructuren procesos de titularización deberán contar con auditoria externa, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden al Tribunal Superior de Cuentas.

Art. 17.- El presente reglamento ha sido diseñado para el control que debe ejercerse en el manejo de los fideicomisos en las instituciones bancarias a manera de utilizar en forma estandarizada los mismos procedimientos en la constitución de los mismos.

Dado en la ciudad de Tegucigalpa a los dos días del mes de Noviembre del 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- ✿ Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Editorial Porrúa S.A. 1976.
- ✿ Carregal, Mario, El Fideicomiso, Universidad, Buenos Aires, 1982
- ✿ Chavarri, Ángel Braulio. El Dominio en el Código Civil y en la ley 17.711. Tucumán

- ✿ Cervantes Ahumada, Raúl. Título y operaciones de crédito. Editorial librería Herrero.
- ✿ Cruz López, Reinaldo. Los bienes. Editorial Fuego Nuevo.2003
- ✿ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. 2^{da} edición. Tomo II. Colección textos Jurídicos y Universitarios. Oxford. 2003
- ✿ Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y contratos de créditos, quiebras. Editorial HARLA
- ✿ De Pina Vara, Rafael. Diccionario del Derecho. Editorial Porrúa S.A.
- ✿ De Pina, Rafael. Elementos del Derecho Civil Mexicano. Vol. I. 15^{ava} edición. Editorial Porrúa.
- ✿ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Editorial Porrúa S.A.
- ✿ Ferrera, Francisco, La Simulación de los negocios jurídicos.
- ✿ Ferrera, Francisco. Teoría de las personas jurídicas. Editorial Reyes, Madrid, 1929

- ✿ Fúnez, Saturnino Jorge, El Fiduciario en la ley 24,441, en cuadernos de la universidad Austral, N° 2, Fideicomiso, Desalma, Buenos Aires, 1996.
- ✿ Geraldi, Pedro M. Fideicomiso, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ✿ Kiper, Claudio M y Lisoprawski, Silvio V. Teoría y práctica del Fideicomiso. ediciones Depalma. Buenos Aires, 1999
- ✿ Lepaulle, Pierre. La naturaleza del Trust, Revista general de Derecho y jurisprudencia, Tomo III, México
- ✿ Lisoprawski, Silvio V y Kiper, Claudio M., Fideicomiso. Dominio Fiduciario, secularización, 2^{da} ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ✿ López de Zavalía, Fernando J., Fideicomiso, Leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contrato de consumación, Zavalía, Buenos Aires, 1996
- ✿ López de Zavalía, Fideicomiso, Desalma, Buenos Aires, 1998
- ✿ Messineo, Francisco. Manual de derecho civil y comercial. Tomo IV. Ediciones jurídicas Europa-Americanas.
- ✿ Muñoz, Luís. El Fideicomiso mexicano. 1973
- ✿ Moncada Silva, Efraín. El 107 Constitucional. Primera edición. Junio 2005, talleres Impresos Cerrato.
- ✿ Rodríguez Azuero, Sergio. Contrato Bancarios. Felaban –Intal. Bogota 1977
- ✿ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 14^o edición, Editorial Porrúa, S.A. de 1979

- ✿ Urrets, Zavalía Pedro. Responsabilidad civil del Fiduciario. Rubinzal- Culzoni editores, 2002.
- ✿ Villagorda Lozano, José Manuel. Doctrina general del Fideicomiso. Editorial Porrúa, 1982.
- ✿ Zacapa J, Francisco. El fideicomiso. Graficentro editores. 1996.

LEYES

- ✿ Constitución de la República. 1982
- ✿ Código de Comercio. 1950
- ✿ Código Civil. 1906
- ✿ Ley de Fortalecimiento Financiero del Productor Agropecuario. 2003
- ✿ Ley del Fondo Nacional Para la Producción y la Vivienda.
- ✿ Ley del Banco Hondureño para la Producción y la Vivienda. 2005
- ✿ Ley de Mercado de Valores. 2002
- ✿ Reglamento del Registro Público de Mercado de Valores
- ✿ Reglamento para la Organización y Actividades de las Sociedades de Titulación y el Proceso de Titulación. 2004
- ✿ Ley de Propiedad. 2004
- ✿ Ley de Incentivos al Turismo. 2002
- ✿ Ley del Banco Central de Honduras. 1950
- ✿ Ley de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros. 2004

- ✦ Resoluciones de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros Diversas.
- ✦ Ley del Sistema Financiero. 2004
- ✦ Ley del estímulo a la producción a la competitividad y apoyo al Desarrollo Humano y Ley del Instituto Hondureño del Turismo. 2003
- ✦ Decreto Legislativo N° 237-2003

PERSONAS ENTREVISTADAS

- ✦ Lic. David Mejía Carrasco. Oficial Banca Privada y Fideicomiso. BAMER
- ✦ Lic. Rosibel Bueso. Jefe de Fideicomisos. BAMER
- ✦ Lic. Ramón Juárez. Jefe de Operaciones. FICOHSA
- ✦ Lic. Alberto Chinchilla. Gerencia Promoción Fiduciaria. BCO. ATLANTIDA
- ✦ Lic. Xiomara Velásquez. Jefe Departamento Fideicomiso. BANFFAA
- ✦ Wilberto Díaz Salinas. División Inspección de Bancos. COMISION NACIONAL
- ✦ Elvia Ochoa. Jefe Departamento Fideicomiso. BANADESA
- ✦ Abog. Marco Antonio Amaya. PROCURADORIA GENRAL DE LA REPUBLICA
- ✦ Abog. Abel Cruz. FINANZAS
- ✦ Abog. Luz Noguera. Derecho Legal. FINANZAS

✚ Abog. Suyapa Guillen. Unidad Administradora de Proyectos.
FINANZAS

✚ Hernan Vaquedano. Contador General. BANPROVI

✚ Lic. Tania Sagastume. Valores. COMISION DE BANCOS Y
SEGUROS

UDI-DEGT-UNAH