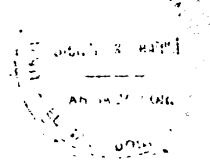


UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE ECONOMIA



ELEMENTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

T E S I S

PRESENTADA A LA FACULTAD DE ECONOMIA
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

POR

RAUL NOLASCO RAMIREZ

COMO REQUISITO PARA OBTENER EL TITULO DE

DOCTOR EN CIENCIAS ECONOMICAS

Mayo de 1966

SELIOTICA—FACULTAD DE ECONOMIA

Universidad de El Salvador

378.933

N 787e

Ej. 4

T
332.178

N 787e

1966

F.C.C. EE.

ej. 2.

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10114145

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

R E C T O R

DOCTOR FABIO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR MARIO FLORES MACAL

FACULTAD DE ECONOMIA

D E C A N O

DOCTOR RAFAEL MENJIVAR CH.

S E C R E T A R I O

DOCTOR LUIS G. RODRIGUEZ

BIBLIOTECA—FACULTAD DE ECONOMIA

Universidad de El Salvador

L 832

J U R A D O S

Primer Examen General Privado:

Presidente: Doctor Eusebio Martell
Primer Vocal: Doctor Abelardo Torres
Segundo Vocal: Doctor Salvador Melara González

Segundo Examen General Privado:

Presidente: Doctor Alejandro Dagoberto Marroquín
Primer Vocal: Doctor Salvador Melara González
Segundo Vocal: Doctor Rafael Cáceres Viale

Calificador de Tesis:

Presidente: Doctor Eusebio Martell
Primer Vocal: Doctor Alejandro Dagoberto Marroquín
Segundo Vocal: Señor Julio Vásquez Salcedo

D E D I C A T O R I A

El triunfo significa: llevar a feliz término algo que nos proponemos realizar para nuestra propia satisfacción o para la de aquellas personas o entidades que comprenden nuestras inquietudes y sentimientos.

A éstas últimas va dedicado este sencillo trabajo; pero de manera especial a mis padres Prudencio Nolasco (Q.D.D.G.) y Dolores Ramírez de Nolasco, que con sus escasos recursos económicos lograron proporcionarme la educación de que ahora disfruto; a mi querida y estimada esposa Matilde Banegas de Nolasco, quién pacientemente soportó los desvelos que le causaron mis noches de estudio y por su constante preocupación porque los estudios los terminara con el éxito debido; a mi adorada hijita Dolores Isabel Nolasco, que en muchas ocasiones le quité el tiempo destinado a sus diversiones y quién casi siendo una criatura me alentaba con su preocupación que tenía por mis estudios; a mis hermanas y hermanos con el cariño que siempre les he guardado y a mi apreciable cuñada señora Dolores Isabel Banegas v. de Vides, símbolo de abnegación y comprensión.

A G R A D E C I M I E N T O

Dejo especial constancia de mi gratitud a la Junta Directiva, Presidente y Gerente del Banco Hipotecario de El Salvador, por la oportunidad que siempre me dieron para que en algunas ocasiones me pudiera dedicar a mis estudios profesionales.

A mis apreciables compañeras de trabajo señora Concepción Valle de Salmerón y señoritas: Matilde Campos Samayoa, Alma Luz Chavarría y Mila Mercedes Calvo; quienes desinteresadamente me prestaron su valiosa ayuda en la elaboración del trabajo mecanográfico de mi Tesis.

I - INTRODUCCION

Antes de abordar el tema del FIDEICOMISO, pensé por cierto tiempo, si sería conveniente o no desarrollarlo aunque fuera de manera general y presentar en la medida de lo posible, todo aquello relacionado con las teorías elementales.

Cualquiera que piense seriamente sobre la importancia del Fideicomiso, comprenderá: por una parte, lo interesante que resulta tratar un tema de esta naturaleza, y por la otra, las dificultades que se tienen que solventar para desarrollarlo, especialmente cuando se carece de la suficiente bibliografía.

Mi preocupación por desarrollar este tema ha sido el hecho de que en El Salvador, a pesar de estar autorizada la práctica del negocio fiduciario desde el año de 1937, no se ha difundido su funcionamiento y en la actualidad difícilmente se encuentran trabajos que traten sobre la Institución del Fideicomiso.

He de manifestar que este trabajo no presenta nada original y que en la preparación del mismo, necesariamente tuve que recurrir a las ideas y conceptos de autores que se encuentran en los libros y folletos consultados. Por consiguiente, las personas que tengan la oportunidad de leerlo, espero que me sabrán dispensar si en más de una vez se encuentran con alguna idea, expresión o concepto que no sean claros.

Es mi deseo que este trabajo, pueda servir como una pequeña contribución al conocimiento de algunas de las técnicas y prácticas del Fideicomiso.

II - CONCEPTOS GENERALES

Quisiera haber encontrado en una sola definición, las palabras adecuadas para expresar con abundancia de elementos conceptuales, los distintos aspectos de una materia tan amplia y compleja como lo es el fideicomiso.

En cualquier campo del conocimiento científico, nos encontramos con definiciones que no satisfacen los distintos criterios o ideologías, pues cada definición lleva implícito el sello personal de quien define. De ahí que muchas de ellas pecan de ser o muy vagas o muy amplias, y le restan importancia a lo que se quiere decir.

Para que se tenga una idea general sobre lo que el fideicomiso y sus derivaciones significa, mas adelante se dan algunas definiciones que pretenden incluir los aspectos mas sobresalientes del tema que me ocupa.

1) El fideicomiso

- a) Disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de uno para que ejecute su voluntad (Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana)
- b) Llamamiento por voluntad a la sucesión mortis causa, en virtud del cual la persona favorecida recibe los bienes de la herencia no directamente, sino por conducto de otra persona (fiduciario) expresamente designado por el testador para ese fin (Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana)
- c) El fideicomiso es una operación netamente bancaria que permite a una persona llamada fideicomitente, destinar ciertos bienes a un fin

lícito y determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria (Ley de títulos y operaciones de crédito, México).

2) El fideicomitente

- a) Fideicomitente es la persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito, cuya realización encomienda a la persona fiduciaria (Lic. Julián Bojalil).
- b) Llámase así a la persona que crea, ordena o dispone el fideicomiso (Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana).
- c) El fideicomitente es un ser desvalido, a quién la ley ha despojado injustamente de derechos que debiera tener, iguales a los del fideicomisario, excepto el de recibir los beneficios (Lic. Emilio Krieger Vásquez).

3) El Fiduciario

- a) Llámase fiduciario o heredero fiduciario a la persona que debe conservar y tramitar el todo o parte de la herencia que ha recibido a un tercero, y también aquella a cuya fe encomienda el testador alguna manda para entregarla a manos de otro (Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana)
- b) Es la institución de crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el objeto del fideicomiso durante la vigencia de éste (Lic. Julián Bojalil).
- c) Es un órgano de ejecución o gestión (Lic. Julián Bojalil).

4) El Fideicomisario

- a) Es la persona designada en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones para recibir los beneficios de éste (Lic. - Julián Bojalil).
- b) Dícese de la persona a quién se encarga un fideicomiso (Lic. Julián Bojalil).
- c) Término usado en tres acepciones: 1) como sinónimo de Albacea o ejecutor testamentario; 2) para designar a persona a quién se encarga algún fideicomiso o lo que pertenece a éste; 3) la persona que se beneficie del fideicomiso o sea aquella a quién el testador o fundador deja todo o parte del fideicomiso, esto es ordenado a otro que le entregue los bienes en que consista, ya desde el instante en que se abra la sucesión o dentro de un plazo (Enciclopedia Universal — Ilustrada Europea-Americana).

Si analizamos cada una de las definiciones anteriores, nos daremos — cuenta que en ninguna se dice que el fideicomiso por tratar de actos espontáneos nacidos de la voluntad humana, sea una ciencia o simplemente una — teoría.

Es mi deseo que en el desarrollo de este trabajo se cubran las deficién cias que se puedan encontrar en dichas definiciones.

III - ORIGEN Y EVOLUCION DEL FIDEICOMISO

Fácilmente se puede comprender que bien vale la pena hacer una breve descripción histórica de este tema, pues tengo la convicción de que con ello se tendrá una idea clara y precisa sobre el origen del vocablo Fideicomiso que desde los tiempos antiguos los romanos lo introdujeron en su derecho civil.

1) Fideicomiso Romano

En el derecho antiguo romano bajo el régimen republicano, los bienes y derechos que poseían las personas, se heredaban solamente a aquéllas que la ley expresamente determinaba que podían recibir herencias por medio de testamento. En una ley extremadamente limitativa y unilateral como lo era el derecho romano, lógicamente tenían que existir personas o individuos a quienes legalmente no se les podía dejar legados. Por consiguiente, estaban incapacitados para heredar (1) los extranjeros aun cuando se domicilio lo tuviesen en provincias romanas, los desterrados o proscriptos, las personas inciertas (hijos póstumos), las municipalidades, las corporaciones o colegios, las mujeres romanas que estaban incluidas en ciertas prohibiciones contempladas en la ley Voconia, los casados sin hijos, los solteros, etc.

El hombre en situaciones como las mencionadas anteriormente, siempre ha tratado de reaccionar en contra de ellas y así tenemos que, ante la rigidez de la ley, los romanos para favorecer a quienes por ley no podían heredar, no tuvieron otra alternativa que evadirla indirectamente, valiéndose del nombramiento de un heredero (apa-

(1) Joaquín Costa. Fideicomisos y Albácezgos de Confianza. Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Madrid, 1905. Pag. 7.

rente) capaz conforme a la ley y a la vez persona de su mayor confianza y a quien por testamento le transmitía sus bienes, suplicándole de palabra o por escritos privados que, posteriormente a su defunción transmitiera los bienes a la persona o personas que en realidad deseaban beneficiar o que los utilizaran en beneficio del heredero incapaz.

En Inglaterra durante la edad media (2), las leyes contra las manos muertas, prohibían las donaciones de bienes inmuebles a favor de los conventos o iglesias, y el clero inglés al igual que los romanos, encontraron el camino para evadir la ley, ideándose el procedimiento de que las donaciones no se hicieran directamente a nombre de la iglesia, sino que a favor de un tercero, personaje de gran confianza del clero.

A los testadores romanos realizar actos de esta naturaleza les implicaba por una parte, tener confianza absoluta en el legatario, y por la otra, depender de la honradez de éste en cumplir con el encargo, pues jurídicamente el hombre de confianza era propietario de los bienes y sólo su conciencia le podía obligar a no dejar de faltar al cumplimiento de su palabra empeñada en solemne acto secreto llevado a cabo con el testador.

Sin embargo los testamentos así constituidos, daban la oportunidad a los herederos capaces de cometer abusos en perjuicio de los verdaderos beneficiarios, pues aquellos que solamente en conciencia quedaban obligados a cumplir con su palabra, la quebrantaban sin que nadie se los pudiera evitar.

(2) Julián Bojalil. Fideicomiso. Primera Edición 1963. México. Pag. 31.

La historia nos relata el lado inverso de la medalla con los ejemplos de honestidad que ocurrieron con personajes que en ningún momento quebrantaron su palabra, transmitiendo los bienes y derechos que les fueron cedidos. Se cita el ejemplo de Sexto Pedeuceo (3), que fue nombrado heredero de su amigo Cayo Plioto, quien le encargó reservadamente que a su muerte, le transmitiera los bienes a su viuda, pues ésta de acuerdo con la ley Voconia estaba incapacitada para recibirlos. La viuda ignoraba el legado, pero Pedeuceo al morir su amigo, hizo entrega de los bienes cumpliendo en esta forma con la voluntad del difunto.

La práctica de violar la ley, que indirectamente fue fomentada y estimulada por el mismo derecho romano, no pudo quedar inadvertida por los gobiernos y legisladores de aquella época, pues es muy posible que se hayan dado muchas reglamentaciones para controlar en debida forma la facultad de disponer de los bienes y derechos pertenecientes a los romanos. En algunas ocasiones las leyes pudieron haber sido dictadas por casos accidentales, como ocurrió con el de Lucio Léntulo, que confió un fideicomiso al Emperador Augusto. Este acontecimiento le dió la oportunidad al Emperador de darse cuenta de la práctica utilizada por los romanos para heredar a las personas legalmente incapacitadas.

El conocimiento que el Emperador Augusto (4) tuvo sobre los abusos cometidos por los herederos (aparentes), trajo como consecuencia la innovación de encomendar a los cónsules para que interpusieran

(3) Joaquín Costa. Opus Cit. Pag. 8.

(4) Joaquín Costa. Opus Cit. Pag. 10.

su autoridad con el objeto de que los fideicomisos se ejecutaran de acuerdo a la voluntad del testador. Esta intervención ocasional, se convirtió en una disposición permanente que, en cierto grado favoreció a muchos beneficiarios que inescrupulosamente eran despojados de sus herencias, ya que legalmente la titularidad plena y definitiva de los bienes y derechos le pertenecían al fiduciario, lo cual le daba la oportunidad para abusar de su posición.

Esa manera ficticia o fingida de formular los testamentos, basados en la confianza, honor y buena fe de los fiduciarios y no de la ley, fue lo que los romanos dieron en llamarle FIDEICOMISO.

Sin embargo, la costumbre de heredar por medio de los fideicomisos se hizo cada vez mas generalizada y la opinión se puso de parte de ellos dándoles su aprobación; pero a condición de que, la persona nombrada como fiduciaria debería aceptar el cargo y cumplir lo fielmente, siempre y cuando no fuere contrario a las leyes. — Prácticamente las trabas y cortapisas a la facultad de disponer por fideicomiso habían desaparecido. Las reglamentaciones en los países modernos se volvieron benévolas logrando con ellas evitar el fraude que se hacía tanto a los beneficiarios como al estado.

2) Trust (Fideicomiso anglosajón)

El fideicomiso romano es el antecedente directo del fideicomiso anglosajón, el cual está cristalizado en la institución del Trust (5) -- (que por comodidad se le denomina fideicomiso anglosajón). Esta institución no se debe confundir con el término económico con que

(5) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 31.

se suele identificar a las organizaciones de tipo capitalista (monopolios), que tratan de suprimir la libre competencia por medio del control de la producción y del precio.

El desarrollo de la actividad económica que desde hace muchísimos años se experimenta en Inglaterra, Estados Unidos y demás países anglosajones, ha traído como consecuencia, la creación de una serie de instituciones económicas que se encarguen de satisfacer la gran demanda de servicios calificados. Además ese desarrollo ha influido en el nivel cultural del público y es fácil advertir el conocimiento que tiene sobre la existencia y funcionamiento de las tan variadas organizaciones económicas. Algunas de estas y muchas otras razones que sería difícil enumerarlas, han sido en parte los motivos principales para que, el llamado fideicomiso anglosajón haya tenido su aceptación en dichos países en donde la variedad y gran número de operaciones fiduciarias ha servido de incentivo para organizar empresas que se dediquen exclusivamente a esta clase de actividades.

El trust o fideicomiso anglosajón es muy flexible y amplio y puede cubrir todos los propósitos fiduciarios que se deseen. Comparado con el fideicomiso romano, nos ofrece muchas variantes importantes que abarcan relaciones fiduciarias similares al depósito, al mandato, al albaceazgo, y sustituye a la hipoteca, al usufructo, a la renta vitalicia, a la institución de la tutela, etc. Naturalmente y de acuerdo con la opinión de Lepaulle y Ruford G. Patton, quienes han estudiado el Trust desde el punto de vista del patrimonio, con-

sideran que aquél ha sido creado para desempeñar una serie de funciones que sería difícil enumerarlas.

En los Estados Unidos la primera institución que se encargó de los negocios fiduciarios, fue la compañía de seguros denominada Massachusetts Hospital Life Insurance Company (6), que fue autorizada en cédula por medio del Acta Especial del Cuerpo Legislativo del Estado de Massachusetts, de fecha 24 de febrero de 1818. La institución inmediatamente se encargó de realizar negocios fiduciarios, pero — su cédula no la autorizaba para ello, sino hasta llegar el año de — 1823.

El 22 de Febrero de 1822, la compañía de seguros denominada Farmers Fire Insurance and Loan Company (7), fue autorizada para realizar negocios fiduciarios, y el 16 de Abril del mismo año, se le die ron poderes fiduciarios. Esta compañía se ha convertido en The City Bank Farmers Trust Company of New York.

En el año de 1831, la compañía de seguros denominada The New — York Life Insurance and Trust Company (8) fue designada para servir de guardián de la propiedad de un menor. En los Estados Unidos se cree que este sea el primer caso en que una institución sirva como custodio. Esta compañía se organizó en 1830 y es la primera en denominarse COMPAÑIA FIDUCIARIA.

A partir de 1830, muchas compañías de seguros, o compañías de se guro y fideicomisos, fueron organizadas y solicitaron permisos pa—

(6) Herbert V. Prochnow. American Financial Institutions. Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N. J. EE. UU. 3a. Edición 1956, Pag. 460.

(7) Herbert V. Prochnow. Opus cit. Pag. 461.

(8) Herbert V. Prochnow. Opus cit. Pag. 461.

ra efectuar operaciones fiduciarias.

A mediados del siglo pasado, un gran número de Estados emitieron leyes autorizando a los bancos de sus respectivos Estados para que se organizaran en bancos de estado propiamente dichos o en compañías fiduciarias.

La fiebre de las instituciones bancarias y compañías fiduciarias por obtener permisos para llevar a cabo negocios fiduciarios se desarrolló sobre manera a principios del siglo XX. Esta agitación culminó en la disposición 11 (K) del Acta de Reserva Federal de 1913 (9). Esta acta facultaba a la Junta de Reserva Federal, conceder autorización a los bancos nacionales cuyo capital y reservas fueran iguales o mayores de los exigidos a los bancos de estado.

3) Fideicomisos latinoamericanos

Antes de entrar a considerar el fideicomiso latinoamericano, es conveniente aclarar, que éste se deriva del fideicomiso anglosajón, y no del romano. En la mayoría de los países en donde funciona el fideicomiso, su incorporación ha sido hecha tomando solamente aquellas partes importantes que puedan adaptarse al medio económico característico de dichos países.

Desafortunadamente en latinoamérica, debido en gran parte al letargo económico en que hemos vivido, no nos ha permitido desarrollar adecuadamente aquellas instituciones económicas que ya existen en los países altamente desarrollados.

Hasta hoy, relativamente son muy pocos los países latinoamericanos

(9) Herbert V. Prochnow. Opus cit. Pag. 461.

que se han preocupado por introducir en sus legislaciones, verdaderas reglamentaciones sobre la institución del fideicomiso.

El Dr. Ricardo Alfaro de Panamá (10), preocupado por esta clase de problemas que atañen a su país, y por consiguiente a los demás países latinoamericanos, en un esfuerzo personal digno de todo hombre que desea el bien para su patria, considerando que el fideicomiso romano hoy día es una institución caduca, fósil, inútil, sin flexibilidad y sin amplitud de acción, ha logrado que se introduzca o incorpore al derecho panameño, una institución cuyos principios están completamente basados en la figura del Trust, la cual simplemente la ha denominado FIDEICOMISO. Según su criterio, esta institución responderá a las necesidades de la vida económica contemporánea, pues ofrecerá nuevas modalidades en la realización de los negocios fiduciarios.

En Bolivia, Perú, Colombia, y Chile, el fideicomiso se ha reglamentado tomando como base principal los estudios realizados por una Comisión Financista norteamericano (11).

El fideicomiso mexicano es el que se encuentra más desarrollado en latinoamérica, y existe desde el año de 1926 con la promulgación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, y fue por primera vez que se empleó el término fideicomiso como sinónimo del Trust; pero en forma restringida. La nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos, regla-

(10) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 39.

(11) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 39.

mentan el fideicomiso en su moderna acepción.

En El Salvador, la incorporación del fideicomiso dentro de nuestra legislación data desde el año de 1901, año en que se publicó nuestro Código Civil vigente el cual en su Arto. 1810, determina la situación legal de los fideicomisos, diciendo lo que sigue: "SE PERMITIRA SIN EMBARGO, LA CONSTITUCION DE FIDEICOMISOS EN FAVOR DE LA NACION; DE INSTITUCIONES BENEFICAS O CULTURALES DEL PAIS, YA SEA QUE EXISTAN O PARA SU CREACION; DE PERSONAS NATURALES INHABILES CONFORME A LA LEY PARA MANEJAR SUS INTERESES; O DE PERSONAS QUE AUNQUE NO EXISTAN, SE ESPERA QUE EXISTAN, ESTANDO EN EL VIENTRE MATERNO".

Es importante hacer notar que, este artículo fue dado como una excepción a la prohibición general de fideicomisos y censos y no como principio general. Por consiguiente, no permite la constitución de fideicomisos en favor de personas que no estén incluidas en dicho artículo.

A nuestro juicio todo lo anterior, está plasmado en una serie de complicaciones a la libre facultad de disponer de los bienes y derechos de las personas y el fideicomiso así legislado, nos da la impresión de que en nuestro país todavía vivimos la época de los antiguos romanos.

Sin embargo, durante la administración del General Maximiliano Hernández Martínez, en el deseo de que el pueblo apoyara a su go

bierno de facto, creó una serie de leyes e instituciones económicas entre las cuales incluyó la Ley de Fideicomisos.

El día 12 de Noviembre de 1937, la Asamblea Nacional Legislativa emitió el Decreto No. 197, que contiene la LEY DE FIDEICOMISOS, aunque con muchas deficiencias en su articulado es la que más está acorde a los conceptos modernos del fideicomiso.

Es de hacerse notar que en esta ley no dice expresamente que serán las instituciones bancarias las autorizadas para realizar operaciones fiduciarias; pero al menos quedan facultadas cuando en el Art. 13 inciso primero y segundo se establece la forma de operar al ser nombradas fiduciarias, así también cuando tengan que supervisar la administración de los fideicomisos encomendados a otras personas.

IV - FORMAS DE CONSTITUIRSE EL FIDEICOMISO

Por las definiciones dadas en el Capítulo II, sabemos que el fideicomiso es creado por un acto voluntario de una persona llamada fideicomitente, quien separa de su fortuna un conjunto de bienes y derechos para ser confiados a otra persona llamada fiduciaria para que haga uso de ellos en favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

De lo anteriormente dicho se deduce que el fideicomiso no nace de un simple contrato, sino que es el resultado de la voluntad unilateral del fideicomitente.

Conforme al criterio jurídico y al modo de perfeccionarse, tradicionalmente existen dos formas básicas de constituirse el fideicomiso, a saber: por testamento y por acto entre vivos o forma contractual (12).

1) Formas tradicionales

a) Fideicomiso por testamento

Se constituye para que surta sus efectos y principie a funcionar — después de la muerte del fideicomitente, debiendo regirse por disposiciones de última voluntad y leyes hereditarias en general.

b) Fideicomiso por acto entre vivos o forma contractual

En la práctica es el más frecuente y se constituye para que surta sus efectos inmediatamente o dentro de un período de tiempo previamente determinado.

2) Otras Formas

Además de las formas tradicionales del fideicomiso, existen otras que a continuación describimos:

(12) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 70.

a) Fideicomiso Mixto

Se constituye para que comience a funcionar en vida del fideicomitente y que continúa aún después de su muerte.

b) Fideicomiso gratuito

Es aquél en el cual el fiduciario inspirado en los motivos que indujeron al fideicomitente para crear el fideicomiso, acepta realizarlos en forma enteramente gratuita.

c) Fideicomiso oneroso o remunerado

Partiendo del hecho de que en la actualidad la mayoría de las personas naturales o jurídicas se dedican a realizar actividades productivas, y que es difícil encontrar a alguien que quiera descuidar sus propios negocios para atender aquellos que no le producen beneficio alguno, se ha considerado que el fideicomiso remunerado es aquél por el cual se ha de pagar al fiduciario una comisión adecuada para que atienda en debida forma el cumplimiento de las instrucciones del fideicomitente.

d) Fideicomiso Universal

Comprende la totalidad de los bienes del fideicomitente.

e) Fideicomiso Particular

Comprende sólo una parte de los bienes del fideicomitente.

V - CAUSAS DEL FIDEICOMISO

Si nos detenemos por un momento a observar y analizar el nacimiento y desarrollo de las distintas instituciones que forman parte activa en la vida de los diferentes países, de inmediato nos daremos cuenta que muchas de ellas se han debido en parte a causas de tipo económico, político, jurídico, social, religioso, etc.

De tal modo que la existencia del fideicomiso como institución, no se ha escapado a los designios de esos factores, que pueden resumirse más o menos en los siguientes:

1) Factores de tipo económico

La facilidad para administrar y movilizar un gran volumen de capitales, representados en bienes y derechos.

2) Factores de tipo social

Los legados que los testadores hacen a favor de las personas naturales o jurídicas, para que sean destinados para beneficio de la educación, la salud y demás obras de tipo social.

3) Factores de tipo jurídico

Por una parte, la negación que el derecho romano daba a la validez de los actos que no se hicieran conforme a las solemnidades de la ley y por otra parte, debido a las múltiples limitaciones que el mismo derecho imponía a la capacidad de las personas para heredar en favor de los incapacitados.

VI - OTRAS CARACTERISTICAS DERIVADAS DE LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO

En los acápites anteriores hemos descrito la forma por medio de las - cuales se constituye el fideicomiso; pero la constitución de éste, no sola- mente está determinado por aquellas modalidades tradicionales, sino que, también por algunas relaciones jurídicas como las siguientes:

1) Aceptación del cargo de fiduciario

Algunos autores, entre ellos el Lic. Bojalil, consideran que el fidei- comiso nace a la vida jurídica, desde el momento en que el fiduciario - acepta el cargo. La aceptación por el fiduciario es determinante, por - el hecho de que si éste rehusa aceptar el cargo dicho, el fideicomiso - dejaría de constituirse.

Existen dos medios por los cuales el fiduciario puede aceptar el nom- bramiento: la expresa y la tácita (13).

En la expresa el fiduciario tiene que manifestar categóricamente la aceptación del cargo, debiéndose efectuar en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso. Es decir, que si el fideicomiso se hace por - medio de escritura pública, la aceptación del fiduciario tiene que estar mencionada en dicha escritura, o bien, en otro instrumento público.

La aceptación tácita no requiere de tantas solemnidades, basta con que el fiduciario realice las instrucciones estipuladas en el contrato de fideicomiso. En otras palabras, no es necesario manifestar previamen- te la aceptación.

2) Transmisión de los bienes fideicomitidos

Otro principio que complementa la existencia del fideicomiso, es el

(13) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 72.

que se refiere a la transmisión de los bienes en favor del fiduciario, - pues de continuar éstos en poder del fideicomitente, no habría contrato sino más bien otra clase de actos tales como: el mandato, el depósito, el comodato, la comisión y otras tantas formas que sería prolijo - enumerar.

En el derecho mexicano la transmisión de los bienes opera, cuando se acepta ser fiduciario, y el fideicomiso se perfecciona inscribiéndose en el Registro Público de la Propiedad si los bienes fideicomitados son inmuebles; si se tratare de un crédito no negociable, cuando se no tifique al deudor; si se tratare de un título nominativo, cuando sea endosado a la Institución Fiduciaria y se inscriba en los registros del emisor y si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador cuando sean entregados al fiduciario.

El fiduciario adquiere la titularidad de los bienes fideicomitados y - ejerce todos los derechos y acciones necesarios para la consecución - del fin del fideicomiso; pero sin la facultad de hacer uso y abuso de tales bienes. Su doble calidad de propietario y administrador, le impone una serie de deberes y obligaciones que al violarlas le entreñaría una rigurosa responsabilidad.

En cuanto a estas dos formas jurídicas, se ha llegado a considerar que, una vez aceptada la obligación por el fiduciario, lo básico e importante es la transmisión de los bienes. Ello es razonable porque de acuerdo con Lepaulle (14) lo esencial es el patrimonio que se ha de administrar.

(14) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 54.

Volviendo a la aceptación, esta es una facultad potestativa, en la cual el fiduciario puede aceptar o rechazar el cargo, sin que tenga que dar explicaciones sobre los motivos que lo indujeron a declinar el nombramiento; pero una vez aceptado, no se puede negar a cumplir con -- los deberes que el cargo le impone.

En las legislaciones de algunos países dan al fiduciario un plazo de terminado para que acepte o no el cargo. Si transcurre ese plazo y no manifiesta aceptarlo o rehusarlo, se considera que lo ha aceptado.

Los fideicomisos que se constituyen por testamento, pueden acurrar problemas de la no aceptación del fiduciario, y en este caso el fideicomiso no tendría existencia legal. Para evitar estos problemas, es recomendable a las personas que constituyen fideicomisos, nombrar no solamente uno sino varios fiduciarios sustitutos para que si -- en dado caso, el primero no aceptare, puedan sucederle en el orden -- en que hayan sido designados.

No obstante la designación de varios fiduciarios, podría ocurrir -- que ninguno de ellos aceptare, dando lugar a la extinción del fideicomiso.

El Doctor Ricardo Alfaro (15), considerando esta posibilidad dice: "Hay que recurrir a todos los medios posibles para evitar que el fideicomiso quede sin fiduciario".

En situaciones de esta naturaleza la mayoría de las legislaciones -- facultan al Juez para que nombre al fiduciario sustituto.

(15) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 141.

VII - CLASES DE FIDEICOMISOS



Antes de seguir con esta exposición es conveniente aclarar, primero: que no se deben de confundir los títulos Formas de Constituirse el Fideicomiso con el de Clases de Fideicomisos, pues ambos se refieren a cosas - muy distintas, y segundo: que la clasificación que mas enseguida se menciona, tiene por objeto presentar de manera enunciativa y no numerativa, los fideicomisos que suelen darse en la práctica bancaria.

1) Fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía (18) tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente, y éste transmite al fideuciario la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho para que en caso de incumplimiento de las obligaciones, el fiduciario venda el bien o derecho.

El fideicomiso de garantía generalmente se usa como sustituto de la hipoteca y se siguen los mismos procedimientos aplicables al otorgamiento de un crédito hipotecario.

En la práctica bancaria de algunos países cuando se concede un crédito a un fideicomitente, se le exige que deje o fideicomite un inmueble de su propiedad a favor de la persona fiduciaria y en la constitución del fideicomiso se estipula que, el fiduciario poseerá la propiedad del inmueble, por cierto tiempo, al término del cual, si el Banco comprueba que su cliente no le ha cancelado el crédito, la persona fiduciaria queda facultada para vender en pública subasta el inmueble dicho, con el cual se pagará la deuda y si hubiere excedente lo entregará al fideicomitente.

El fideicomiso de garantía comparado con la prenda y la hipoteca, puede tener ciertas ventajas, especialmente con la transmisión de la propiedad de los bienes, pues sólo quedan afectados a la obligación - que están garantizado y por tanto fuera del patrimonio del fideicomitente. Por otra parte, si la obligación principal no se cumple, el acreedor no tiene que seguir juicio ejecutivo para cobrar la deuda o - realizar en su favor la propiedad dada en garantía.

El fideicomiso de garantía es amplísimo y a manera de ejemplo - mencionamos estas variantes:

- a) Que en el contrato de fideicomiso se especifique que para cancelar el crédito, la persona fiduciaria, rente el inmueble, perciba su valor y lo abone a la deuda hasta su completa cancelación.
- b) Que en el contrato de fideicomiso, se especifique que el fiduciario rente el inmueble, perciba su valor, amortice la cuota correspondiente y que el excedente que hubiere lo invierta en valores de fácil realización y aprobados por la Comisión de Valores o cualquier otra institución autorizada para ello.

2) Fideicomiso de Inversión

El fideicomiso de inversión (17) es aquel que tiene por objeto que la institución fiduciaria destine el patrimonio fideicomitado a la realización de operaciones económicamente provechosas para el fideicomiso.

Por lo general son las instituciones bancarias las que se encargan

(17) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 80.

de realizar esta clase de operaciones, especialmente con aquellas — personas o empresas que mantienen fuertes cantidades de dinero ocioso y que no utilizan de inmediato en sus negocios. Ejemplo de éstas — pueden ser aquellas empresas que trabajan con subsidios.

El fideicomitente entrega al fiduciario una suma de dinero indicándole en qué debe invertirlas o autorizándole para que sea invertida en operaciones que ofrezcan un rendimiento adecuado y que ofrezcan la — máxima seguridad en su recuperación tratando de cubrir todos los — riesgos que se puedan correr.

Los fideicomisos de inversión tienen ciertas ventajas, pues el fiduciario les garantiza la devolución total del patrimonio tal como se le entregó al momento de celebrarse el contrato. Es decir, que el cliente siempre queda asegurado de que su patrimonio no se le devolverá — en valores. Reciben un rendimiento neto y fijo e independiente de las fluctuaciones que puedan tener las inversiones hechas con el patrimonio fiduciario.

También el fideicomiso de inversión tiene sus variantes y entre los muchos casos se citan los que siguen:

- a) Que en el contrato de fideicomiso se especifique que el producto de la inversión se destine a sufragar los gastos de sostenimiento y educación de menores.
- b) Que en el contrato de fideicomiso se especifique que el producto de la inversión se destine para los gastos de hospitalización de — enfermos.

3) Fideicomiso para la educación de menores

La preocupación constante de los padres de familia por proporcionar a sus hijos una buena educación, para que en el futuro puedan enfrentarse sólidamente y resolver los problemas que les depare su destino, ha sido el motivo principal para la constitución de fideicomisos destinados a la educación de menores hasta que tengan el grado de educación deseado por los padres.

4) Fideicomiso para planes de jubilación

En las empresas industriales y comerciales, generalmente cuando están bien administradas, las relaciones obrero-patronales día a día adquieren una mejor armonía y entendimiento.

Las leyes modernas del trabajo establecen una serie de prestaciones para los trabajadores, y como es lógico comprender, las empresas tienen que mantener las reservas de capital necesarias para poder cumplir satisfactoriamente con tales prestaciones.

Muchas empresas inteligentemente destinan esas reservas a la constitución de fideicomisos para planes de jubilación o de retiros de su personal, cuyo fondo paulatinamente se va incrementando con las aportaciones extraordinarias que hace tanto la empresa como el personal.

El patrimonio en poder de una institución fiduciaria de prestigio, indiscutiblemente es la mejor garantía para el personal de la empresa en la recepción de las prestaciones a que tiene derecho. A las empresas les asegura una verdadera liquidez para el cumplimiento del pago de las prestaciones y además lo ofrece como una prestación adicional.

Los planes de jubilación mejoran el rendimiento del trabajador, — pues se dan cuenta que siendo fieles cumplidores de sus deberes y — responsabilidades en el trabajo, aseguran su permanencia en las empresas que les ofrecen protección para su vejez y porvenir de sus familiares.

5) Fideicomiso de Administración

Siguiendo criterios generales este Fideicomiso se origina por una parte, por la falta de experiencia y algunas veces edad y capacidad — del fideicomitente para realizar negocios y por la otra, por el gran — número de negocios que puede tener el fideicomitente, lo que física— mente le imposibilitaría atenderlos personalmente.

El fideicomiso de Administración, tiene por finalidad encomendar a la persona fiduciaria el manejo o administración del patrimonio en provecho del fideicomisario.

Este fideicomiso tiene un radio de acción más amplio, pues él ori— gina las operaciones fiduciarias que difícilmente se pueden enumerar; pero a manera de ejemplo y anticipándonos a lo que se dice en Capít— tulo XI, mencionamos los relacionados con los Contratos de Arrenda— miento, del Cobro de Rentas, del Pago de Diversos Impuestos, etc.

6) Fideicomiso con base en póliza de seguro de vida

El primer paso se da con la suscripción de la póliza de seguro de vida. La extraordinaria aceptación del seguro de vida y la posibili— dad de que las indemnizaciones por recibir a la muerte del asegura— do tengan un buen empleo y que no se vayan a desperdiciar y que pue— dan ser motivo de problemas, dificultades y dolores de cabeza en —

vez de los beneficios que debe reportar, han hecho que se elabore para eliminar ese peligro, una solución que consiste en la combinación del seguro de vida y el fideicomiso.

En la constitución del fideicomiso se puede estipular que a la muerte del asegurado, se entreguen los fondos provenientes de la póliza a una institución fiduciaria para que, con el producto de ellos se cubran los gastos de la educación de sus hijos o proporcionarles alimentación.

Con la descripción de los fideicomisos anteriores, creemos haber presentado aunque sea de manera general, algunos de los tantos fideicomisos que en la práctica se constituyen y se encomiendan a las instituciones fiduciarias.

VIII - FIDEICOMISOS PROHIBIDOS

Lógicamente los fideicomisos prohibidos son aquellos que la ley expresamente no los permite; pero esa prohibición no es similar a la que se establecía en el derecho antiguo romano. La prohibición va dirigida a evitar la violación de las leyes que permiten la constitución de fideicomisos con fines lícitos.

En otras ocasiones, la prohibición se establece para proteger instituciones económicas que fomentan el desarrollo de actividades industriales.

De manera general las leyes prohíben ciertas clases de operaciones fiduciarias que atentan contra el patrimonio fideicomitado.

En materia de inversiones (18) el derecho angloamericano prohíbe al fiduciario adquirir títulos valores con fines especulativos; que invierta en acciones ampliamente especulativas y bienes que se vendan con grandes descuentos; no se le permite comprar valores de empresas nuevas, cuyas ganancias son inciertas.

Con relación a los fideicomisos de inversión, la ley bancaria mejicana establece que las instituciones o departamentos fiduciarios, se abstengan de aceptar fideicomisos, mandatos o comisiones que tengan por objeto destinarlos al otorgamiento de créditos con intereses que no se ajusten a las disposiciones de carácter general dictadas por el Banco de México. Así también se prohíben los fideicomisos para adquirir valores que no sean de los aprobados por la Comisión Nacional de Valores o de los emitidos por el Gobierno Federal o de las instituciones nacionales de crédito.

Algunos de estos principios pueden ser censurables, pues prohibir la adquisición de valores de empresas nuevas, es contrario al progreso eco-

(18) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 92.

nómico, sobre todo en los países que no están altamente desarrollados.

Es principio general prohibir a las instituciones fiduciarias:

- 1) Que efectúen la transmisión de créditos y valores a otro fideicomiso manejado por la misma institución fiduciaria, salvo que se trate del mismo fideicomitente;
- 2) Responder a los fideicomitentes del incumplimiento de los deudores por los créditos que les otorguen. Si el fideicomiso llega a su término y los créditos no hubieren sido cancelados en su oportunidad, deberán de traspasarlos al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso.
- 3) Efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución fiduciaria. La razón es que en un contrato, siempre intervienen dos partes contratantes, y entre departamentos no se cumple ese requisito, todos ellos constituyen una misma persona.

Entre los fideicomisos prohibidos (19), se pueden mencionar:

- 1) Los fideicomisos secretos, La razón de su prohibición es que en ellos se pueden establecer cláusulas que no estén permitidas por las leyes.
- 2) En los que el beneficio se conceda sucesivamente a personas que deban sustituirse por muerte del anterior. Esta prohibición se hace para evitar la inmovilización de los bienes en un sólo sujeto o descendencia.

La legislación mexicana, considera como fideicomisos prohibidos:

- 3) Los que tengan una duración mayor de 30 años, cuando el fideicomisario

(19) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 91.

sario no sea persona jurídica de orden público o institución de beneficencia (Art. 359 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México). La prohibición tiende a evitar que el fideicomiso sea el medio para acaparar los bienes en manos muertas.

- 4) Los que tengan por objeto el pago de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casas de habitación.
- 5) Los que celebren con empresas constructoras, cuando el objeto del fideicomiso sea la venta de casas a plazos o con pagos anticipados para completar el valor de las garantías (Art. 45 Frac. XV de la Ley Bancaria Mexicana).

Tanto el cuarto como el quinto numeral tienden a proteger la actividad de los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar.

IX - ALGUNAS DIFERENCIAS DEL FIDEICOMISO CON RELACION A OTROS CONTRATOS

El fideicomiso presenta una gran afinidad con muchos de los contratos admitidos en las distintas legislaciones, y su semejanza (20) con el mandato, el depósito, la cesión de crédito, la donación, el usufructo, etc., ha dado lugar a ciertas diferencias y confusiones que en el fondo no existen, — pues todos cubren campos distintos de aplicación, especialmente en su forma de operar. Veamos cada uno de estos casos:

1) El mandato

Entre el fideicomiso y el mandato, la diferencia principal existe en la forma en que realizan los negocios las personas que intervienen en ambos contratos. En el mandato, el mandatario actúa siempre por cuenta y riesgo del mandante, mientras que en el fideicomiso, el fiduciario — actúa en su propio nombre. También en el mandato el encargo se lleva a cabo y se cumple en nombre del mandante y en el fideicomiso, la persona que lo crea, ya no interviene, salvo en casos muy especiales, y — por lo tanto se desatiende de los bienes que entrega y aún de su persona como fideicomitente. Otra diferencia que puede señalarse es que el mandatario es un simple administrador de bienes, mientras que el fiduciario es legalmente propietario de los bienes dados en fideicomiso, — aunque con ciertas limitaciones.

2) El depósito

Por el hecho de que el depósito se celebra por acto entre vivos, se le ha dado la semejanza con el fideicomiso; pero la diferencia se observa en la entrega y posesión de los bienes y valores. En el depósito simplemente ocurre un cambio de posesión de los bienes que le son entre-

(20) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 113.

gados al depositario para que los custodie. En el fideicomiso, el fiduciario no solamente adquiere la posesión y entrega de los bienes, sino que además le corresponde la propiedad.

3) La cesión de crédito

La diferencia que existe en la cesión de crédito y el fideicomiso, se nota en la actitud de las personas que intervienen en ambos casos. En el fideicomiso, cuando entre los bienes fideicomitidos existe un crédito a favor del fideicomitente, el fiduciario (que en el fondo viene a ser el mismo propietario del crédito), tiene una participación activa en el cobro judicial o extrajudicial del crédito. En cambio en la cesión de crédito, la actitud del cedente es negativa desde el instante en que se despoja del crédito que está en su favor.

4) La donación

La libertad del fideicomitente en transmitir los bienes al fiduciario da lugar a que se confunda el fideicomiso con la donación; pero debe advertirse que, en el fideicomiso, entre el fideicomitente y el fideicomisario se interpone una tercera persona llamada fiduciaria, a quien le corresponde la propiedad de los bienes aunque no se beneficie directamente con ella. En la donación por el contrario, no hay persona alguna que se interponga entre el donante y el beneficiario.

5) El usufructo

El fideicomiso y el usufructo se diferencian en la administración de los bienes. En efecto existe cierta analogía o similitud entre el usufructuario y el beneficiario de un fideicomiso, porque los dos son los directamente beneficiados con los productos de la propiedad, aunque

no esté a su nombre; pero el usufructuario administra la propiedad, -
no así el fideicomisario porque la administración la tiene el fiducia--
rio.

X - LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

El desarrollo de los negocios fiduciarios se remontan a los albores de la civilización, en donde la idea de la tutela, la curaduría y el cargo de administración fiduciaria, estaba en relación con la filosofía religiosa de aquella época.

Actualmente esa filosofía es más compleja, tanto por la actividad intensa que distingue al hombre moderno, como por el número de negocios y — asuntos personales que tiene que atender.

La dificultad en controlar adecuadamente esos negocios y los problemas que ellos suscitan, ha dado origen a la organización de instituciones — que se encarguen de atenderlos con eficacia, y que difícilmente una sola — persona pueda llevarlos a cabo en las mismas condiciones.

Cuanto más se especializa cada empresa, más importante resultan — sus actividades y deben armonizarlas con las de otras, de acuerdo a las — necesidades de los individuos.

Las instituciones fiduciarias han desarrollado adecuadamente esos ser — vicios, satisfaciendo las necesidades que a diario se nos presentan en nues — tra vida económica y social.

Las instituciones fiduciarias, no tienen limitada su esfera en los nego — cios fiduciarios, y no están expuestas a las contingencias a que fatalmente está sometida la persona individual.

Contribuyen a la importancia de los negocios fiduciarios; la accesibili — dad, la duración y estabilidad, la habilidad y experiencia, la responsabili — dad, el servicio imparcial, etc.

1) Accesibilidad

Las instituciones fiduciarias establecen sus oficinas en los distri — tos comerciales de la comunidad. Diariamente mantienen horarios es

peciales para atender los negocios y siempre están disponibles para cualquier consulta que los clientes deseen formarles.

2) Duración y estabilidad

Las instituciones fiduciarias operan de acuerdo a las disposiciones y reglamentos legales, y ello da lugar a que puedan existir ilimitadamente.

3) Habilidad y experiencia

Habilidad y experiencia son las características esenciales que existen en las instituciones fiduciarias. Tienen ventajas sobre el individuo porque éste destina muy poco tiempo para atender los negocios que están bajo su control. Por consiguiente, difícilmente puede llegar a tener la habilidad y experiencia de aquéllas.

Las instituciones fiduciarias en beneficio de los clientes y en el de sí mismas, se preocupan por estar al día con las leyes y progresos que se operan en el campo de los negocios fiduciarios.

Estas instituciones para atender eficientemente los negocios fiduciarios, se han visto obligadas a montar servicios especiales para analizar técnicamente los estados financieros de las empresas, la situación moral y económica de los individuos y en general para ampliar los planes de sus negocios.

4) Responsabilidad financiera

Las instituciones fiduciarias cuentan con grandes recursos financieros, que les capacitan satisfacer sus obligaciones financieras. Estos negocios están en manos de hombres que tienen una gran habilidad financiera que complementa la responsabilidad en los negocios fi-

duciarios.

5) Servicio imparcial

Las instituciones fiduciarias, por la razón de ser sociedades, están libres de los perjuicios personales y familiares a los que el individuo puede estar sujeto.

Como se observará, se nota sobresaliente que el empresario individual, se encargue de un número reducido de negocios y que las grandes empresas controlen varios negocios a la vez, estando constantemente dirigidas por especialistas que constituyen uno de los elementos esenciales para el éxito de las mismas.

En algunos países el gobierno tanto local como nacional, dan a las - instituciones fiduciarias la protección necesaria para que el desarrollo de los negocios fiduciarios no se estanque. De esta manera dichos negocios — adquieren más preponderancia.

XI - PRINCIPALES OPERACIONES DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

Es indudable que existe un campo amplísimo del fideicomiso, y que sus modalidades han dado lugar a que las instituciones fiduciarias, practiquen una serie de operaciones que no es posible enumerarlas.

Desafortunadamente, en nuestro medio, son muy pocas las personas e instituciones que conocen el funcionamiento de las operaciones fiduciarias.

Esta actividad no se ha desarrollado adecuadamente, por el poco conocimiento que el público tiene sobre los beneficios de la institución del fideicomiso.

Los esporádicos contratos de fideicomiso, que hasta hoy posiblemente pueden haberse constituido, no han sido un incentivo para que las instituciones de crédito se preocupen para incluirlas dentro de sus operaciones corrientes.

No obstante, creemos que las instituciones de crédito pueden fomentar el negocio fiduciario, dando a conocer al público las ventajas que el fideicomiso representa.

Una institución fiduciaria, puede de acuerdo a las disposiciones legales, prestar los servicios relacionados con las operaciones siguientes:

(21) de fideicomiso, intervenir en emisiones de títulos de crédito que realicen instituciones públicas o privadas y sociedades; actuar como Representante Común de los Tenedores de Títulos; dar servicios de Caja y Tesorería; representar a socios, accionistas y acreedores u obligacionistas en juntas y asambleas; prestar sus oficinas para la celebración de juntas y asambleas; actuar como comisario de sociedades; llevar libros de contabilidad, de actas y registros de toda clase de sociedades y empresas; actuar como Síndico o Liquidador en quiebras o liquidaciones; desempeñar el

cargo de Albacea, ejecutor testamentario, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor, curador y patrono de instituciones de beneficencia; administrar toda clase de bienes inmuebles urbanos; hacer avalúos; emitir certificados haciendo constar la participación de los copropietarios, en bienes títulos o valores o la participación de acreedores, en liquidaciones que la Institución tenga el carácter irrevocable de liquidador; recibir bienes muebles, títulos o valores en depósito; garantía o administración y en general para desempeñar toda clase de mandatos y comisiones (21a).

De esta serie de operaciones y a manera de ejemplo, nos proponemos desarrollar únicamente los de Albacea y Representante Común de Obligacionistas.

1) Albacea

En los albaceazgos (22), el Albacea, es la persona que tiene a su cargo la administración temporal de todos los bienes pertenecientes a una sucesión. Se habla de sucesión en el sentido de que los albaceazgos se constituyen en vida de la persona que desea que sus bienes a su fallecimiento se entreguen a los herederos que ella haya designado en su testamento. La designación la hace el testador, al momento de otorgar el testamento, tomando en cuenta que la persona a quien ha de confiar los bienes reúna las características de confianza, honorabilidad, competencia y seguridad.

La importancia del Albacea estriba en el interés que éste debe de poner en los bienes que ha de administrar.

(21a) Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México.

(22) Banco Nacional de México, S.A. Manual Departamento Fiduciario.

Una vez que fallece la persona, empieza a funcionar la actividad del Albacea. Como primer paso en el cumplimiento de su cargo — inicia los trámites sucesorios para que se abra la sucesión, la — cual concluye con la adjudicación de los bienes a favor de los herederos.

El Albacea, antes de aceptar el cargo examina detenidamente los testamentos, con el objeto de darse cuenta de los problemas legales de la sucesión, la situación familiar de los herederos y la naturaleza de los bienes por administrar.

2) Representante Común de Obligaciones

Muchas empresas que desean mejorar sus actividades negociables, sin tener que recurrir al crédito de corto plazo, generalmente solucionan sus problemas financieros, mediante la emisión de obligaciones, siendo esta solución más conveniente que la referente al aumento de capital por medio de acciones.

La primera forma es conveniente a la empresa porque ella tiene ante sí a simples acreedores, mientras que en la segunda, es inconveniente porque no son simples acreedores sino accionistas que en muchas ocasiones han sustituido al empresario original.

Para la emisión de esas obligaciones, es necesario que una persona o institución represente a todos los que suscriban las obligaciones que estarán a cargo de la empresa. A ese representante se le llama REPRESENTANTE COMUN DE OBLIGACIONISTAS.

El Representante Común de Obligacionistas (23), en el desempeño

de su cargo, analiza cuidadosamente las garantías que responderán por la emisión de las obligaciones; comprobará la existencia y valor de los bienes y si es posible vigilará que las construcciones e inmuebles no sufran deterioros por negligencia, además deberá estar seguro de que la emisión de esas obligaciones estén debidamente inscritas en los Registros Públicos (Comercio, Propiedad Raíz, etc.)

En una palabra, el Representante Común de Obligacionistas, tiene todas las facultades de los obligacionistas para actuar en nombre y representación de ellos. Se justifica su actuación por lo problemático que sería que cada obligacionista **tuviera** que estar pendiente de esa serie de funciones que el Representante Común, tiene a su cargo.

XII - PRINCIPALES OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

Las personas que constituyen fideicomisos y los confían a las instituciones fiduciarias, lo hacen con la finalidad de que sus bienes en poder de éstas, serán administrados y distribuídos a los beneficiarios conforme a la voluntad expresada y escrita en los respectivos contratos de fideicomiso.

La aceptación de cumplir con el **encargo por parte de las instituciones fiduciarias**, aún cuando no existan reglas especiales, adquieren una serie de obligaciones tanto legales como morales, en la realización del fin para el cual el fideicomiso fue creado.

De tal manera que las instituciones fiduciarias al interponer su mediación están obligadas a: mantener el control y conservación de los bienes; - llevar registros contables y rendir cuentas; separar los bienes de cada fideicomiso; observar lealtad e imparcialidad en la ejecución del fideicomiso; dar aviso y notificaciones al beneficiario; guardar el secreto sobre los términos y condiciones del fideicomiso; invertir los fondos en forma productiva; no delegar en otras personas e instituciones la administración del fideicomiso, etc.

Esas obligaciones se cumplen así:

1) Mantener el control y conservación de los bienes

Las instituciones fiduciarias, como verdaderas instituciones de prestigio, están obligadas a conocer todas las disposiciones sobre el fideicomiso y deberán adoptar las medidas que crean convenientes para mantener el control y administración de los bienes fideicomitados.

En el cumplimiento de esta obligación las instituciones fiduciarias que emplean en debida forma su cuidado y pericia, en la conservación

de los bienes, no incurren en responsabilidad alguna a menos que — sean negligentes o descuidadas.

En síntesis, las instituciones fiduciarias deberán actuar con tanta prudencia al igual que lo hace un hombre de negocios en el manejo — de sus bienes.

2) Llevar registros contables y rendir cuentas

Las instituciones fiduciarias, no deben confundir la contabilidad — que corresponde a la institución y la perteneciente a cada fideicomi— so. Por consiguiente, están obligadas a registrar en su contabilidad en forma separada, el patrimonio de los fideicomisos que acepten. Estas cuentas deberán ser claras y exactas, en donde se demuestren los ingresos y egresos, las utilidades o pérdidas obtenidas en el e— jercicio de la administración.

3) Separar los bienes de cada fideicomiso

Al igual que se hace con la contabilidad, las instituciones fiducia— rias, deberán mantener separados los bienes de cada fideicomiso y — separados de los bienes pertenecientes a la propia institución.

4) Lealtad e imparcialidad en la ejecución del fideicomiso

Las instituciones fiduciarias, no deberán ejercer sus facultades — contenidas en el contrato de fideicomiso, para favorecer a uno o va— rios de los beneficiarios a expensas de los otros.

Esta práctica es inconveniente, por dos razones: la primera, por — que da lugar a que los menos afortunados o favorecidos, reclamen — sus derechos por los medios judiciales y la segunda, porque resta — confianza y seriedad a dichas instituciones.

5) Dar aviso y notificaciones al beneficiario

Las instituciones fiduciarias, comunicarán al beneficiario o beneficiarios, las operaciones que realizan en virtud de las instrucciones — que contiene el contrato de fideicomiso. Estas notificaciones son recomendables hacerlas para que aquéllos tengan conocimiento de cómo — se está manejando el patrimonio fiduciario.

6) Guardar el secreto sobre los términos y condiciones del fideicomiso

Las instituciones fiduciarias, deberán tener mucho cuidado de que no se revelen o divulguen los términos y condiciones del fideicomiso.

La violación del secreto del fideicomiso, puede dar lugar a una — responsabilidad civil por los daños y perjuicios que ocasionen a los — beneficiarios.

7) Invertir los fondos en forma productiva

Los fondos del fideicomiso se invertirán de acuerdo a los deseos — del fideicomitente; pero cuando éste no haya manifestado la clase de — inversión a que se deberán destinar, las instituciones fiduciarias los invertirán en negocios productivos.

Normalmente los fondos se invierten en valores de los aprobados — por las comisiones nacionales de valores o por cualquier otra autori- — dad que se le haya dado esa facultad.

8) No delegar en otras personas o instituciones la administración del fi-
deicomiso

La obligación fundamental de las instituciones fiduciarias, es la — de no delegar en personas o instituciones distintas la administración — y ejecución del fideicomiso.

Sin embargo, las instituciones fiduciarias desempeñan sus funciones por medio de empleados o funcionarios, de cuyos actos responden directa e ilimitadamente dichas instituciones.

Es admisible delegar en funcionarios la ejecución del fideicomiso, porque es imposible que las instituciones por si mismas tengan que cumplir con el encargo.

XII - LA EXTINCION DEL FIDEICOMISO

En la legislación de los Estados Unidos de América, no se conside—
ra la extinción del fideicomiso por la simple realización del fin, sino que —
es el plazo el que lo extingue. Esta teoría la podemos complementar dicien
do: que una vez que expira el plazo para el cual fue constituído el Fideico—
miso, las instituciones fiduciarias retiran de la contabilidad especial todo
lo relacionado con el patrimonio de aquél y lo incorporan a la contabilidad
propia de la institución, bajo un rubro denominado "BIENES EN CUSTO—
DIA".

Por el contrario en algunas legislaciones latinoamericanas (México, —
Panamá, etc.), consideran que el fideicomiso se extingue con la realiza—
ción del fin. Los autores arguyen diciendo: QUE EL FIDEICOMISO ES —
UNA FUNCION QUE PUEDE DURAR UN TIEMPO DETERMINADO Y HA—
BIENDO FINALIZADO DICHA FUNCION NO HABRA RAZON ALGUNA PA—
RA QUE EL FIDEICOMISO CONTINUE EN VIGOR. En otras palabras, el
fideicomiso se crea para un fin determinado y una vez cumplido ese fin no
hay razón para que el fideicomiso continúe vigente. Esto se puede ejemplifi
car así: supongamos que en un fideicomiso se diga que a la muerte del fi—
deicomitente se entreguen al fideicomisario, siempre que sea capaz, cier—
ta clase de valores o bienes. Con la entrega de estos bienes se extingue el
fideicomiso.

Sin embargo, hay que convenir que el fideicomiso participa de las —
dos teorías, pues tanto el plazo como la realización del fin dan lugar a la
extinción de éste.

Algo que se debe de aclarar es que cuando en el cumplimiento del —
fideicomiso se estipula a pasar una pensión mensual, anual, etc. durante

la vida de una persona, el fin se está realizando; pero no se extingue aquél, sino que continuará indeterminadamente o hasta que ocurra la muerte del beneficiado.

Es común que los fideicomisos se extingan por actos voluntarios de las partes contratantes: el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

El fideicomitente, puede revocar el fideicomiso si se ha reservado esa facultad al momento de haberlo constituido. Las legislaciones latinoamericanas aún cuando éste se reserva esa facultad, se la niegan porque consideran que el fideicomiso es un mandato irrevocable. Es conveniente mencionar que a este respecto la ley mejicana, sí permite al fideicomitente revocar el fideicomiso, en la misma forma que lo admite el derecho anglosajón.

De acuerdo con la opinión del Dr. Alfaro de Panamá (24), el fideicomiso se puede revocar antes de que el fiduciario haya aceptado el cargo o cuando éste lo haya rechazado.

El fideicomitente y el fideicomisario, pueden por convenio expreso extinguir el fideicomiso. Sobre este principio el Dr. Alfaro considera que no es suficiente que el fideicomiso se extinga por el expreso convenio de aquéllos sino que es necesaria la participación de la persona fiduciaria, por el hecho de ser ella la poseedora de los bienes (25).

El fideicomiso también puede llegar a su extinción por voluntad o renuncia del fideicomisario, a los beneficios de aquél, siempre que no se haya nombrado beneficiario sustituto. En la práctica este es un caso muy

(24) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 135.

(25) Julián Bojalil. Opus cit. Pag. 136.

remoto que se presente.

En el caso de que haya beneficiario sustituto no se extingue con la renuncia del primero, sino que continúa a partir del momento en que el sustituto acepta y empieza a gozar de los beneficios del fideicomiso.

Ya hemos visto que todos los fideicomisos se constituyen para un fin determinado; pero si este fin es imposible realizarlo, es lógico que el contrato de fideicomiso quede sin efecto.

En muchas ocasiones, se permite la constitución de fideicomisos condicionales siempre que no contravengan las leyes. Si la condición no es cumplida en esta clase de fideicomisos es causal de la extinción.

El patrimonio de los fideicomisos está formado de bienes y derechos y es deber de la institución fiduciaria, evitar su destrucción, puesto que si ello ocurre da motivo a la extinción de aquéllos.

En la constitución del fideicomiso, el fideicomitente puede ser al mismo tiempo fideicomisario (beneficiario). Esto ha dado lugar a que algunas veces se confunda la persona fiduciaria con la persona fideicomisaria.

Es principio fundamental que la persona fiduciaria no tenga la misma calidad de persona fideicomisaria porque para ser beneficiaria, tendría que renunciar a su calidad de fiduciaria.

Estos han sido los motivos para considerar que la confusión antes mencionada, sea también otra causa de extinción del fideicomiso.

Existen otras tantas formas de extinción del fideicomiso que no es posible llegar a determinarlas.

XIV - EFECTO DE LOS FIDEICOMISOS CON DEUDAS NO SALDADAS

Pueden existir casos en que el fideicomitente haya contraído deudas - antes de constituir el fideicomiso y que por una uotra causa no las men— cione al momento de celebrar el contrato de fideicomiso.

De estos casos pueden surgir dos situaciones: la primera, el reclamo del acreedor por constituir fideicomiso con obligaciones pendientes de cancelar dando lugar a la acción judicial, y la segunda, sobre que bienes o valores se hará el reclamo.

Analicemos estas dos situaciones:

Si el reclamo se hiciera sobre bienes muebles, pueda que el reclamo quede sin efecto por la razón de que los bienes muebles inmediatamente - pasan a ser propiedad del fiduciario, desde el momento en que el fideicomiso es aceptado por éste. No obstante, cabe la posibilidad de que el a— creedor pida la revocatoria del contrato de fideicomiso.

Si el reclamo se hiciera sobre bienes inmuebles, tendría que tomarse en cuenta si éstos nos han sido inscritos en el Registro Público de Propiedad a favor del fiduciario. Si los bienes inmuebles no han sido inscritos, - la acción del acreedor puede ser aceptada, siempre que lo haga de acuer— do a los procedimientos legales correspondientes. Por el contrario, si los bienes ya estuvieren debidamente inscritos a favor del fiduciario, la ac— ción del acreedor, no puede tener lugar, salvo el caso de la revocatoria - del contrato de fideicomiso.

Hay legislaciones que consideran que el incumplimiento a estas obliga ciones, pueden dar lugar a que el fideicomiso se califique de fraudulento y, que se declare nulo por parte de la autoridad respectiva.

Hemos dicho que el acreedor puede ejercer la acción de revocatoria -

del contrato de fideicomiso; pero para que ella sea aceptada, es necesario que concurren ciertas condiciones entre las cuales se mencionan:

- 1) Que el crédito o la obligación sea anterior a la constitución del fideicomiso.
- 2) Que la constitución del fideicomiso sea el motivo para que el fideicomitente no pueda cumplir con la obligación.
- 3) Que la obligación esté garantizada con bienes muebles e inmuebles, comprendidos en el contrato de fideicomiso.

Sobre esta clase de bienes es conveniente aclarar que cuando éstos pasan a poder del fiduciario, no pueden ser embargados por los acreedores personales del fiduciario, pues éste responde de sus obligaciones con sus propios bienes y no con los bienes fideicomitados.

Suponiendo que se permitiera que los acreedores personales del fiduciario, pudieran embargar los bienes fideicomitados, esto daría lugar a -- que se desconfiara de las personas fiduciarias y además, se desvirtuaría la esencia de la institución del fideicomiso.

XV - LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO DENTRO DEL SISTEMA ECONOMICO

No muy pocas han sido las discusiones que por muchos años se han — suscitado acerca de que, si los fideicomisos han tenido una influencia en — nuestra vida económica y social, y si esa influencia ha sido buena o mala.

Como ya lo hemos dicho en varias ocasiones que la principal tarea de la administración fiduciaria, es aquella relacionada con la conservación y manejo de los bienes económicos de los fideicomisos. Desde el punto de — vista individual, lo menos que se puede esperar en el manejo de esos bienes, es la actitud que puede tomar un prudente hombre de negocios, que — trata por los medios a su alcance, realizar las mejores operaciones productivas. Dentro del sistema económico, este determinaría el principio — fundamental para la creación o constitución de los fideicomisos.

La institución del fideicomiso desde el punto de vista general, com— prende una serie de actividades que cuando es constituída para fines socia— les ayuda sobremanera dentro del sistema económico, proporcionando — fondos suficientes para el desarrollo y expansión de las pequeñas y gran— des empresas.

En el mejor de los casos, estas han sido algunas de las razones por — las cuales, se ha logrado, la construcción de grandes plantas destinadas — para las empresas industriales. Las pequeñas empresas de escasos recur— sos fácilmente pueden adquirir los bienes de capital que producen aquéllas que por sí solas, no podrían fabricarse. Por otra parte, las grandes em— presas que se proveen de los fondos del fideicomiso, han llegado a desa— rrollar la producción en serie de artículos a precios relativamente bajos, que el individuo constantemente consume en la satisfacción de sus distin— tas necesidades.

Hay quienes piensan que las instituciones fiduciarias, están constantemente acaparando los fondos del fideicomiso y que la inversión de éstos, dan a dichas instituciones un gran poder de control de las distintas actividades de nuestra vida económica y social.

Consideramos que en teoría todo puede ocurrir, pero en la práctica, hasta hoy, ha sido una cosa muy remota que suceda, a pesar de que los grandes negocios fiduciarios han sido manejados por verdaderas instituciones de prestigio y de larga duración, los fideicomisos constituídos han tenido una vida relativamente corta. Una cosa si puede ser dicha con relación a esto: que los fondos del fideicomiso en poder de las instituciones fiduciarias, puedan dar lugar a que éstas indirectamente, tengan influencia en el control de otras sociedades. En años recientes, ha habido una tendencia hacia la inversión en valores de distintas sociedades, entre los que se encuentran los bonos, acciones, etc.

Aún de acuerdo a la actitud prudente del hombre de negocios, es difícil pensar que no tenga el interés en invertir los fondos en valores de instituciones productivas que le aseguren una renta fija, y así evitarse los problemas que acarrea el cuidado y manejo de los bienes y valores de que dispone.

En general los fideicomisos por intermedio de las instituciones fiduciarias coadyuvan al progreso de nuestra vida económica y social, y no por el camino de los peligros a que está expuesta la economía.

Modernamente, los fideicomisos ya no cubren el campo estrictamente nacional, y no son constituídos únicamente por personas naturales o empresas privadas.

El contrato de Fideicomiso celebrado el 19 de Junio de 1961, entre el

Gobierno de los Estados Unidos de América y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ha venido a dar un nuevo giro a las formas y campos de aplicación del fideicomiso.

En su constitución han intervenido: el Gobierno de los Estados Unidos (FIDEICOMITENTE), el Banco Interamericano de Desarrollo (FIDUCIARIO) y los países latinoamericanos (FIDEICOMISARIOS).

Con la celebración de este contrato, se creó el FONDO FIDUCIARIO DE PROGRESO SOCIAL (26), cuya utilización está delineada conforme al Artículo I, que textualmente dice: EL PROPOSITO DEL FONDO SERA — CONTRIBUIR CON RECURSOS DE CAPITAL Y ASISTENCIA TECNICA — EN TERMINOS Y CONDICIONES FLEXIBLES, QUE INCLUYAN EL PAGO DE LOS PRESTAMOS EN MONEDAS NACIONALES Y LA CONCESION DE NUEVOS PRESTAMOS CON LOS FONDOS PROVENIENTES DE LAS AMORTIZACIONES Y LOS INTERESES, DE ACUERDO CON CRITERIOS SELECTIVOS Y APROPIADOS, SEGUN LOS RECURSOS DISPONIBLES, PARA APOYAR LOS ESFUERZOS DE LOS PAISES LATINOAMERICANOS QUE ESTEN DISPUESTOS A INICIAR O AMPLIAR MEJORAS INSTITUCIONALES EFECTIVAS Y A ADOPTAR MEDIDAS PARA UTILIZAR EFICAZMENTE SUS PROPIOS RECURSOS CON MIRAS A ALCANZAR UN MAYOR PROGRESO SOCIAL Y UN CRECIMIENTO ECONOMICO MAS EQUILIBRADO (27).

Conforme al contrato constitutivo del Fondo Fiduciario de Progreso Social, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), está facultado para

(26) Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Fiduciario de Progreso Social, Tercer Informe Anual 1963.

(27) Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Fiduciario de Progreso Social, Tercer Informe Anual 1963.

adquirir compromisos por un monto hasta de US\$394.000.000 (28), el cual se puede aumentar por común acuerdo de las partes contratantes, incluyendo todas las recuperaciones de las sumas de dinero prestadas, los intereses y comisiones por servicios.

El Fondo Fiduciario de Progreso Social, en su formulación, modifica las teorías tradicionales del Fideicomiso, puesto que para hacer uso de él, es necesario que se elaboren Proyectos o Programas de Inversión, requisito éste que no se exige en los demás fideicomisos, en donde el fiduciario invierte los fondos en sociedades o empresas cuyos campos de acción ya están delimitados.

La asistencia técnica es otro de los principios que también modifica las teorías tradicionales, si bien es cierto, que esa asistencia se da en las otras clases de fideicomisos, no es precisamente como lo hace el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que se preocupa de la preparación de solicitudes de préstamos; estudios de factibilidad de los proyectos de inversión; ejecución de proyectos específicos; estudios y asesoramiento relativos a la movilización de recursos financieros internos y estudios y asesoramientos relacionados con el fortalecimiento de instituciones financieras (29).

Por todo lo expuesto se justifica, que la acción de los fideicomisos, ha sido un factor de primera importancia en el desarrollo económico y social en que vivimos.

(28) Banco Interamericano de Desarrollo. Opus Cit. Pag. 4.

(29) Banco Interamericano de Desarrollo. Opus cit. Pag. 16.

XVI - LEGISLACION SOBRE EL FIDEICOMISO EN EL SALVADOR - COMENTARIOS

Nuestra ley de fideicomisos al permitir la constitución de éstos sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles, presentes o futuros, ya sea a favor de personas naturales que existan o que se espera que existan, en favor de la nación, de instituciones benéficas o culturales y de corporaciones o fundaciones de utilidad pública del país, presenta una serie de aspectos interesantes que bien merecen ser comentados por su importancia que ellos tienen en el desarrollo del negocio fiduciario, los cuales los tratamos así:

1) Del fomento de operaciones fiduciarias

Sin lugar a dudas nuestra ley de fideicomisos en la época en que fué emitida, proporcionó un nuevo medio para la transmisión de los propios haberes, satisfaciendo con ello una necesidades jurídica, pero no económica, puesto que la ley en el fondo no trata del fomento de operaciones fiduciarias.

En El Salvador, hoy en día el fideicomiso como negocio tiene un campo de aplicación bastante limitado y creemos que las causas se encuentran en la misma ley, pues ésta solamente trata de la reglamentación de la constitución de aquél y en nada reglamenta a las operaciones que se derivan de la misma constitución de que antes hablamos, consideramos que a estas alturas la ley debería reformarse con el objeto de introducirle mejoras sustanciales que tiendan a darle más flexibilidad al fideicomiso como negocio, pues en esa forma se facilitaría el desarrollo de una serie de operaciones que ya -

se practican en otros países, las cuales se mencionan en el capítulo XI de este trabajo, y que al mismo tiempo se puedan ofrecer como nuevos servicios que el público por ahora desconoce y que las instituciones fiduciarias no se atreven a practicarlas por no estar debidamente autorizadas.

2) Condiciones y requisitos que deben reunir las personas fiduciarias

Es común que en toda ley sobre fideicomiso se establezcan condiciones y requisitos que deberán de satisfacer las personas que han de desempeñar el cargo de fiduciarias.

Las razones que se pueden argumentar en favor de esta teoría, se basan en el hecho de que para que una persona pueda ser fiduciaria, necesariamente tiene que ser de una gran honorabilidad y de una responsabilidad económica que sea lo suficientemente amplia para responder en cualquier momento, por aquellos actos que pongan en peligro los bienes y derechos de terceras personas que están bajo su administración y control.

En la ley de fideicomisos de El Salvador, no se contempla el caso de la situación económica en que quedaría una persona beneficiaria de un fideicomiso, cuando la persona fiduciaria abusando de su situación de tal, cometiera un fraude en los bienes que le han sido encomendados o que por su inexperiencia en el manejo y conservación de aquéllos, su valor fuera disminuyendo o bien que se dedicara a practicar operaciones altamente especulativas que dieran ori-

gen a pérdidas en perjuicio de los bienes fideicomitidos, como es el caso de la compra venta de títulos valores, los cuales están sujetos a fluctuaciones inesperadas que se operan en el mercado de valores y que no son fáciles de preveer, aún cuando se tenga la experiencia necesaria para embarcarse en esta clase de actividades.

Como decimos, en la formulación de la ley de fideicomisos de El Salvador, no se ha considerado esta situación de la persona fiduciaria, ya que dicha ley simplemente establece que puede ser fiduciaria cualquier persona natural o jurídica con domicilio en el país.

Entendemos que nuestra ley peca de ser demasiado amplia cuando faculta a una persona fiduciaria, sin que para ello se le exija que reúna condiciones y requisitos especiales para aceptar el cargo.

Por consiguiente, creemos que para proteger a las personas fiduciarias y para impulsar el desarrollo del negocio fiduciario, la ley que venimos comentando debería de establecer reglas sobre la actividad y responsabilidad de las personas fiduciarias más o menos así:

a) Con relación a las actividades

- i) Que las personas fiduciarias para poder dedicarse a las actividades de los negocios fiduciarios se necesita que tengan autorización de un organismo estatal, digamos: el Ministerio de Hacienda a través del Banco Central de Reserva.
- ii) Que deberán contar con un capital mínimo, determinado se-

gún las circunstancias de cada caso por el Banco Central de Reserva.

b) Con relación a la responsabilidad

- i) Que para que una institución fiduciaria pueda prestar servicios relacionados con el cobro de rentas, llevar registros contables, ejecutar actos relacionados con la vigilancia de empresas o sociedades, etc., en las cuales no implique la transferencia de bienes o valores a favor de la institución fiduciaria, deberían tener pagado por lo menos el 50% del capital mínimo que le hubiera establecido el Banco Central de Reserva.
- ii) Que cuando se trate de operaciones de mandato, comisión, administración o custodia de bienes y valores, en los cuales no implique la transmisión de la propiedad de éstos, que la institución fiduciaria deberá tener pagado por lo menos el 75% del capital mínimo establecido por el Banco Central de Reserva.
- iii) Que cuando se trate de operaciones en las cuales se transmita la propiedad de los bienes y derechos a favor de la institución fiduciaria, ésta deberá tener pagado el 100% del capital mínimo establecido por el Banco Central de Reserva.

3) Personas que deberían de tener la facultad de ser fiduciarias

Dada la experiencia y prestigio de que gozan las instituciones bancarias y crediticias, cualidades que difícilmente se pueden encontrar en las personas naturales, la mayoría de las leyes sobre el fi

deicomiso, especialmente las latinoamericanas, ya no permiten — que el cargo de fiduciario le sea encomendado a una persona natural.

Por lo tanto creemos que sería importante que nuestra ley se modificara en el sentido de que, el cargo de fiduciario se confiara únicamente a las instituciones bancarias y crediticias del país.

Con estas reformas se protegerían grandemente los intereses de — las personas que intervienen en la constitución de los fideicomisos. Por otra parte, ya no sería necesaria la intervención de los bancos a que se refiere la ley cuando trata de la administración de los bienes y en la inversión de las rentas de los fideicomisos que se encomiendan a personas naturales, pues esa intervención en algunos casos casi no ha sido efectiva por las dificultades que acarrea la vigilancia de bienes en poder de otras personas. Así también puede — considerarse como conveniente que la designación fiduciaria recaye ra en instituciones bancarias y crediticias, por la confianza que el público tiene hacia ellas y la seguridad en que los bienes son bien administrados y a costos relativamente bajos.

4) La inversión de los fondos fideicomitidos

Consideramos que la ley de fideicomisos necesariamente en el futuro tendrá que llegar a establecer alguna reglamentación que trate — sobre la forma en que las instituciones fiduciarias, habrán de invertir los fondos fideicomitidos. Por ahora las personas fiduciarias al

aceptar un fideicomiso, cuyo patrimonio está formado de fondos — enteramente líquidos y cuya inversión no ha sido previamente determinada por el fideicomitente, se puede encontrar con serias dificultades, pues a este respecto nada dice la ley sobre el procedimiento que ha de seguir la persona fiduciaria para invertirlos adecuadamente. Para salvar esta situación creemos que sería conveniente — establecer:

- a) Que se autorice a las personas fiduciarias invertir los fondos en títulos valores, que tengan la suficiente liquidez, como son: las Cédulas Hipotecarias, bonos CEPA, bonos CEL, Certificados de participación del Banco Central de Reserva o cualquier otro título valor de renta fija que en el futuro ofreciera las — mismas ventajas de liquidez de los anteriores.
- b) Que las inversiones de títulos valores que hagan las personas fiduciarias no excedan del plazo para el cual el fideicomiso ha sido constituido.

Con las regulaciones anteriores, el fideicomiso llegaría a tener fines más prácticos, como serían:

- a) El desarrollo de Instituciones que se dediquen con más interés a la explotación del negocio fiduciario, lo cual traería como — consecuencia, el aporte de nuevas técnicas en la organización y control de las operaciones fiduciarias.
- b) Control adecuado de las actividades de las Instituciones fidu—
ciarias.

- c) Canalización de los fondos fiduciarios hacia el mercado de Valores.
- d) Desaparecimiento de las dudas, y desconfianzas acerca de las bondades del fideicomiso.

XVII - CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Difícil resulta hacer recomendaciones, especialmente cuando éstas — pueden repercutir en la organización y funcionamiento de las instituciones con quienes constantemente nos estamos relacionando dentro del campo de lo económico, político, jurídico y social.

El desarrollo económico y social de nuestro país, exige que sus instituciones, estén de acuerdo a las necesidades para las cuales han sido — creadas.

En el desarrollo de este trabajo, hemos querido dar a conocer aunque sea de manera general, la teoría, el campo de aplicación y los beneficios de la institución del fideicomiso.

En nuestro país esta institución casi puede decirse que pasa desapercibida por un gran número de personas a quienes estamos seguros, les interesaría conocer esos beneficios, especialmente cuando se trata de confiar bienes y derechos.

Nuestras leyes sobre el fideicomiso, no han permitido a las instituciones bancarias y crediticias del país desarrollar adecuadamente el negocio fiduciario.

La Ley de Fideicomisos, decretada por la Asamblea Nacional Legislativa el 12 de Noviembre de 1937, autoriza en su Art. 13, ser fiduciario a cualquier persona natural o jurídica con domicilio en el país.

Con base en este artículo y al inciso 2o. del Art. 139 de la Constitución Política vigente, los Bancos e Instituciones de Crédito, llevan a cabo operaciones fiduciarias.

Por consiguiente, creemos que estas instituciones ya deberían haber establecido un Departamento de Fideicomisos.

Los Bancos e Instituciones de Crédito, se dan perfecta cuenta de lo interesante que sería desarrollar adecuadamente el negocio fiduciario; pero hasta hoy, han permanecido casi indiferentes y despreocupados por prestar esta clase de servicio, arguyendo en algunas ocasiones a la falta de leyes apropiadas para la constitución de los fideicomisos.

Por ahora las instituciones bancarias y crediticias no se han interesado por entrenar o capacitar a su personal en los asuntos fiduciarios, debido a los pocos fideicomisos que hasta la fecha se han constituido; pero sería recomendable que para incrementar los negocios fiduciarios, dichas instituciones de acuerdo a sus posibilidades, deberían enviar a sus empleados o funcionarios a aquellos países en donde el negocio fiduciario está altamente desarrollado, para que estudien las técnicas modernas aplicables a dicho negocio.

No obstante todo lo manifestado en párrafos anteriores, creemos que de lo que realmente carecemos es de una Ley sobre la Creación de los Departamentos de Fideicomisos. A este respecto, estimamos oportuno que sería recomendable que las instituciones bancarias por intermedio de la Asociación de Banqueros de El Salvador, procuraran de que se diera una ley de creación de los Departamentos de Fideicomisos, que diga más o menos lo siguiente:

- 1) Que todo Banco establecido en el país, además de realizar las operaciones que se ajusten a las disposiciones generales del Banco Central de Reserva de El Salvador, podrá crear un Departamento de Fideicomisos, independiente de las actividades o negocios corrientes del Banco.

Los Bancos e Instituciones de Crédito, se dan perfecta cuenta de lo interesante que sería desarrollar adecuadamente el negocio fiduciario; — pero hasta hoy, han permanecido casi indiferentes y despreocupados por prestar esta clase de servicio, arguyendo en algunas ocasiones a la falta de leyes apropiadas para la constitución de los fideicomisos.

Por ahora las instituciones bancarias y crediticias no se han interesado por entrenar o capacitar a su personal en los asuntos fiduciarios, debido a los pocos fideicomisos que hasta la fecha se han constituído; pero sería recomendable que para incrementar los negocios fiduciarios, dichas instituciones de acuerdo a sus posibilidades, deberían enviar a sus empelados o funcionarios a aquellos países en donde el negocio fiduciario está altamente desarrollado, para que estudien las técnicas modernas aplicables a dicho negocio.

No obstante todo lo manifestado en párrafos anteriores, creemos que de lo que realmente carecemos es de una Ley sobre la Creación de los Departamentos de Fideicomisos. A este respecto, estimamos oportuno — que sería recomendable que las instituciones bancarias por intermedio de la Asociación de Banqueros de El Salvador, procuraran de que se diera una ley de creación de los Departamentos de Fideicomisos, que diga más o menos lo siguiente:

- 1) Que todo Banco establecido en el país, además de realizar las operaciones que se ajusten a las disposiciones generales del Banco Central de Reserva de El Salvador, podrá crear un Departamento de Fideicomisos, independiente de las actividades o negocios corrientes del Banco.

- 2) Que el Departamento de Fideicomisos, tenga un capital propio no menor de tantos colones, distinto del capital del Banco.
- 3) Que el capital del Departamento de Fideicomisos, no responderá en ningún caso de los negocios que el Banco realice con su propio patrimonio.
- 4) Que el Banco responderá por todas las operaciones que el Departamento de Fideicomisos realice.
- 5) Que el Departamento de Fideicomisos, deberá contabilizar separadamente cada uno de los Fideicomisos que se le confíen, y separados de la contabilidad del Banco.
- 6) Que el Departamento de Fideicomisos, conserve separados los bienes y derechos de cada fideicomiso, y separados de los propios del Banco.
- 7) Que los bienes y derechos de cada fideicomiso, no estarán afectados por otras responsabilidades, sino que únicamente de las responsabilidades que a cada uno le corresponda.
- 8) Que el patrimonio del Departamento de Fideicomisos, estará formado por el capital a que se refiere el numeral dos, más el valor de todos los bienes y derechos fideicomitidos y las reservas correspondientes.
- 9) Que el Departamento de Fideicomisos, además de practicar las operaciones propias de su negocio, podrá realizar las operaciones que se mencionan en el Capítulo XI de este trabajo.
- 10) Que el Departamento de Fideicomisos, suministrará información y rendirá cuentas a los fideicomitentes y fideicomisarios, de las -

operaciones que efectúe de acuerdo a las instrucciones de los contratos de fideicomiso,

- 11) Que el Departamento de Fideicomisos, podrá proporcionar información cuando se la requieran las autoridades judiciales, siempre que sea por parte del fideicomitente o del fideicomisario, así como aquella otra información que ya esté contemplada en el derecho común, teniendo el cuidado de no revelar los fines para los cuales el fideicomiso ha sido creado.
- 12) Que el Departamento de Fideicomisos, deberá guardar imparcialidad en el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a los beneficiarios.
- 13) Que el Departamento de Fideicomisos, estará dirigido y administrado por los mismos funcionarios del Banco, y
- 14) Que las operaciones del Departamento de Fideicomisos, estarán vigiladas por la Superintendencia de Bancos.

Consideramos que los puntos antes descritos no serían únicamente los que comprenderían una Ley de Creación de los Departamentos de Fideicomisos, sino que con ellos se ha querido exponer la idea general de cómo podrían regularse las operaciones de dichos Departamentos.

Para finalizar queremos hacer notar que, la institución del fideicomiso por cumplir fines eminentemente sociales, la función de fiduciario debería ser encomendada únicamente a las instituciones bancarias, que por ahora en nuestro medio, son las que más gozan de seriedad y sólido prestigio.

B I B L I O G R A F I A

- 1) Julián Bojalil. Fideicomiso, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, México. 1963.
- 2) Joaquín Costa, Fideicomisos y Albaceazgos de Confianza, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid 1905.
- 3) Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago. What a Trust Department Does. Chicago 1940.
- 4) Herbert V. Prochnow. American Financial Institutions, Prentice Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J. EE.UU. Tercera Edición 1956.
- 5) Ley Orgánica y Estatutos del Banco de México, S.A. y Otras Disposiciones Legales, Editorial Aduanera de México, S.A. Segunda Edición 1961.
- 6) Ley de Fideicomisos, Decreto No. 197, Asamblea Nacional Legislativa, República de El Salvador, San Salvador, Noviembre de 1937.
- 7) Constitución Política de El Salvador. Publicaciones de la Secretaría de Información de la Presidencia de la República. San Salvador, Edición 1962.
- 8) Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Fiduciario de Progreso Social, Tercer Informe Anual, 1963. Washington, D.C.
- 9) Banco Nacional de México, S.A. Manual Departamento Fiduciario.
- 10) Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana, Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1958. Tomo V.
- 11) Enciclopedia Universal Ilustrada, Europea-Americana, Hijos de J. Espasa, Editores, Barcelona 1924. Tomo XXIII.
- 12) Código Civil. Constitución y Códigos de la República de El Salvador, San Salvador, 1947. Imprenta Nacional.