

346.07  
F475f  
1977  
F. J. y Cs.

Ej. 1

090198

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

**EL FIDECOMISO EN  
MATERIA MERCANTIL**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

**JOSE ERNESTO FIGUEROA ALVAREZ**

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1977



SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA

# UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

## AUTORIDADES CENTRALES

CONSEJO DE ADMINISTRACION  
PROVISIONAL DE LA  
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR FRANCISCO VEGA GOMEZ

SECRETARIO

DOCTOR EDMUNDO JOSE ADALBERTO AYALA MORENO

TRIBUNAL DE EXAMEN GENERAL  
PRIVADO SOBRE MATERIAS  
CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE

Dr. Luis Reyes Santos

1ER. VOCAL

Dr. Ernesto Alfonso Buitrago

2DO. VOCAL

Dr. Emilio Aguilar Chavarría

MATERIAS PROCESALES Y  
LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE

Dr. Mauricio Alfredo Clara

1ER. VOCAL

Dr. Francisco Salvador Tobar

2DO. VOCAL

Dr. Ernesto Arbizú Mata

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION  
Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE

Dr. Oscar Augusto Cañas

1ER. VOCAL

Dr. Luis Nelson Segovia

2DO. VOCAL

Dr. José Gerardo Liévano Chorro

## ASESOR DE TESIS

DOCTOR FRANCISCO JOSE BARRIENTOS

## TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

PRESIDENTE: DOCTOR JORGE EDUARDO TENORIO

PRIMER VOCAL: DOCTOR ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

## DEDICATORIA

### A MIS PADRES

Rubén Ernesto Figueroa y  
Carmen Alvarez de Figueroa

### A MIS HERMANOS

Rubén Antonio y  
Carlos Alberto Figueroa Alvarez

"Mi agradecimiento será  
perenne porque he com-  
prendido de sus ense--  
ñanzas que el mejor --  
trabajo es el que hace  
mos por los demás."

## AGRADECIMIENTO ESPECIAL

- Al Doctor Francisco José Barrientos, ASESOR de esta Tesis, por su ayuda de incalculable valor.
- A todas aquellas personas, profesionales y del sector bancario que estimularon este trabajo y que tan gentilmente colaboraron en su realización.
- A mis amigos, por CREER.

# INDICE

## EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MERCANTIL

CAPITULO	PAGINA
INTRODUCCION	
I ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.....	1
- En el Derecho Romano	
- En el Derecho Anglo-sajón	
II CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.....	17
A. Conceptos	
B. Elementos	
- Personal	
1. Fideicomitente	
2. Fiduciario	
3. Fideicomisario	
- Material	
4. Patrimonio Fideicomitido	
III NATURALEZA JURIDICA - TEORIAS.....	39
1. Mandato Irrevocable	
2. Venta con Pacto Comisorio o con Reserva de Dominio	
3. Estipulación a favor de terceros	
4. Institución Jurídica	
5. Negocio Fiduciario	
6. Operación Bancaria	
- Conclusiones	
IV EL FIDEICOMISO EN LA PRACTICA.....	50
Diversas clases de fideicomisos. Campos de - aplicación.	
- Primera clasificación de los fideicomisos. Atendiendo a la forma en que se originan.	
A. Por Ministerio de Ley	
B. Expresos	
1. Por acto entre vivos	
2. Por testamento	
3. Mixto	
- Segunda clasificación de los fideicomisos. Atendiendo a los fines que persiguen.	
1. Fideicomisos de Inversión	
2. Fideicomisos de Garantía	
3. Fideicomisos de Administración	
4. Fideicomisos de base para la emisión de certifi- cados fiduciarios de participación	

CAPITULO

PAGINA

5.	Fideicomiso de Seguro de Vida	
6.	Fideicomisos de voto	
7.	Otros Fideicomisos	
-	Tercera Clasificación de los fideicomisos. Atendiendo a concepciones civilistas.	
1.	Según los bienes que abarcan	
-	Universal	
-	Particular	
2.	Según esten sujetos o no a condición	
-	Puro y Simple	
-	Condicional	
3.	Según el plazo para el que se crean	
-	Temporal	
-	Por tiempo indeterminado	
-	Vitalicio	
V	FUNDAMENTO LEGAL EN EL SALVADOR.....	79
1.	Aspecto Constitucional	
-	Análisis Histórico Constitucional	
-	Análisis Disposición Constitucional vigente	
2.	Leyes Secundarias	
-	Antecedentes Legislativos. Ley de fideicomisos de 1937.	
-	El fideicomiso en el Código de Comercio Vigente	
-	El fideicomiso en el Derecho Fiscal.	
VI	CONCLUSIONES.....	130
	ANEXO.....	137
	BIBLIOGRAFIA.....	140



## INTRODUCCION

La inquietud natural por conocer algo realmente nuevo en nuestro sistema jurídico fue probablemente el factor que definitivamente incidió en mi decisión de escribir el punto de Tesis sobre lo que desde hacía algún tiempo venía progresivamente llamando mi atención: los fideicomisos como materia del Derecho Mercantil.

La creciente utilización del fideicomiso en El Salvador como el -- instrumento adecuado en la canalización de fuertes capitales para la -- beneficencia social no ha sido más que la imagen pública de una institución con innumerables aplicaciones prácticas tanto en la esfera fami--- liar como en la gubernamental y en la del mundo de los negocios. El célebre autor francés Lepaulle dice que si se pregunta para qué sirve, ca si se puede responder que para todo. Afirma que para la vida inglesa -- es más indispensable que el té y más que el base-ball para la americana. Si se quiere proteger a un pródigo contra su generosidad, constituír una dote inalienable, organizar un cartel, donar el equivalente de un usu-- fructo, hacer una sustitución testamentaria, reemplazar las reglas a ve ces rígidas de la quiebra por un sistema más flexible, formar una sociedad sin sujetarla a las leyes que regulan la materia, proteger a los te nedores de obligaciones y garantizarlos con una hipoteca desde el día -- de la administración de bienes, la respuesta es el fideicomiso 1/. En realidad el conocimiento de esta peculiaridad no vino más que a sellar felizmente la idea de escribir sobre tema tan apasionante que confiamos

1/ Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Edito rial Porrúa, S.A. 1 Edición, México 1975.

se encuentre bien abordado.

Debemos sí prevenir, que al exponer razonamientos personales a lo largo de este trabajo, hemos tenido como intención primordial no el -- asentar juicios inequívocos, sino el de intentar un pequeño aporte, -- así sea éste el de abrir una brecha, un camino.

Dése asimismo, por aceptado que no es ni puede ser pretensión de esta Tesis el agotar un tema, sino más bien el realizar un enfoque, el establecer un punto de partida en la seguridad de que la única forma - en que puede concluirse algo es...iniciándolo.

### EXPLICACIONES PREVIAS

1. Fideicomiso, palabra latina proveniente de la raíz "Fideicommi---ssum", de "fides", fé, confianza, y "Committere", comisión, encargo, - es la acepción utilizada en los países latinoamericanos para designar la institución que en los países anglosajones se conoce como TRUST.
2. Trust, palabra inglesa que significa confianza, fé, es una acepción utilizada originariamente en su sentido jurídico para denominar - la institución objeto de este trabajo. Desafortunadamente ha sido empleada últimamente en un sentido económico por grandes empresas con ca racteres de monopolios. Es del caso aclarar que la acepción que utili zaremos es la jurídica y no la económica.

# CAPITULO I

## ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA

1. Poco después del Génesis del hombre, en la medida de su evolución y crecimiento, se fue desarrollando en él de una manera indefectible, a la par de una capacidad de conocimiento un sentimiento social, el -- cual siendo en principio estrictamente egoísta tendió progresivamente a la cooperación desinteresada. Y es paradójicamente cierto que ese - primitivo sentimiento egoísta, aún enquistado íntimamente en el hombre, es el que en numerosas ocasiones ha provocado el surgimiento concatenado de así como graves fricciones y conflictos, el de grandes avances y empresas.

Y es que, en los conflictos no todo es negativo, bajo su sombra - peligrosa siempre se han cobijado resultados positivos. Los conflic-- tos varían en su aspecto y en su intensidad; los hay de caracter personal, familiar, económico y en fin de intereses diversos; ellos a menu-- do han evitado el estancamiento de las sociedades y de las personas, - hacen posible numerosos cambios, surgen nuevas ideas e inventos y has-- ta contribuyen a disipar las tensiones.

Así, dentro de esa historia del mundo, de conflictos y tensiones, tuvo su primitivo origen el sentimiento jurídico, fruto legítimo de -- las fricciones egoístas entre los primeros grupos sociales; así tam-- bién poco, después se sobrevino el surgimiento del rudimentario Dere-- cho Penal, luego del Derecho Civil y así sucesivamente, en la medida - de las necesidades, de las demás ramas del Derecho.

Ya modernamente, pero resultado de una larga evolución histórica, conocemos una serie de institutos del Derecho con un verdadero y prometedor futuro, irónicamente también originados en situaciones de auténtico carácter conflictivo, destacándose dentro de ellas, con caracteres relevantes, la institución del fideicomiso, producto fiel de serios conflictos de intereses.

De ello se tratará en este punto, conoceremos del fideicomiso, su origen y su evolución en el tiempo, todo lo cual curiosamente se desarrolla a través de los conflictos de intereses que también provocaron su nacimiento. Puede afirmarse con propiedad que la historia del fideicomiso es la historia de un conflicto, de un enfrentamiento, de una lucha.

2. En el fideicomiso, existe históricamente una absoluta diversidad de criterios sobre dónde debe ubicarse el verdadero origen de lo que es modernamente esa institución en el campo del negocio jurídico. Así, muchos autores opinan que el fideicomiso nació en Roma y que de allí se esparció e influyó al resto del Derecho occidental, inclusive afirman constituye la base etimológica de la palabra que en América Latina se utiliza, puesto que, fideicomiso proviene del latín "Fideicommissum" que al descomponerla significa: "fides", fé, confianza y "commissum", encargo, comisión. Por su parte, otros autores opinan que el nacimiento jurídico de la moderna institución debe buscarse en el "TRUST" inglés ya que ha sido éste el que verdaderamente se desarrolló en el Derecho y el cual precisó sus caracteres propios de Institución independiente, pudiéndose actualmente notar que en el fideicomiso latinoamericano se encuentra marcado el espíritu del Trust y no del fideicommissum.

Para otros autores, los menos, el origen debe buscarse en el "Salman" o "Treuhand" germánico.<sup>1/</sup> E inclusive existe una última corriente que pretende encontrar la fuente del fideicomiso en el mandato inglés.<sup>2/</sup>

A continuación, analizaremos el origen romano.

3. Cronológicamente, el fideicomiso latinoamericano encuentra su antecedente más lejano en la legislación romana del pueblo-rey, época en la cual se encontraba en boga un régimen muy rigorista de incapacidades para suceder, lo que, aunado al apareamiento de leyes excesivamente formalistas y severas provocó en el hombre, al igual que un resorte oprimido al librarse, la necesidad imprescindible de superar esos obstáculos.

De allí que se ideara una fórmula en virtud de la cual: un testador que deseaba favorecer con su herencia a una persona que carecía de la capacidad para ser heredero "testamenti factio passiva" (tales como los peregrinos, libertos y las mujeres en determinados casos), sencillamente rogaba o encargaba a alguna persona que sí gozaba de la capacidad para suceder y que lógicamente era de su entera confianza, que recibiera los bienes hereditarios, con la obligación, de conciencia, de hacerlos llegar al incapaz. Un caso típico de esa época nos lo relata Cicerón: "Cayo Plotio, por ejemplo, opulento ciudadano de Nursia, de la -- clase de los équites, instituyó heredero a su amigo Sexto Peducio, encargándole reservadamente que, una vez en posesión de la herencia, la transfiriese a su viuda, que estaba incapacitada por la Ley Voconia para recibirla. El encargo no constaba por escrito en ninguna parte; nadie, fuera del fiduciario, tenía noticia de él; pero Sexto Peducio, uno

<sup>1/</sup> Por ejemplo Holmes cit. por Rodolfo Batiza, Conferencia el Trust -- Angloamericano y el Fideicomiso Latinoamericano. Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho comparado Nos. 3 y 4 Tegucigalpa. - Honduras, 1964, p.77.

<sup>2/</sup> Por ejemplo Maitland cit. por Rodolfo Batiza, ob. cit. p. 77.

de los hombres más probos del mundo, no bien el testador hubo fallecido, dió a saber a la viuda, ignorante de todo, la voluntad del difunto y le hizo entrega de todos los bienes." 1/

De allí que un autor comentara del fideicommissum, que: éste surgió como un encargo dado a una persona para que transmitiera parte o la totalidad de los bienes que integraban la sucesión de quien hacía el encargo, a favor de un tercero (Fideicomissarius), cuyo cumplimiento dependía únicamente de la buena voluntad de la persona que recibía la sucesión gravada por el Fideicomiso (Fiduciarius). 2/

La fórmula ideada rindió excelentes resultados, habiéndose desarrollado con gran esplendor el fideicomiso conocido en el Derecho Romano - como "mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario, el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero. En esta forma se resolvía un serio problema de carácter sucesoral para los romanos, los cuales por la costumbre con que lo repetían no comprendían el basamento frágil que lo sustentaba. Un surgimiento fraudulento había marcado el inicio del fideicommissum, el mismo que señalaba su destino y que paradójicamente se oponía a su fundamento, el cual por estar exclusivamente constituido por la "buena fé del amigo," era de carácter estrictamente moral. Esta situación que reflejaba una absoluta ausencia de juricidad dejaba completamente desprovisto de tutela al fideicomitente y al fideicomisario.

No obstante, el hecho de que la falta de protección jurídica constituía una desventaja muy grande, la práctica del fideicommissum fue ca

1/ Citado por Joaquín Costa. Fideicomisos y Albaceazgos de Confianza. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1905. p. 8.

2/ Octavio A. Hernández, citado por Mario Bauche Garciadiego. Operaciones Bancarias. Editorial Porrúa S.A., 2º Edición México, 1974, p. 323.

da vez mayor, pero asimismo, con el correr de los años, el riesgo del fideicomisario fue también en aumento; tal parece que después de las guerras púnicas la mentalidad de los romanos se transformó radicalmente, convirtiéndose el dinero y los bienes en los valores de mayor respeto, más aún que el prestigio y la buena reputación, lo cual a la larga significó que los fideicomisos fueran quedando a menudo sin cumplimiento.

Estas dos circunstancias anteriormente anotadas que significaban un conflicto entre el gran número de fideicomisos por una parte, y la ausencia absoluta de protección jurídica por la otra, obligaban a una solución a un efecto ya conocido: la necesidad de la tutela del Derecho.

Circunstancialmente, en ese lapso al entonces Emperador Augusto le es confiado un fideicomiso, el cual le hace prestar su atención, primeramente, en esa costumbre tan enraizada en el sentir del pueblo romano "que confiaba a su mejor amigo el fiel cumplimiento de su última voluntad." Y luego en los grandes perjuicios que el abuso de los fiduciarios estaba provocando en todos los niveles, incluyéndose dentro de los afectados a personajes muy influyentes allegados a la Corona. Es así entonces como se desemboca uno de los acontecimientos jurídicos de mayor trascendencia en esta institución, ello fue: la transformación del fundamento moral del Fideicomiso, por una cimentación jurídica que la convirtió en una figura tutelada plenamente por el Derecho.

Procesalmente la adquisición de legalidad del fideicomiso se determinó a través de la intervención de los Cónsules, los cuales con su autoridad supervisaron el cumplimiento fiel de los Fideicomisos. Con posterioridad, el Fideicomiso fue dotado de coercibilidad, se creó el cargo de Pretor Fideicomisario, competente para conocer de los conflictos suscitados

por los incumplimientos de los fiduciarios, y se concedió además a los beneficiarios una acción persecutoria respecto de los bienes que habían sido objeto del fideicomiso. Es así como el fideicomiso adquirió plenamente carta de legalidad en el Derecho Romano.

Todo lo anterior señala el principio de una nueva etapa en la historia del fideicomiso permitiéndonos a la vez observar la paradoja en que comenzó a funcionar, ya que por una parte, las disposiciones rigoristas del Código Civil Romano prohibían radicalmente la transmisión de bienes por causa de muerte para determinadas personas consideradas incapaces, y por otra parte, mediante el uso de aquella primitiva fórmula producto auténtico del ingenio y del fraude pero ya legalizada, se permitía y tutelaba dicha transmisión.

Transcurrió mucho tiempo para que el legislador romano notara la enorme contradicción en que se funcionaba y fue así como por fin en tiempos de Adriano se llegó a declarar la nulidad de los fideicomisos dejados en favor de determinados incapaces como los "peregrini" y las "personas inciertas." Sin embargo, y es aquí donde la historia del fideicomiso se vuelve singular y apasionante, y ante el nuevo obstáculo interpuesto la imaginación del hombre vuelve a funcionar encargándose de salvarlo; así surgió, a la par del fideicomiso público un nuevo fideicomiso, el secreto o "tácitum fideicomissum" en el cual sencillamente se repetía la fórmula original que confiaba exclusivamente los bienes a la buena fé del "fiduciario." Se utilizaron nuevas frases que pretendían disimular los fideicomisos: "ruego a mis herederos que hagan lo que les encargué," o también "os ruego que cumpláis lo que os encargué y por Dios que no dejéis de hacerlo." <sup>1/</sup>

<sup>1/</sup> Ejemplos citados por Joaquín Costa, Obra citada p. 17.



No todo sin embargo siguió igual, lo que sí cambió notablemente fue la conducta que adoptó el legislador ya que en esta segunda ocasión, más consciente de sus funciones acometió una dura lucha contra ese fraude completo constituido por el fideicomiso secreto; se decretaron leyes que establecían rígidas sanciones tanto contra el fiduciario como contra el fideicomisario, y en base a ello se confiscaron bienes a los "implicados," los cuales se traspasaban a favor del fisco. A partir de este momento se implantó una larga batalla entre la ley y el fraude la cual perduró hasta la Edad Media (probablemente dejándonos huellas frescas hasta nuestro presente).

Sintetizando su trayectoria, después de un período de desarrollo y auge como institución del Derecho de Sucesiones, el fideicomiso fue sufriendo progresivamente toda clase de restricciones hasta que desapareció en la Edad Media como figura pura y simple; únicamente subsistió como una modalidad el fideicomiso gradual, que es aquél que se utilizó "para poner un freno a las locas prodigalidades de los hijos y salvarlos de la miseria defendiéndolos de sí propios; para evitar la disolución de las grandes familias y perpetuarlas en el tiempo, dándoles por asiento un patrimonio inalienable." 2/

Este tipo de fideicomiso, llamado también SUCESIVO permitió al testador establecer de una manera prolongada o perpetua un determinado orden en la sucesión conservándose los bienes en la familia. La sustitución fideicomisaria se permitió por una generación en la época clásica y hasta por cuatro generaciones en tiempos de Justiniano. En la Edad -

1/ Joaquín Costa, obra citada, p. 23.

Media que fue cuando logró su máximo desarrollo, se permitió sin limitación de generación, siendo su manifestación más conocida el MAYORAZGO, - que era cuando se estaba sujeto al principio de primogenitura. Se puede enunciar una fórmula representativa de lo que era el Mayorazgo: "Mi primogénito tiene derecho a sucederme, siempre que a su vez herede a su primogénito con la misma condición." El propietario pues, hacía disposi---ción de sus bienes para después de su muerte, de la muerte de su heredero, de los descendientes de éste y así indefinidamente hasta siempre. Esto es lo que hoy propiamente conocemos como VINCULACIONES y las cuales - fueron tan combatidas a partir de la Revolución Francesa por la razón de haber provocado tanta desigualdad con el señalamiento absurdo pero riguroso de un orden en la sucesión de los bienes.

4. Aparte del Fideicomisum y en el mismo período histórico, también - puede señalarse otra institución que existió en Roma con alguna afinidad y la cual se denominó "FIDUCIA." Esta figura se presentó generalmente - como la fórmula ideal para servir de garantía real a los acreedores. Debe anotarse previamente y para mayor mérito, que la FIDUCIA como tal surgió con anterioridad a las garantías hoy conocidas como la Prenda y la - Hipoteca. Operaba a través de dos actos: 1) La transmisión de la propiedad al acreedor, la cual se efectuaba por medio de la Mancipatio o de la In iure cessio (dos modos de adquirir en Roma) y 2) Un pacto denominado PACTUM FIDUCIAE que era una cláusula en virtud de la cual el acreedor se comprometía a restituir la cosa transmitida después de haberla -- utilizado para un fin determinado. En este caso la Fiducia recibía la - denominación de FIDUCIA CUM CREDITORE, es decir, garantía de crédito. - Ocasionalmente se utilizó también para otros fines tales como realizar - un depósito o un comodato pero entonces se le distinguió con el nombre -

de FIDUCIA CUM AMICO.

Es muy del caso hacer notar a estas alturas lo depurado de las instituciones romanas y en ese sentido no debemos confundir en ningún momento el FIDEICOMMISSUM y la FIDUCIA pues ambas son completamente distintas, en especial en cuanto a las circunstancias en que se utilizaban puesto que el primero únicamente se aplicó en la sucesión por causa de muerte, y la segunda exclusivamente en los actos entre vivos.

Resulta interesante observar que en el período del Emperador Justiniano la Fiducia desapareció, pero actualmente, en el Derecho moderno, el acto fiduciario ha resurgido con nuevos y promisorios bríos aunque con diferentes caracteres.

5. Sintéticamente podemos concluir en que no solo se debe aceptar si no también admirar el origen y desarrollo que en el Derecho Romano tuvieron el Fideicommissum y la Fiducia; que si bien es cierto que por cuestiones de la constante evolución del mundo y del Derecho ambas instituciones desaparecieron completamente, hoy, aunque con caracteres completamente distintos, tanto en el Fideicomiso latinoamericano como en el acto fiduciario moderno se puede notar no solo la raíz etimológica, sino en forma indeleble pero definitiva la ascendencia filosófica-histórica que los sostiene.

6. No puede determinarse con la suficiente precisión el origen del TRUST en Inglaterra, sin embargo desde un punto de vista científico se encuentran indicios de su existencia en el Siglo XI en virtud de la aparición de los "uses" o usos.

Puede si asegurarse con absoluta certeza, que la institución del TRUST no surgió repentinamente, sino por el contrario tiene, tras de si,

una larga historia que consolida su actual desarrollo, fijándose en muchos siglos su evolución desde que nació como 'use' hasta lo que es modernamente este instituto.

#### El 'USE' como antecesor del TRUST

Como se anotó en líneas precedentes, el TRUST tiene como antecedente en Inglaterra a los 'uses' o usos, palabra inglesa con la cual se designaron las obligaciones morales cuyo cumplimiento estaba sujeto exclusivamente a la buena fe del prestatario. El origen etimológico del término 'use' se encuentra en la frase latina 'ad opus' que significa "en su representación."

El ambiente convulsionado y conflictivo, propio del siglo XI, marcó el inicio de los 'uses' en Inglaterra. La autoridad real seriamente debilitada por el poderío inmenso de los señores feudales y de las congregaciones religiosas es el panorama general de la época. Aún más, -- las serias evasiones de los tributos constituyeron también la tónica -- del período comenzándose así, en forma primitiva, a utilizar una fórmula adecuada que permitía el logro de ese objetivo en lo relativo a los gravámenes sobre las propiedades, forma que posteriormente se conocería como "régimen de los usos."

Esa solución que es sencilla fue siendo utilizada crecientemente para otros fines también fraudulentos. El poder del rey anteriormente debilitado se fue paulatinamente fortaleciéndose y así finalmente contrapuso al enorme poderío económico inmobiliario de las congregaciones religiosas un "Statute of mortmain" o "Ley de las Manos Muertas" que imposibilitaba a los religiosos la propiedad de la tierra, y al abuso, -- tan característico en los señores feudales, oponía como una sanción la confiscación de los bienes.

La fórmula tan simple amplió su campo de acción y progresivamente fue rindiendo resultados; los religiosos aprovechándose de la influencia del confesionario la utilizaron para suplicar a sus feligreses que las donaciones que les pensarán hacer a ellos mejor las hicieran a determinadas personas, por supuesto, amigos de confianza de las congregaciones -- quienes harían uso de los bienes transmitidos en provecho de las congregaciones mismas. Los nobles por su lado también efectuaron los respectivos traspasos de sus bienes a terceras personas quienes asimismo los usarían en su propio beneficio.

La regla pues, operaba de la siguiente manera: el "settlor", propietario del bien, lo transmitía a un tercero "feoffe to use", quien se encargaría de administrarlo en favor del beneficiario o "cestui que use". El "feoffe to use" se convertía automáticamente en propietario de la cosa y únicamente quedaba sujeto a las demás personas con el vínculo exclusivo de la confianza o buena fé en ella depositada. Esta relación fue la que se conoció como "use" o uso y en ella se encuentra el legítimo antecedente del TRUST.

En relación al aspecto judicial, los tribunales observaron respecto de los USES una conducta indiferente, a la expectativa; la razón era de que a pesar de que los USES constituían el medio idóneo para burlar la ley, sencillamente no estaban prohibidos. A ello indudablemente se debió que la práctica de los USES lejos de disminuir se incrementó notablemente bajo la mirada obligadamente complaciente de los Tribunales de Justicia.

Esta situación se prolongó durante largo tiempo hasta que por fin -- en el año de 1376 el Parlamento tomó la iniciativa procediendo a prohibir las transmisiones en fraude de acreedores. Un año después en 1377 --

amplió el campo de prohibiciones sancionando con nulidad los actos en -- virtud de los cuales el transmisor de la propiedad transfería los bienes a LORDS o a terceras personas para su propio uso; y finalmente en 1391 - extendió la aplicación de la Ley de las Manos Muertas para el caso de - las transferencias de bienes efectuadas por las congregaciones religio-- sas para su uso.

La seria intención del legislador inglés de impedir la constitución de USES no fue verdaderamente respetada, continuándose el desarrollo de éstos pero en forma secreta; y así se siguieron utilizando para una di-- versidad de fines, como por ejemplo en la transmisión testamentaria de - bienes inmuebles para los incapaces de adquirir por herencia o bien por los poseedores de tierras feudales para nulificar los privilegios de los señores. Una cosa sin embargo sí resultó evidente con el transcurrir de los años, y ello fue la indefensión clara en que se encontraba el benefi-- ciario del "use". El vínculo moral que unía al "feoffe to use" con el - "cestui que use" era verdaderamente frágil y desde los principios del Si-- glo XV comenzaron a aparecer públicamente, numerosos casos de incumplim-- tos de "uses". Una vez más la historia se repetía, quedando nueva-- mente demostrada la permanente debilidad humana por la riqueza.

#### Situación Legal Imperante en Inglaterra

Antes del Siglo XI la aplicación de la justicia correspondía a la asamblea de los hombres libres denominada COUNTRY COURT, la cual decidía conforme la costumbre local cuál de las partes debería establecer lo --- bien fundado de sus alegatos.

Fue hasta en el reinado de Enrique II, en el Siglo XII, que se elab-- oró la "comune Lay" o "Common Law," la cual en oposición a las costum-- bres locales se constituyó en el derecho común a toda Inglaterra. La ---

elaboración de la "comune lay" fue producto de los tribunales reales de justicia, los cuales teniendo en principio una jurisdicción bastante limitada fueron paulatinamente acrecentando su autoridad hasta constituirse a finales de la Edad Media en los únicos tribunales que verdaderamente administraban justicia.

Los tribunales del rey lograron centralizar pues, gran parte de la administración de justicia, lo cual no significaba para los particulares un derecho de someter los litigios ante esa jurisdicción ni tampoco una función obligatoria para el Estado, sino que se conservaba como un privilegio especial cuya concesión necesariamente debía pedirse a la autoridad del Rey.

Así, quien necesitaba justicia debía implorar al rey que le otorgara los medios para obtenerla, trámite éste en el que únicamente intervenía como intermediario un alto funcionario de la Corona llamado LORD -- CANCELLER.

El Canciller, quien llegó a ser el segundo funcionario en importancia de la Corona, tanto por la razón de que generalmente se trataba de un eclesiástico con profundos conocimientos del Derecho Canónico y Romano con los méritos suficientes para constituirse en el confidente y consejero del rey, como por la circunstancia anteriormente descrita que le permitía dilucidar en forma exclusiva y previa al monarca la totalidad de las controversias existentes, comenzó a recibir desde finales del Siglo XIV una serie de reclamaciones contra los "feoffes to use" incumplidos, exigencias las cuales por no encontrarse reguladas por el ordenamiento jurídico inglés escapaban de la jurisdicción del Common Law. Esta situación que fue repitiéndose cada día más a menudo planteó jurídicamente, a nivel de cancillería, la desprotección que los "uses" presen-

taban provocando como efecto, en el ánimo justiciero del canciller, el más sincero deseo de sancionar los abusos que en nombre de la buena fé se cometían; pero fue hasta mediados del Siglo XV que ese deseo de hacer justicia se concretó efectivamente a través de sentencias encaminadas a obligar a los "feoffe" inmorales a la observancia de sus responsabilidades.

Como la utilización de los USES se siguió incrementando, las peticiones al Canciller clamando no por la protección del Common Law sino -- por el amparo de los imperativos de conciencia también se incremento convirtiéndose ésto en algo tan usual que a su vez provocó el surgimiento de una nueva rama del Derecho inglés hoy conocida como la EQUITY o equidad. Su fundamento radicaba en la imposibilidad material de acudir a -- los tribunales reales en demanda de justicia, y significaba sencillamente, acudir a la equidad del Canciller, el cual presidido por la idea de conciencia dictaminaba las conductas que vulneraban los principios morales. Ratificando la idea, EQUITY no es Derecho sino la exigencia de la conciencia perturbada por las omisiones o indiferencias del COMMON LAW. La consecuencia de la EQUITY era que una vez establecida la inmoralidad de determinada conducta, el Canciller prescribía la sanción.

La forma de actuación del Canciller era a través de órdenes o mandamientos en que se establecía el comportamiento que debía observar el infractor de los principios morales. En última instancia en caso de incumplimiento a lo prescrito el Canciller imponía al demandado la pena de prisión.

Fue a esta jurisdicción a la que estuvieron sometidos los "uses" - durante largo tiempo, siendo hasta el año de 1535 que finalmente apareció en Inglaterra en toda su magnitud la primera regulación legal.



LEY DE USOS. Año 1535

No obstante el gran desarrollo de los "uses", con el transcurrir de los años una sólida oposición se fue suscitando a cierto nivel en contra de ellos. El despojo a los herederos de sus legítimos derechos, la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros, las cesiones en fraude de terceros y otras innumerables situaciones de verdadero origen ilícito comenzaron a causar serias preocupaciones no sólo a los gobernantes sino también a los señores feudales y, en fin, a todas las personas que progresivamente fueron resultando perjudicadas. A ello fundamentalmente se debió que en 1535 el Rey Enrique VIII decidiera promulgar la -- primera Ley de Usos, la cual lógicamente se proponía solucionar los problemas que cotidianamente se suscitaban. La referida ley vino a resultar muy interesante ya que a pesar de que en el preámbulo se hacía referencia a los serios problemas que los USES provocaban, éstos no fueron prohibidos sino por el contrario prácticamente se legalizaron. La medida que tomó el legislador fue determinar con toda claridad a quién correspondía la propiedad de los bienes dados en USO, estableciendo que el CESTUI QUE USE o beneficiario sería el único y verdadero propietario, -- responsable por consiguiente de todas las consecuencias legales. Lo que se hizo pues, fue adjudicar al cestui que use el título legal del bien puesto en uso.

La disposición aparentemente fue buena, pues en principio cumplió su objetivo de evitar el continuo apareamiento de los usos de tierras, sin embargo, con el transcurrir de los años nuevamente quedaría en evidencia la utopía que encerraba.

Los tiempos difíciles que en el Siglo XVII se sobrevinieron y los vacíos legales que la ley de Usos evidenciaba provocaron nuevamente un -

impulso al desarrollo de los Usos, ante lo cual paulatinamente, el Canciller se vió forzado a darles efectos jurídicos, recibiendo entonces la - denominación de TRUSTS.

Una situación sin embargo vino a marcar definitivamente el rumbo de los TRUSTS y ello fue el impulso que Lord Nottingham les dió durante los años 1573-1682 al sistematizar el derecho de los TRUSTS y dificultar la evasión de las normas legales. De aquí en adelante el progreso que manifestaron los TRUSTS fue siempre ascendente hasta que lograron su pleno - desarrollo en el Siglo XIX. De esa época hasta el presente la labor ha sido de perfeccionamiento y de ampliación provocándose un auge tan extraordinario que ha superado la esfera familiar para ingresar con ímpetu -- inusitado al mundo de los negocios.

## C A P I T U L O   I I

### CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

#### A. CONCEPTO

1. El dar un concepto de una cosa ya sea material o inmaterial, no deja de resultar algo así como el punto más trascendental y a la vez concreto de cualquier trabajo de investigación que se trate.

El proponer una definición significa exponer con claridad absoluta y gran exactitud los caracteres genéricos y diferenciales del objeto definido. Es pues, una labor harto difícil , más aún cuando nos encontramos frente a cosas inmateriales en las cuales precisar características no es sólo expresarlas detalladamente si no también, y ante todo, comprenderlas en su máxima extensión.

Esta dificultad que se plantea al conceptuar resulta aún mayor al intentar definir el fideicomiso ya que a pesar de los numerosos intentos que han realizado los autores, hasta el momento no existe unanimidad con respecto a ello. Scott <sup>1/</sup> tratando de soslayar ese problema adopta una postura escéptica y dice que a lo más que uno puede aspirar es a descubrir las características distintivas del concepto legal de manera que los demás puedan formarse una idea general de lo que se quiere decir.

Dentro de ese afán veremos algunas definiciones ilustrativas.

2. Uno de los primeros conceptos que se conocen considera al fideicomiso como una "disposición testamentaria por la cual el testador deja su

---

<sup>1/</sup> Citado por Rodolfo Batiza. El Fideicomiso Teoría y Práctica. 2a. Edición. México D.F. 1973, p. 44.

hacienda o parte de ella encomendada a la fé de uno, para que en caso y tiempo determinados, la transmita a otros sujetos o la invierta del modo que se le señale" 1/. Es indudable que este concepto fué bueno durante algún tiempo para representarnos las características de la institución mencionada, y afirmamos lo anterior puesto que no obstante aparecer aún en una obra relativamente actualizada, es obvio que esa definición únicamente logra dar una imagen de una de las clases de fideicomiso como es el testamentario, es decir el que se conoció en toda su amplitud en Roma.

Para el autor Jorge A. Domínguez 2/ es muy aceptable el concepto que aparece en la ley de Louisiana y que dice: "un trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo." Esta definición es sin embargo, también criticada por el hecho de que no es lo suficientemente amplia puesto que es excluyente con respecto a cierta clase de trusts, como por ejemplo los de beneficiencia.

Lo cierto es que así como las anteriores todas las innumerables definiciones existentes sufren el vicio congénito de la imperfección, por lo que resultaría largo e inoficioso el seguir dando conceptos que en verdad no logran abarcar el amplio campo de aplicación del fideicomiso. Es tan aceptada como tal la versatilidad del fideicomiso que resulta prácticamente imposible el inmortalizar una concepción plena y representativa de todo lo que es esa institución en el actual mundo del De-

1/ Diccionario Enciclopédico UTEHA, Tomo V - Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México 1951.

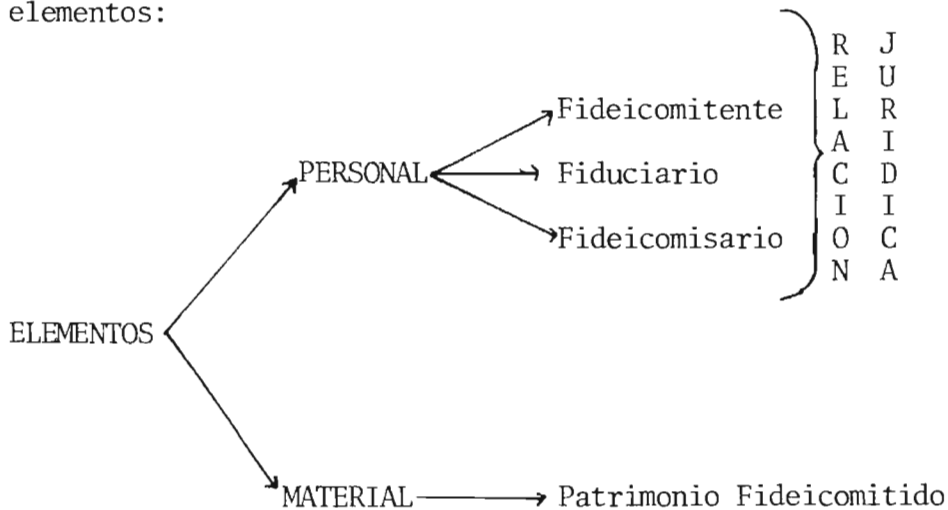
2/ Jorge A. Domínguez, ob. citada, p. 140.

recho. Hemos, no obstante considerado de especial importancia tanto -- por su sencillez como por su significación los conceptos que dan, prime ramente la ley Venezolana, que considera al fideicomiso como "una rela- ción jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a - utilizarlos en favor de aquel o de un tercero llamado beneficiario"; y por otra parte Powell 1/ quien dice: "La idea del trust es esencialmen- te simple, y conforme a ella una persona posee en calidad de dueño y ad ministra bienes determinados para el beneficio económico de otras."

Haciendo eco de la idea básica de Scott, y para llegar a la concep- ción de que el fideicomiso es esencialmente simple dentro de su compli- cidad, es del caso analizar los elementos que integran esa institución.

## B. ELEMENTOS

Esencialmente puede distinguirse en el fideicomiso los siguientes elementos:



A continuación procederemos a analizar individualmente cada elemen- to.

1/ Rodolfo Batiza. ob. citada, pág. 44.

## 1. FIDEICOMITENTE

Es la primer persona que interviene en el fideicomiso y es precisamente en virtud de su declaración de voluntad que éste se constituye. - Se puede decir de él, que es el creador del fideicomiso, es la persona que destina los bienes de su propiedad a un determinado fin.

Según Alfaro, el fideicomitente es la fuente del fideicomiso 1/, y para el autor Luis Muñoz, "en virtud de la declaración de voluntad del fideicomitente, y mediante la aceptación del fiduciario se constituye un patrimonio separado en propiedad fiduciaria con una determinada finalidad en beneficio de un fideicomisario" 2/.

Debe aclararse, tomando como base lo anteriormente dicho, que si bien es cierto la declaración del fideicomitente dá lugar al nacimiento del fideicomiso, éste se integra plenamente hasta que concurre con su aceptación el fiduciario. No basta entonces, la sola manifestación del fideicomitente de constituir un fideicomiso sino que éste se perfecciona hasta que haya aceptación por parte del fiduciario.

Puede observarse por otro lado que únicamente en el caso del fideicomitente pueden confundirse dos elementos personales en uno solo, ya que de conformidad con la ley está facultado para constituir fideicomisos en beneficio propio, caso en el cual se conjugaría en su personalidad la categoría de beneficiario.

Puede plantearse la interrogante de que quiénes pueden ser fideicomitentes?. Al respecto la respuesta es bastante amplia ya que pueden serlo todas aquellas personas que tienen capacidad para enajenar, ya --

1/ Citado por Rodolfo Batiza. El Fideicomiso, Tesorería y Práctica. Ed. Libros de México, S.A. México 12 D.F. 2a. Edición 1973, p. 139.

2/ Luis Muñoz. El Fideicomiso mexicano. Cárdenas, Editor y Distribuidor 1era. Edición 1973, México, p. 195.

sean naturales o jurídicas. Así pues, pueden ser fideicomitentes los particulares, el Estado, los Municipios y en términos generales todos los que pueden efectuar transferencias de bienes. Asimismo, fideicomitente puede serlo una sola persona o varias al mismo tiempo, tal podría ser el caso que dos o más propietarios de bienes distintos deciden constituir un solo fideicomiso.

Con respecto a las facultades del fideicomitente puede establecerse que le corresponde exclusivamente señalar los lineamientos y alcances que tendrá el fideicomiso, lo cual comprende sintéticamente los siguientes puntos:

A) Designar las personas que intervendrán en el fideicomiso, es decir, tanto al fideicomisario como al fiduciario.

Con relación al primero, el fideicomitente tiene facultad para designar uno o varios fideicomisarios, los cuales podrán recibir simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, excepto en el caso que la sustitución sea por muerte del antecesor, ya que eso equivaldría a regresar a las célebres vinculaciones. Tampoco puede aceptarse como válida la designación hecha por el fideicomitente y que tienda a que en virtud de un fideicomiso testamentario se transmitan bienes a quienes legalmente estarían incapacitados de suceder.

Respecto al nombramiento del fiduciario, pueden designarse varias instituciones, ya sea un titular y sus respectivos sustitutos, o bien varias para que conjunta o sucesivamente manejen el fideicomiso. Todo ello, de acuerdo con las instrucciones establecidas por el fideicomitente en el documento constitutivo.

B) Determinar los bienes objeto del fideicomiso y consecuentemente su finalidad.

Es antecedente lógico, que el fideicomitente debe tener pleno poder de disposición sobre los bienes o derechos que forman el patrimonio fideicomitado, ya que al constituirse el fideicomiso se transfiere la propiedad al fiduciario quedando obligado por este mismo hecho, a responder del saneamiento por evicción.

c) Establecer las instrucciones pertinentes, o sea, reglamentar todo lo relativo a la forma del fideicomiso.

Así por ejemplo, debe determinar el modo en que se distribuirán las utilidades, la preferencia por algún tipo de inversión, el tiempo de duración, la comisión a pagar al fiduciario, y cuales quiera otras condiciones para los fideicomisarios.

Estos tres aspectos comprenden en términos generales las facultades más relevantes del fideicomitente, aunque en la práctica también suele agregarse el derecho de supervisar el manejo del fideicomiso.

En cuanto a los deberes del fideicomitente, pueden considerarse como los más sobresalientes la obligación de pagar los gastos y honorarios al fiduciario, y la obligación civil de responder del saneamiento por evicción.

## 2. FIDUCIARIO

Es la persona a quien el fideicomitente transmite la titularidad de los bienes dados en fideicomiso, y es por consiguiente, el sujeto obligado a realizar los fines para los cuales se constituyó éste.

En los países anglosajones pueden ser fiduciarios todas las personas, naturales o jurídicas, que tengan la capacidad legal para ser propietarios de bienes; sin embargo, en la casi generalidad de los países latinoamericanos sólo pueden serlo las instituciones bancarias debidamente autorizadas para actuar como tales.



Entendemos que la razón principal para diferenciar la calidad de fiduciario en el Derecho anglosajón y el latinoamericano obedece a circunstancias de idiosincracia, ya que los legisladores latinos, conscientes del carácter especial que distingue a nuestros pueblos a la vez que compenetrados de la misión altamente técnica que debe desempeñar el fiduciario, con exigencias de eficacia y responsabilidad que muy difícilmente un particular puede ofrecer y realizar, ha optado por dar un máximo de cobertura en beneficio del fideicomisario estableciendo para ello la garantía que sólo los Bancos representan, situación ésta que no es precisamente la que se plantea en los países anglosajones.

El Doctor Alfaro en su famoso Proyecto panameño del fideicomiso, -- por cierto el primero en Latinoamérica, establecía de conformidad con -- el Art. 24 que podía ser fiduciario una persona natural o jurídica. Comentando este artículo, el autor expresaba que es de gran utilidad permitir a las personas jurídicas ejercer el cargo de fiduciarios y que la conveniencia de la medida está en razón directa de las ventajas que pueden obtenerse cuando se encomienda la ejecución de fideicomisos a bancos o Compañías Fiduciarias. Con relación a las personas naturales, -- aclaraba, se les exige para ejercer el cargo de fiduciarios las mismas cualidades que la ley exige a los tutores, ya que dicho cargo es en extremo delicado, que con frecuencia se instituyen fideicomisarios a menores o incapaces y que, por tanto, debe asegurarse una administración -- escrupulosa y correcta. 1/

Al respecto, sopesando la visión del legislador latinoamericano -- con la opinión del Doctor Alfaro, creemos que la complejidad de asuntos

---

1/ Citado por Rodolfo Batiza. Obra citada, p. 141.

que el fideicomiso implica hace que la balanza se incline radicalmente en favor de lo legislado pues se trata de anteponer al empirismo del particular, la seguridad y garantía que representa el buen hombre de negocios institucionalizado en un Banco o en una Sociedad Financiera. Debemos tener en cuenta además que son características en esas instituciones no solo la responsabilidad y probidad en las gestiones que se les encomiendan sino una bien establecida continuidad, una buena organización fruto de la unidad de pensamiento y acción que las inspira, y una gran capacidad técnica que implica la necesaria y obligada reserva o secreto profesional. Todo ello integra el cúmulo de razones poderosas en favor del exclusivismo institucional del fiduciario.

Resultado de lo anterior y en base a la confianza que el fideicomitente deposita en la institución bancaria designada como fiduciaria es que ésta no puede excusarse del nombramiento que se le ha hecho a menos que existiere alguna causa grave que imposibilite el cumplimiento de la misión encomendada. Vale la pena referir que esta situación no deja de resultar controvertible puesto que perfectamente se le puede imputar el ser violatoria del principio constitucional que garantiza la libre contratación. De allí que en algunos países como en Venezuela por ejemplo, la aceptación del fiduciario no sea obligatoria.

La aceptación del fiduciario es pues obligatoria, perfecciona la existencia del fideicomiso y se efectúa en forma solemne, es decir observándose ciertas formalidades especiales; así, cuando el fideicomiso se ha constituido por acto entre vivos la aceptación debe constar en documento auténtico, pudiendo asentarse por separado o en el mismo documento constitutivo. Si el fideicomiso es testamentario, la aceptación se efectúa en las diligencias respectivas ante el Juez competente.

Aceptado el cargo éste se vuelve indelegable y sólo puede renunciarse -- cuando exista alguna causa grave declarada así por el Juez respectivo, -- entrando entonces a desempeñar el cargo de fiduciario un sustituto, ya -- sea el que hubiere designado el fideicomitente en el acto constitutivo o no habiendo nombrado ninguno, el que designe el Juez a solicitud del beneficiario.

Perfeccionado plenamente el fideicomiso con la aceptación del fidu-- ciario, automáticamente se genera para éste la responsabilidad de dar -- cumplimiento a los fines para los cuales fué constituído el fideicomiso y es en consecuencia en este momento que las instituciones fiduciarias -- ponen en marcha su organización y capacidad administrativa para el mejor logro de su objetivo. Analizaremos a continuación estos aspectos.

#### A) ORGANIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Internamente las instituciones fiduciarias deben tener establecido un Departamento de Fideicomisos el cual debe ser autónomo en cuanto a la administración, especialmente en lo referente al aspecto financiero el -- cual por constituir siempre el renglón más delicado necesita un máximo -- de control. De allí, que en los Departamentos Fiduciarios debe regis--- trarse aparte de la contabilidad general una contabilidad especial para las operaciones relativas a cada fideicomiso.

Esto significa que las instituciones fiduciarias deben llevar dos -- contabilidades especiales para el Departamento de Fideicomisos, una que arroje todo el movimiento contable del Departamento, y una particular pa -- ra cada fideicomiso, mandato, comisión o administración y custodia que -- se les encomendare. La contabilidad debe constar en los libros respecti -- vos y debe llevarse al día, anotándose allí todas las operaciones que se

realicen así como los incrementos o disminuciones que el fideicomiso sufriere.

Al final deben coincidir los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución, con los de las contabilidades especiales.

Las razones principales para establecer esta independencia contable es primeramente por la obligación que tiene el fiduciario de mantener -- los bienes fideicomitidos separados de sus demás bienes; con ello se man tienen individualizadas las propiedades fiduciarias. Por otra parte la separación contable permite conocer en detalle el manejo financiero del fideicomiso, allí se refleja, el cumplimiento o incumplimiento de la voluntad del fideicomitente.

El Departamento Fiduciario debe contar además con una sección exclu sivamente técnica, la cual prestará desde la necesaria asesoría jurídica hasta la importante asesoría económica y empresarial.

Jurídicamente, el fiduciario como propietario de los bienes fideicomitidos está en la obligación de conservarlos y protegerlos, y con ese fin es su deber estar en cualquier juicio en defensa de los intereses -- del patrimonio fideicomitado. Debe también oponerse a cualquier medida preventiva o de ejecución dictada en virtud de créditos que no deriven -- del fideicomiso o de su ejecución. Asimismo debe velar por el cumpli--- miento fiel de todas las cláusulas jurídicas del contrato constitutivo -- del fideicomiso.

Sintéticamente puede afirmarse que corresponde a las técnicas jurídicas de la institución fiduciaria el ejercicio adecuado de todos los de rechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

Económica y empresarialmente, corresponde a los técnicos el logro de una mejor utilización de los bienes tanto en lo que se refiere a obtener los mejores dividendos con la más productiva inversión como a conseguir un máximo rendimiento con el menor esfuerzo económico.

Todo lo antes dicho es, vista la institución financiera en su parte interna, apreciamos su proyección exterior.

## B) GESTIÓN

Las instituciones fiduciarias generalmente actúan por medio de -- profesionales autorizados, los que reciben el nombre de Delegados Fidu--ciarios. Estas personas son las responsables del buen funcionamiento del fideicomiso y hasta responden personalmente por los actos que efectúan. Eventualmente puede intervenir en las gestiones del fiduciario un comité técnico el cual se integra en virtud de la voluntad del fi--deicomitente asentada en el acto constitutivo teniendo las facultades que en el mismo se señalen y que pueden variar desde la asesoría total de las inversiones hasta una simple función de distribución de los fondos. Las instituciones fiduciarias deben obrar entonces de acuerdo a sus dictámenes.

En su gestión las instituciones fiduciarias pueden intervenir en la constitución de sociedades, obtención de créditos y gravamen de bienes, e inclusive con fines de inversión pueden llevar a cabo préstamos hipotecarios. Sí debe tenerse presente que en toda clase de operacio--nes que se efectúen, ya sea de adquisición de bienes o derechos, de inversión de dineros o cualesquiera otras, la institución financiera tiene que ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente.

Si las instrucciones del fideicomitente son de que en general se

inviertan o se coloquen determinados fondos, es entendido que la institución fiduciaria no podrá, en ningún caso, garantizar anticipadamente un rendimiento fijo así como tampoco podrá establecer alguna cláusula que la exonere de la responsabilidad que pudiera haberle por dolo o negligencia en el manejo de dichos fondos. Por otra parte, si el fideicomitente no diere instrucciones acerca del manejo de los fondos fideicomitados, las instituciones fiduciarias podrán invertir en títulos garantizados por el Estado o por la Banca Central, o bien depositarlos en cuentas de ahorro o a plazo fijo, ésto último siempre que medie aviso anticipado.

Independiente del manejo de los fideicomisos, las instituciones autorizadas para ello pueden prestar al público otros servicios de carácter fiduciario tales como el ejercicio del cargo de curador de bienes o curador adjunto, liquidadores de sociedades, síndicos de concurso de quiebras, secuestres y depositarios de bienes.

Como es natural las gestiones que efectúan las instituciones financieras generan en su favor una remuneración la cual puede ser pactada en el acto constitutivo, o bien en caso de no fijarse, otorga derecho al fiduciario a cobrar un porcentaje legal de las rentas netas producidas por los bienes fideicomitados, el cual por regla general no pasa del cinco por ciento.

En cuanto a la responsabilidad que genera la gestión del fiduciario ésta puede ser tanto para con el fideicomitente como para con el fideicomisario, de ello trataremos a continuación.

### C) OBLIGACIONES - RESPONSABILIDADES

La primera y fundamental obligación que se desprende para el fidu-

ciario es el respeto más absoluto a la voluntad del fideicomitente la cual se encuentra contenida en las instrucciones establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso. Este respeto significa que la institución fiduciaria debe ajustarse fielmente a las cláusulas del fideicomiso a efecto de que se cumpla la finalidad para el que fue creado. En caso contrario, el fiduciario responde civilmente con todo su capital por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las condiciones pactadas.

De la obligación antes comentada y que podríamos llamar originaria brotan algunas responsabilidades también de gran importancia y que corren a cargo del fiduciario. Así, surge la obligación de actuar en el desempeño de su cargo con "la diligencia del buen padre de familia," o "del buen comerciante en negocio propio," expresiones que pretenden traducir para el fiduciario deberes de lealtad, responsabilidad, prontitud y cuidado en el manejo del fideicomiso, que inclusive como antes se dijo lo hacen responsable directo de los actos de sus funcionarios.

Asimismo se desprende para las instituciones fiduciarias la obligación de proporcionar detalle a los beneficiarios y fideicomitentes de todas las operaciones de inversión o adquisición de bienes que efectúa así como una relación de los manejos de fondos asentados en los registros contables. También debe al término del fideicomiso rendir cuentas exactas de la gestión. Otros deberes del fiduciario son en relación con terceros, tales como el fisco, la clientela e inclusive su mismo personal.

De todas sus obligaciones, el fiduciario responde por el dolo y la culpa no así por el caso fortuito y fuerza mayor.

Para concluir, sólo resta agregar que al término del fideicomiso co rresponde al fiduciario transferir los bienes a la persona designada. Es ta misma obligación se plantea en caso de renuncia, cesación o remoción del fiduciario.

### 3. FIDEICOMISARIO

Es la persona que resulta beneficiada con el fideicomiso. Pueden - ser designadas todas las personas, naturales o jurídicas incluyendo los incapaces, salvo aquellos cuya incapacidad sea para suceder y los fidu-- ciarios.

El fideicomisario debe ser una persona claramente determinada ya -- que puede convertirse en sujeto de pretenciones con respecto al fiducia-- rio. Por excepción en los Estados Unidos existen los llamados "TRUST HO-- NORARIOS" en los cuales no se requiere la existencia de un beneficiario que reclame directamente la ejecución del fideicomiso, así se crean los famosos trust "para cuidar de los gatos o perros que uno deja al morir hasta para el resto de sus días," o trusts para decir misas por el des-- canso del alma de un pariente muerto, o para la construcción de un monu-- mento. Es claro que en la generalidad de los países latinoamericanos - no pueden darse esta clase de fideicomisos ya que como antes se dijo, - solo pueden ser fideicomisarios personas naturales o jurídicas.

Los fideicomisarios pueden ser nombrados uno o más para que simul-- tánea o sucesivamente se beneficien con el fideicomiso; con la lí mitación, para el sucesivo, de que solo funcionará para personas que -- existan cuando se abra el derecho del primer beneficiario.

Con respecto a la imposibilidad legal de designar como fideicomisa-- rio a las instituciones fiduciarias, las razones de ello nos las plan--



tea Rodolfo Batiza: "la prohibición en efecto de que las instituciones especializadas no puedan tener simultáneamente carácter de fiduciarios y fideicomisarios encuentran justificación para evitar posibles presiones y abusos indebidos contra el fideicomitente, aparte del correcto razonamiento de que la personalidad jurídica es una e indivisible" 1/.

Con relación a la designación del fideicomisario, se plantean dos criterios distintos ya que en algunos países, como el nuestro, se exige que el beneficiario esté además plenamente identificado por su nombre. Esto significa que para el caso, no pueden designarse como beneficiarios a los hijos concebidos y no nacidos en caso de muerte del testador. El otro criterio, más amplio por cierto, considera que siendo el fin del fideicomiso lícito y determinado basta con que el beneficiario se identifique en base a circunstancias o hechos predeterminados. Ejemplo de ello es "serán fideicomisarios las personas que trabajaban para el testador - al momento de su muerte," o "el beneficiario será el alumno que logre la mejor calificación en la Universidad."

#### A) DERECHOS

Siendo el fideicomisario la persona que el creador del fideicomiso pretende beneficiar, goza aparte de los derechos concedidos expresamente en el acto constitutivo, de una protección de carácter legal que tiende a asegurar el fiel cumplimiento de la voluntad del fideicomitente. En ese sentido el primordial derecho del fideicomisario es el de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de sus obligaciones.

Se derivan otros derechos para el fideicomisario, destacándose entre ellos el de impugnar la validez de los actos que la institución fidu

1/ Rodolfo Batiza, obra citada, p. 148.

ciaria realice en su perjuicio. Batiza refiriéndose a este derecho dice que " introduce una acción de nulidad especial, diversa de las que consagra el derecho común, pudiendo asimilarse, por sus efectos, a la acción paulina, también llamada "revocatoria" 1/.

Otro derecho del fideicomisario es el de reivindicar los bienes que a consecuencia de actos realizados por la institución fiduciaria hayan salido del fideicomiso indebidamente. Este derecho ha dado lugar a numerosas discusiones ya que la sola utilización del término "reivindicar" permite colegir que el fideicomisario tiene un derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos.

Por este criterio se inclina Scott 2/. Por su parte el autor Luis Muñoz más o menos en el mismo sentido considera que lo que ha sucedido es que el legislador ha creado un nuevo derecho real: la propiedad fiduciaria, que es la que da lugar a esa acción 3/. Powell sin embargo, completamente opuesto a los anteriores no acepta la acción reivindicatoria pues allí, dice, no existe propiedad y el hecho de que el beneficiario goce de una protección especial frente a un número elevado de posibles opositores no da lugar a que se le considere como un derecho "in rem" oponible a todo el mundo. Además, afirma, los derechos del fideicomisario pueden diferir tan ampliamente entre si que cualquier tentativa de poner la etiqueta de "propiedad en equidad" a la categoría integral de tales derechos hácese progresivamente menos útil y justificable." Powell opina que los derechos del fideicomisario constituyen un derecho de crédito y lo fundamenta en la trayectoria histórica de los Estados -

1/ Rodolfo Batiza, obra citada, p. 265.

2/ Citado por Rodolfo Batiza, obra citada, p. 262.

3/ Luis Muñoz, obra citada, p. 234.

Unidos, lugar en el cual ha dado excelentes resultados en controversias judiciales que inclusive lo ha incorporado como ley en algunos estados de ese país. Manifiesta textualmente: "la actitud tradicional e histórica es la correcta, o sea que el beneficiario sólo tiene un derecho de crédito más protecciones accesorias complementarias contra intromisiones de terceros 1/. Por este último sentido se inclina Batiza quien considera que otorgar el derecho de "reivindicar" para el beneficiario es excesivo pues se concede a quien no es propietario sino solo acreedor, y el recto alcance de su ejercicio es nada más para el efecto de restituir la cosa al patrimonio fideicomitado 2/. Las opiniones sobre este punto se han multiplicado y así han aparecido nuevos criterios; por ejemplo unos ven en esa facultad del fideicomisario una acción reivindicatoria útil, "ya que éste no tiene el dominio de los bienes y sólo le sirve para obtener la devolución no para sí, sino para el fiduciario." 3/ Otros la consideran una acción persecutoria de la cosa 4/ y para algunos más es una acción de revocación 5/.

Por nuestra parte consideramos infortunada la aplicación de la palabra "reivindicar" al derecho que el beneficiario tiene de obtener la restitución de la cosa al patrimonio del fideicomiso ya que sin lugar a dudas la reivindicación implica un derecho exclusivo de los propietarios y en ningún momento podría considerarse como poseedor de tal calidad al fideicomisario designado. Sí queda en evidencia nuevamente el carácter embrionario en que aún se encuentra el fideicomiso latinoamericano puesto -

1/ Citado por Rodolfo Batiza, obra citada, p. 263.

2/ Rodolfo Batiza, obra citada, p. 267.

3/ Rodríguez y Rodríguez, mencionado por Rodolfo Batiza, obra citada p. 266.

4/ Kriegel Vásquez, mencionado por Rodolfo Batiza, obra citada p. 266.

5/ Molina Pasquel, mencionado por Rodolfo Batiza, obra citada p. 266.

que a pesar de su larga trayectoria histórica no existe todavía uniformidad de criterio sobre determinados aspectos considerados como esenciales. Observamos con cierto recelo el proceso de adaptación que del Derecho anglosajón quiere hacerse al Derecho Romano, negándole toda oportunidad al fideicomiso de precisar sus caracteres que como institución original le corresponde. De allí que no concordemos con las opiniones anteriormente expresadas y nos inclinemos por considerar que en el presente derecho que comentamos se enmarca una acción especial, restitutoria de los bienes fideicomitidos.

Otro derecho de los fideicomisarios es el de requerir cuentas al fiduciario, exigirle responsabilidad y solicitar su remoción, correspondiéndole esta acción al representante legal o al Ministerio Público según el caso.

Con respecto al derecho de renuncia que puede asistir al fideicomisario, éste se reconoce plenamente en el Derecho anglonorteamericano. En el Derecho latinoamericano se acepta doctrinariamente aplicando el principio de analogía con respecto a la donación. Esto mismo ocurre con la cesión de derechos fideicomisarios la cual se acepta en términos generales, salvo si estuviera expresamente prohibida por la ley o por el acto constitutivo o que la naturaleza del derecho no fuere transmisible.

## B) OBLIGACIONES

La fundamental obligación del fideicomisario es la de responder subsidiariamente por el pago de los Honorarios y gastos en que incurriere la institución fiduciaria. Ya vimos anteriormente que el primer obligado a ese pago es el fideicomitente y en segundo lugar los causahabientes si -- los hubiere.

#### 4. ELEMENTO MATERIAL

##### EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO

Esta constituido por todos aquellos bienes, ya sean muebles o inmuebles, y derechos, destinados al fin del fideicomiso. Entendemos que este elemento es esencialísimo para la existencia del fideicomiso ya que - si la cosa no existiera o se destruyera, estaríamos ante un contrato sin objeto. Scott dice que un TRUST no puede establecerse, a menos que al - tiempo de su creación exista un bien que sea objeto. 1/ (Salvo el caso - del fideicomiso de seguro de vida que analizaremos más adelante ).

##### A) BIENES

Lógicamente, deberán encontrarse dentro del comercio y su titularidad no debe estar afectada a derechos de terceros. Es decir, no podrá - crearse un fideicomiso con bienes cuya propiedad no se tiene.

Debido a que, como antes se dijo, los bienes fideicomitidos salen - del patrimonio del fideicomitente para formar parte del patrimonio del - fiduciario, se han formado diversos criterios tanto en las legislaciones como entre los autores sobre la forma de propiedad que los fideicomisos generan así como lo relativo a su titularidad. Analicemos algunas de -- ellos.

- En las legislaciones de los países anglo-norteamericanos se considera que el patrimonio fideicomitado da lugar a una propiedad dividida en la cual el fideicomisario es propietario en "equidad", y el fiduciario - "propietario en derecho". El acto del fideicomiso es por naturaleza pro propia traslativo de la propiedad del fideicomitente al fiduciario y fidei- comisario quienes reciben así una propiedad dividida.

1/ Citado por Rodolfo Batiza, obra citada, p. 149.

Algunos autores se inclinan por esta concepción argumentando que en realidad al fiduciario pasa el título legal de dominio y al fideicomisario un derecho ulterior pero definitivo del goce y aprovechamiento del patrimonio fideicomitado. Expresan que lo que sucede es que el fideicomitente y sus herederos se despojan en absoluto del derecho de propiedad que anteriormente tenían sobre los bienes fideicomitados, pudiendo desde este momento ejercitar exclusivamente las facultades o derechos de propietario el fiduciario como titular nominal y técnico y el fideicomisario como verdadero titular, "dueño del patrimonio dado en fideicomiso". <sup>1/</sup>

- La legislación venezolana por el contrario, considera que al efectuarse la constitución de un fideicomiso se crea un patrimonio fideicomitado completamente autónomo, distinto e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fideicomisario y del fiduciario, estando sujeto única y exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que derivan del fideicomiso.

Esta concepción ha sido objetada pues plantea un extremo cual es la autonomía total del patrimonio fideicomitado, que ataca serios principios del Derecho Civil como es la imposibilidad legal de un patrimonio sin sujeto.

- Entre las dos concepciones antes explicadas ha surgido una intermedia que por cierto ha obtenido gran aceptación en las legislaciones latinoamericanas. Conforme ella así como no puede existir un patrimonio totalmente autónomo así tampoco puede aceptarse una propiedad dividida; lo que se origina es un patrimonio de afectación, con su respectivo ti-

<sup>1/</sup> Rabasa. Citado por Luis Muñoz, obra citada, p. 148.

tular o propietario que es la institución fiduciaria. Los bienes fideicomitidos quedan afectos al fin que se destinan, pudiéndose ejercitar - respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran. Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en situación de patrimonio de afectación correspondiéndole la titularidad a la institución fiduciaria.

Por esta corriente se inclinó la legislación salvadoreña, pareciéndonosla más indicada para nuestra tradición romanista ya que si analizamos la fundamentación que sustenta los sistemas legales romano e inglés, notaremos que en el primero las reglas con respecto a la transmisión de los bienes se establece exclusivamente por ley, por el Estado, mientras que en el segundo esas directivas quedan esencialmente dentro del dominio volitivo del propietario de los bienes. Esto, que se traduce en -- una diferencia notable entre ambos sistemas, constituye una barrera casi insalvable para la introducción de una propiedad "dividida" del Derecho anglo-norteamericano, a una propiedad hasta hoy indivisible del derecho romano. Entendemos que no se puede sostener una propiedad "teórica," y una propiedad real, o una propiedad relativa y una verdadera; -- sin lugar a dudas, el fiduciario debe ser el único propietario con plena capacidad de ejercicio.

Sí consideramos que esa propiedad debe estar afectada a los fines del fideicomiso, lo cual constituye nada más una especie de limitación al derecho de abuso que tiene el propietario. Esto implica que el fiduciario al tomar posesión de los bienes fideicomitidos se obliga a -- conservarlos y ejercitar respecto a ellos sólo los derechos y acciones que conduzcan al fin del fideicomiso, quedándole al fideicomitente únicamente con respecto a dichos bienes los derechos que expresamente se

hubiere reservado y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso. En caso de que el fiduciario abusare de su posición jurídica y vende, la transacción es válida pero está obligado al resarcimiento.

En cuanto a la inscripción de los bienes fideicomitidos ésta debe efectuarse en el Registro de la Propiedad Raíz del lugar donde están situados los referidos bienes y puede pedirla el que pruebe tener legítimo derecho o el Notario que autorizó la Escritura.

Al concluir el fideicomiso si los bienes fueren inmuebles o derechos reales sobre ellos, bastará para la reversión que el fiduciario ponga una anotación en el testimonio del acto constitutivo en la cual declare la extinción, y ésto es lo que se inscribe en el Registro para los efectos consiguientes.

## B) DERECHOS

Los derechos al igual que los bienes, para que puedan ser objeto del fideicomiso deben estar dentro del comercio, quedando exceptuados únicamente los Derechos estrictamente personales. Estos derechos personales comprenden todos aquellos que por disposición legal o por su propia naturaleza sean intransferibles, tales como el uso, la habitación, el derecho al voto, las garantías constitucionales, etc.



## C A P I T U L O   I I I

### NATURALEZA JURIDICA

Son verdaderamente muy diversas las teorías que han surgido desde la incorporación del fideicomiso a latinoamérica y que pretenden explicar cuál es su naturaleza jurídica.

Como en casi todos los aspectos de fondo que se relacionan con el fideicomiso, las controversias entre los autores son numerosas, especialmente en cuanto que -como antes se dijo- la incorporación de una institución proveniente del Derecho consuetudinario inglés al sistema del Derecho romano plantea problemas lógicos de adaptación cuya solución debe encontrarse en su originalidad propia, pero que sin embargo a menudo se pretende, obstinadamente, en querer resolverlos en base a situaciones o circunstancias existentes desde hace mucho tiempo.

De allí las muy variadas concepciones de los juristas sobre la esencia jurídica del fideicomiso, buscando algunos autores esa naturaleza en figuras que datan del legendario Derecho romano, y otros en concepciones de corte modernista. Analicemos las más importantes.

#### 1. MANDATO IRREVOCABLE

Mandato se ha definido como un contrato en virtud del cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Conforme esta teoría la naturaleza jurídica del fideicomiso se encuentra en el Mandato Irrevocable.

El creador de esta teoría es el célebre jurista panameño Alfaro, quien en su calidad de precursor e introductor del fideicomiso en latino

américa trató de adaptar la figura originaria del TRUST anglosajón a nuestro Derecho, fundamentando su naturaleza jurídica en el contrato antes -- mencionado.

En su obra "El Fideicomiso en Panamá", Alfaro afirma que "lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia en el Mandato una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por encargo -- de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia -- Mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante." 1/ Se cree muy probable que esta concepción haya estado influenciada por la historia del derecho medieval inglés que revela que en los orígenes del Mandato, con dificultad se le distinguía de lo que vino a ser el USO y después el TRUST. En el Siglo XIII se utilizaba la misma expresión para designar las relaciones que en la actualidad corresponden al TRUST y al Mandato.

En México, la Ley de Bancos de fideicomisos decretada en 1926, influenciada por la opinión del jurista panameño consideró también al fideicomiso como un mandato irrevocable.

En la actualidad esta teoría está prácticamente desechada, ya que las diferencias entre ambas figuras son bien notorias, destacándose -- entre ellas las siguientes: 1) en el fideicomiso existe una transferencia de dominio, en el mandato no; 2) el mandatario actúa en representación del mandante y está sujeto rigurosamente a sus instrucciones, debiendo consultarle cualquier gestión, no así el fiduciario, el cual tiene una mayor amplitud de decisión, siempre que actúe en beneficio de --

1/ Citado por Jorge A. Domínguez Martínez, obra citada, p. 146.

los fines del fideicomiso; 3) asimismo, es de la esencia del mandato el ser revocable, no así el fideicomiso el cual no se extingue exclusivamente por la sola voluntad del fideicomitente.

A raíz de las críticas que se hicieron desde esa época a su teoría, Alfaro reconoció las grandes diferencias existentes pero se plantó en su posición y trató de justificarla afirmando que cualquier debilidad que tuviere el mandato irrevocable se fortalecía con la frase "en virtud del cual se transmiten ciertos bienes". 1/

Por su parte la legislación mexicana no solo reconoció su evidente error sino que lo corrigió con la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, la cual aún esta vigente.

## 2. VENTA CON PACTO COMISORIO O CON RESERVA DE DOMINIO

Se da el pacto comisorio cuando en una cláusula del contrato se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido se resolverá la venta. Los seguidores de esta teoría, muy pocos por cierto, tratan de encontrar en esta modalidad la esencia del fideicomiso. 2/

Es notorio lo erróneo de esta concepción y es debido a esto que -- prácticamente no cuenta con adeptos, ya que es sabido que la venta con pacto comisorio es un contrato concluído en el cual la cosa pasa al dominio del comprador con la única finalidad de que se perfeccione plenamente la transacción y así el comprador puede darle a la cosa el uso que considere conveniente; en cambio en el fideicomiso la transferencia de la cosa es para un determinado fin preestablecido en el acto constitutivo. Surgen además una serie de diferencias entre ambas figuras, re-

1/ Citado por Jorge A. Domínguez Martínez, obra citada, p. 147.

2/ Rafael Olarra Jiménez. Manual del Crédito Documentario Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966. P. 379.

ferentes al número de los elementos personales que intervienen, su intencionalidad, efectos, etc.

En realidad esta concepción se encuentra prácticamente relegada -- pues resulta fácil blanco de las críticas.

### 3. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Algunos autores han considerado que la esencia del fideicomiso se encuentra en la estipulación a favor de terceros. En esta figura intervienen tres personas: el estipulante, el promitente y el tercero o beneficiario; consiste en que a través de un contrato, una persona (estipulante), hace un convenio en favor de un tercero, el cual con su aceptación perfecciona éste.

Los seguidores de esta teoría razonan de la siguiente forma: "la estipulación requiere de un contrato como fuente. Dicho contrato sería el de fideicomiso celebrado entre fideicomitente e institución fiduciaria. En dicho contrato se hace la estipulación por el fideicomitente, quien en consecuencia, sería el estipulante; la estipulación es aceptada por el fiduciario, que figura como promitente en el negocio. El tercero o fideicomisario es ajeno al contrato pero funda su derecho, no obstante, en dicho contrato." <sup>1/</sup> Lo cierto es de que, anota Batiza, el punto principal de contacto entre la estipulación a favor de tercero y el fideicomiso reside en el beneficio que a través de una y otro puede concederse a favor de una persona que no intervino en la constitución de la obligación original. Las diferencias en cambio, son considerables: el fideicomiso es una relación jurídica autónoma que por regla no surge incidentalmente dentro de un contrato; en el fideicomi-

<sup>1/</sup> Luis Muñoz, obra citada, p. 31.

so, a diferencia de la estipulación a favor de tercero, la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario; por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia legal de una persona, en tanto que el fideicomiso puede constituirse aún en favor de los no nacidos y para finalidades del todo ajenas a las personas. 1/

#### 4. INSTITUCIÓN JURÍDICA

Cambiando completamente la tónica civilista que busca la naturaleza jurídica del fideicomiso en algunos contratos, se ha planteado la teoría del fideicomiso como institución. Los partidarios de ésta teoría apoyados erróneamente en los antes expresados señalan que en el fideicomiso concurren las características de la institución, que son: permanencia, la idea de comunidad institucional y los órganos sujetos a un régimen estatutario 2/. Esta concepción ha sido utilizada exitosamente en la provincia de Quebec, Canadá, para explicar la naturaleza del TRUST.

Las críticas vertidas sobre esta teoría son numerosas y bien fundamentadas, ya que es de colegir que si solo se contara con esos elementos, para identificar plenamente en el fideicomiso la concepción de institución, no sería posible distinguir al fideicomiso de un Sindicato o de una empresa mercantil pues éstos también tienen las características antes enumeradas. Se considera en realidad que la teoría de la institución de Hariou es incapaz de proporcionar diferencias específicas entre las muy diversas instituciones que existen. Batiza concretamente opina que el afirmar que el fideicomiso es una "institución jurídica" a efec-

1/ Rodolfo Batiza, obra citada, 3era. Edición, p. 151.

2/ Ledesma Uribe. Citado por Jorge A. Domínguez Martínez, obra citada, p. 163.

to de definir su naturaleza, equivale prácticamente a no decir nada. 1/

### 3. NEGOCIO FIDUCIARIO

Se les ha definido como "aquellos acuerdos de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica." 2/ En el negocio fiduciario - intervienen necesariamente dos personas, que son: 1) el propietario de la cosa o derecho objeto de la transmisión llamado fiduciante, y 2) el adquirente de la misma obligado a utilizar el objeto del negocio a la finalidad determinada, y el cual se denomina fiduciario. Puede intervenir además una tercera persona beneficiaria del negocio.

La forma en que se efectúa el negocio fiduciario es a través de -- dos relaciones: 1) una relación real y externa en virtud de la cual - se transmiten del fiduciante al fiduciario bienes o derechos, y 2) una relación personal obligatoria que consiste en la obligación del fidu---ciario de destinar los bienes que le fueron transmitidos para la reali---zación de un fin específico. La primera relación, o sea, la real, se - exterioriza frente a terceros. La relación personal es sólo entre las partes. Para mayor ilustración, Luis Muñoz nos trae a cuenta un ejem---plo de negocio fiduciario, dice: "Si con el objeto de darle una garan---tía al acreedor, se inscribe a su nombre, en el Registro, una casa, pro---piedad del deudor o de un tercero, tendremos un negocio fiduciario por---que en virtud de la inscripción en el Registro, el acreedor aparece co---mo dueño del inmueble para todos los efectos legales y no como titular

1/ Rodolfo Batiza, obra citada, p. 140.

2/ Jorge A. Domínguez Martínez, obra citada, p. 165.

de un simple derecho de garantía, aspecto que sólo se conserva en las relaciones entre el acreedor y el deudor." 1/

En base a las anteriores circunstancias muchos juristas ven en el fideicomiso los mismos caracteres que en el negocio fiduciario ya que en ambas figuras intervienen dos sujetos, existe una transferencia de dominio, el adquirente está obligado a destinar los bienes al fin preestablecidos y hay una afectación.

Esta teoría sin embargo, también tiene sus opositores. Así, algunos autores ven el principal obstáculo en la ilicitud manifiesta que plantean los negocios fiduciarios puesto que éstos no se encuentran reglamentados; la razón de ello estriba en el hecho de que la segunda relación de este negocio, es decir, la denominada personal y que produce efectos sólo entre las partes, es oculta, prestándose a menudo a finalidades ilícitas. El autor Mario Bauche Garciadiego pone el ejemplo de los deudores a los cuales se trata de aparecer "legalmente" insolventes poniendo todo su patrimonio a nombre de otra persona para eludir el pago de las obligaciones pendientes con sus acreedores. 2/

Cervantes Ahumada por su parte, también opina que es improcedente la caracterización del fideicomiso como negocio fiduciario ya que en éste existen dos diversos negocios cuyos efectos son contradictorios, destruyendo los del oculto a los del aparente, mientras que el fideicomiso está estructurado por un solo negocio cuyos efectos no derivan de relaciones internas, secretas e ilícitas, sino que derivan del acto constitutivo o de la ley. Asimismo encuentra otra diferencia fundamental --

1/ Luis Muñoz, obra citada, p. 6

2/ Mario Bauche Garciadiego, obra citada, p. 340.

entre ambas figuras ya que el negocio fiduciario, es un contrato innominado atípico, mientras que el fideicomiso es todo lo contrario, típico y nominado. 1/

Batiza es otro de los autores que también critica esta concepción, manifestando que el fideicomiso tiene además, una diferencia radical de estructura: es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, - un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros, mientras que el negocio fiduciario es un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí. 2/

Encontramos además otra diferencia importante entre ambas figuras - ya que el negocio fiduciario es un acto originado en virtud de un acuerdo de voluntades, mientras que la constitución del fideicomiso tiene lugar mediante una declaración unilateral de voluntad.

Concluido el examen de las consideraciones a favor y en contra de - la tesis antes expuesta, no podemos menos que reconocer en favor de los primeros, la coincidencia en que se fundamentan ya que, efectivamente, - existen numerosos puntos de los que participa el fideicomiso como si fuera una especie de negocio fiduciario. Sin embargo, valorizando las críticas, también éstas las encontramos muy bien asentadas, valederas para que sin apasionamiento, reconozcamos la imposibilidad de identificar en el negocio fiduciario la naturaleza jurídica del fideicomiso. Rechazamos pues definitivamente esta concepción como valedera para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

## 6. OPERACIÓN BANCARIA

1/ Cervantes Ahumada. Títulos y Operaciones de Crédito, 5ta. Edición, México 1966, p. 305.

2/ Rodolfo Batiza, obra citada, p. 133.



Algunos autores modernos, especialmente mexicanos se inclinan actualmente por considerar al fideicomiso como una operación bancaria. -- Partiendo de esta concepción es el reconocido profesor Joaquín Rodríguez y Rodríguez quien opina que debido a que en México el fideicomiso solo puede ser manejado por instituciones expresamente autorizadas para ello de conformidad con la Ley General de Instituciones de Crédito, debe considerársele por consiguiente como operación bancaria. <sup>1/</sup>

En base a nuestra realidad jurídica no podemos dejar de considerar al fideicomiso como una operación bancaria puesto que en la generalidad de las legislaciones latinoamericanas así se encuentra establecido; sin embargo, consideramos que esa calificación de carácter puramente técnico no debe servirnos para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, puesto que esto es algo fundamental, de esencia, no de caracterización formal.

### CONCLUSION

Analizadas someramente algunas de las más importantes teorías que se han vertido sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, podemos -- observar que ninguna de ellas se encuentra completamente libre de críticas; unas más otras menos, lo cierto es que todas presentan puntos débiles propios para el embate jurídico.

Así, las primeras teorías estudiadas que ven en el fideicomiso determinadas especies de contrato, resultan fácil blanco de las críticas ya que, a pesar de que encontramos algunos puntos de coincidencia, éstos no pasan de ser tales, y en consecuencia insuficientes para fundamentar a toda una institución jurídica como es el fideicomiso. Pollock

<sup>1/</sup> Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Curso de Derecho Mercantil. 3era. edición, México 1957, tomo II. p. 120.

expresaba que aunque puede decirse que todo TRUST encierra un contrato, las relaciones que lo integran son tan complejas que lo vuelven irreducible a los elementos normales de los contratos. Afirmaba que el TRUST presupone tantos elementos adicionales y la naturaleza de sus objetivos es de tal modo diferente, que por ello se distingue con claridad, no sólo de cualquier especie de contrato, sino de los contratos considerados como un género distinto. 1/

Este criterio, del cual participamos, es muy valioso pues con palabras sencillas nos refleja la absoluta incapacidad de la figura "contrato" para fundamentar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Y tan valiosa nos parece la crítica anteriormente expresada que la consideramos, con sus respectivas adaptaciones, también aplicable a las restantes teorías que buscan la esencia del fideicomiso en los negocios fiduciarios, operaciones bancarias o en la concepción de la "institución jurídica."

Lo cierto es que tal como al principio de este capítulo expresamos, siendo el fideicomiso una figura completamente nueva en nuestro sistema jurídico, resulta un verdadero problema la mal pretendida adecuación de todo lo relacionado con la institución a figuras ya existentes. De allí que rechazemos la secuela de teorías que nos presentan los autores intentando explicarnos la naturaleza jurídica del fideicomiso en base a figuras preexistentes.

Creemos que la esencia del fideicomiso como figura original que es en nuestro Derecho, no debemos buscarla en algo anterior y distinto, sino, en el fideicomiso mismo, y siendo que aún se está conformado, lo único que podemos asegurar por ahora, es de que nos encontramos ante una rela

1/ Citado por Rodolfo Batiza, obra citada, p. 66.

ción de voluntades legalmente tutelada, nacida de la declaración unilateral de un sujeto en virtud de la cual destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado. En esto pues, en la declaración de voluntad generadora de un vínculo consideramos se encuentra la naturaleza del fideicomiso y en ningún momento en los Contratos o en figuras parecidas. La esencia del fideicomiso se encuentra en el fideicomiso mismo como figura original que es.

## CAPITULO IV

### EL FIDEICOMISO EN LA PRACTICA

#### 1. DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISOS. CAMPOS DE APLICACIÓN

Dependiendo de los diversos criterios de aplicación, los fideicomisos pueden ser clasificados de diferentes formas.

Hemos pretendido que las divisiones que se presentan a continua---ción, abarquen los distintos campos de aplicación del fideicomiso, y -- así se ha partido del acto que les dió origen, hasta llegar a las dife---rentes categorías individualizadas que constituyen tipos determinados - de fideicomisos.

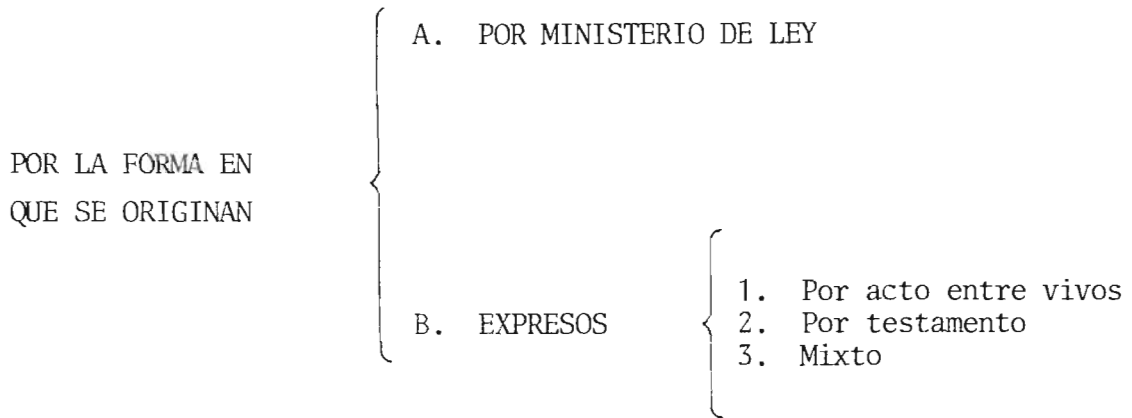
En este apartado propiamente reconoceremos en el fideicomiso su -- gran versatilidad jurídica que lo proyecta hacia el futuro en una forma brillante y siempre prometedora. Y es aquí también donde apreciaremos la realidad que encierra la célebre frase de Scott al referirse a la -- inagotable variedad de aplicaciones del TRUST: "La única limitación -- que plantea el fideicomiso en cuanto a sus fines es la imaginación de - los abogados." 1/

Debe sí aclararse que las distintas clasificaciones de los fideicomisos carecen, por regla general, de fundamentación científica, predominando más que todo como criterio diferenciador el carácter pragmático - que los guía.

Para efectos de sistemática enumeraremos las distintas clasifica---ciones.

1/ Citados por Rodolfo Batiza. Obra citada. p. 33.

## PRIMERA CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS



### A. FIDEICOMISOS POR MINISTERIO DE LEY

CONCEPTO. Son aquellos que surgen en virtud de una disposición legal. Este tipo de fideicomisos sólo existe en el derecho anglosajón, resultando completamente imposible su adaptación a nuestro sistema jurídico. En países como Inglaterra o Estados Unidos, descansa en una sólida base integrada por normas y principios establecidos a través de la jurisprudencia.

### B. FIDEICOMISOS EXPRESOS

CONCEPTO. Son aquellos que resultan de la exteriorización de la voluntad de una persona, ya sea que ésta se manifieste por acto entre vivos o por testamento.

GENERALIDADES. Este tipo de fideicomisos es el único que se acepta en los sistemas de tradición romanista, y constituye la fuente exclusiva del surgimiento de todas las categorías existentes de fideicomisos. En los países anglosajones los fideicomisos expresos son los usuales, al extremo que nadie se ha preocupado por definirlos. El autor Lepaulle dice que el "express trust" es el normal, "el que se crea

voluntariamente con un propósito determinado en un acto regular, sea inter vivos, sea mortis causa". Afirma que la noción del "express trust" es de tal modo normal para el anglosajón que vive constantemente rodeado por TRUSTS que es una concepción casi intuitiva. <sup>1/</sup>

Los medios a través de los cuales se manifiestan los fideicomisos expresos determinan tres clases de fideicomisos:

### 1. POR ACTO ENTRE VIVOS

CONCEPTO. Son aquellos que se originan y funcionan durante la vida del fideicomitente.

GENERALIDADES. Por regla general se constituyen mediante escritura pública en la cual se hace constar la manifestación de voluntad del fideicomitente que afecta ciertos bienes a un fin determinado, confiando su cumplimiento a una institución fiduciaria. En algunos países puede constituirse también por escritura privada o verbalmente. En todo caso, para que se perfeccione la existencia de este fideicomiso es necesaria la aceptación del fiduciario, la cual se puede asentar en la misma escritura constitutiva o en otra separada.

### 2. POR TESTAMENTO

CONCEPTO. Es aquel fideicomiso que se constituye mediante la declaración unilateral que con las formalidades establecidas por la ley hace una persona de su última voluntad, disponiendo tanto de la constitución del fideicomiso como de las bases de su funcionamiento.

GENERALIDADES. El fideicomiso testamentario deberá otorgarse con las solemnidades que la ley establece expresamente según la clase de testamento que se otorgue, y en él se asentarán las instrucciones que gober

<sup>1/</sup> Pierre Lepaulle. Obra citada pág. 85.

narán la vida del fideicomiso. El testador fideicomitente deberá designar en el testamento tanto al fiduciario titular como a sus sustitutos, ésto para el caso de que por alguna causa justificada no aceptase el -- cargo la institución primeramente designada, ya que, debe tenerse en -- cuenta que por las circunstancias propias de este tipo de fideicomiso -- la aceptación del fiduciario se conocerá hasta después de la muerte del testador a través de las diligencias de aceptación de herencia respectivas.

Con relación a la situación de los sujetos que intervienen en el fideicomiso testamentario nos remitimos a lo establecido en los capítulos anteriores, haciendo énfasis únicamente en lo relativo a las incapacidades e indignidades para suceder, las cuales son plenamente aplicables a los fideicomisarios de este tipo de fideicomiso.

El término del fideicomiso testamentario lo constituye la entrega de los bienes fideicomitados y sus productos a los beneficiarios designados, todo lo cual se efectúa de acuerdo a las instrucciones establecidas en el acto constitutivo.

Sintetizando el desarrollo del fideicomiso testamentario, el Doctor Barrientos dice: "en el testamento se establecen las normas según las cuales desea que rija este fideicomiso, y la técnica del contrato -- se inicia con la apertura y tramitación de la sucesión; continúa con la adjudicación de los bienes en favor del fiduciario para que este siga -- las instrucciones dejadas en el testamento en cuanto a la administra--- ción, inversión y vigilancia de los fondos provenientes de la herencia y concluye con la distribución de los fondos entre los herederos o benene

ficiarios de acuerdo con las normas dadas por el testador." <sup>1/</sup>

En este tipo de fideicomisos eventualmente se nombran comités consultivos de carácter técnico integrados por personas de la entera confianza del testador, con el objeto de asegurar aún más el buen funcionamiento del fideicomiso. Las facultades de este comité se establecen en el acto constitutivo.

CASO PRACTICO. Un fideicomiso de esta naturaleza que incluyó un comité consultivo, muy importante y que funcionó bien en la práctica en nuestro país, establecía en términos generales más o menos lo siguiente:

I. El causante instituyó como única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su menor hija.

II. Legó a su hermana los siguientes bienes: a) El derecho de usufructo de por vida sobre una casa y su respectivo solar, y b) El derecho de usufructo de por vida de seis mil Cédulas del Banco Hipotecario.

III. Durante todo el período que la heredera del testador no tuviera la administración de los bienes por su minoría de edad, los usufructos anteriormente expresados serían pagados a la legataria por el fideicomiso constituido en el acto.

IV. Los bienes a heredar por la menor hija serían administrados en virtud del fideicomiso constituido en el testamento y su funcionamiento se regiría por las siguientes bases: a) El fiduciario sería el Banco "X", Sociedad Anónima del domicilio de San Salvador. En caso que el Banco designado no aceptara el fideicomiso o renunciare, o no pudiera continuar desempeñar el cargo, el encargado a desempeñarlo sería el Banco --

<sup>1/</sup> Francisco José Barrientos. El Fideicomiso en Venezuela. Feb. 1975, pág. 24.



que designare el Comité Consultivo de la Administración del fideicomiso; b) El Banco fiduciario administraría los bienes a heredar por la hija - del otorgante por un plazo que se contaría a partir de la delación de la herencia hasta que la heredera cumpliera veintiún años; c) El comité -- consultivo de la administración al cual consultaría el Banco fiduciario para los aspectos señalados o para otros temas de la administración del fideicomiso estaría integrado por los señores "x" y "z", personas de la entera confianza del fideicomitente; d) Los honorarios a cobrar por el Banco fiduciario serían los que de común acuerdo fijaren el Banco y el - Comité consultivo de la administración y e) Concluído el plazo del fi-- deicomiso, los bienes que pertenezcan a él serían entregados a la heredera."1/

En otro fideicomiso testamentario muy reconocido en nuestro medio, el causante instituyó como única y universal heredera de todos sus bie-- nes a su esposa, con excepción de los bienes que destinó a formar parte del fideicomiso constituido en el mismo testamento. En caso de que fa-- lleciere la esposa sin aceptar la herencia, los bienes que le hubieran - correspondido de acuerdo con el testamento, pasarían a formar parte del fideicomiso en mención. Se designó como fiduciario al Banco "x" del do- micilio de San Salvador y como fideicomisarios a todas las instituciones de beneficencia del Departamento de La Libertad. 2/

Los dos fideicomisos anteriores han tenido vigencia en El Salvador; sin embargo, especialmente en el último de los transcritos se presenta-- ron serios problemas judiciales al morir el causante que inclusive provou

1/ Tomado del Testamento otorgado por el Sr. Eduardo Guirola. Santa -- Tecla.

2/ Tomado del Testamento de Don Walter A. Soundy. Santa Tecla. 1975.

có, a nivel popular, que se cuestionara la practicidad y garantía que en verdad significan los fideicomisos testamentarios. No obstante, el caso que antecede ha dado la oportunidad de prevenir futuros problemas, y especialmente de que responsabilicemos al jurista de la adecuada constitución de los fideicomisos. De aquí que propugnemos por la utilización de una terminología apropiada; en estos casos la designación del Banco encargado no como se ha hecho en los casos anteriores simplemente como fiduciario, sino otorgándole la calidad de "heredero fiduciario" o "legatario fiduciario" ya que tal es su carácter según la ocasión, creemos estaría cubriendo la oportunidad de cualquier litigio futuro. Es claro que corresponde al fiduciario aceptar la herencia, declarar y pagar los respectivos impuestos sucesorales, e inclusive responder de las deudas hereditarias aunque todo ello sea por cuenta del fideicomiso. Las personas que reciben el beneficio del fideicomiso testamentario son simplemente fideicomisarios y en consecuencia no son ellos los que aceptarán herencia.

Con lo antes transcrito, creemos ha quedado claro lo relativo al fideicomiso testamentario.

### 3. MIXTO

CONCEPTO. Es aquel fideicomiso que comienza a ejercerse en vida -- del fideicomitente y continúa después de su muerte.

GENERALIDADES. Este fideicomiso se constituye por escritura pública, con las formalidades de los contratos y se confirma en el testamento por el fideicomitente. Por constituir una mezcla de las dos primeras -- clases es indudable que lo aplicable a aquellos lo es también al Fideicomiso Mixto, aclarando que éste se considera como entre vivos en cuanto a los efectos que deben producirse en vida del fideicomitente. En caso de

que el fideicomitente falleciera el fideicomiso continúa su existencia - hasta que se cumpla el plazo o fin para el que fue creado.

Vistos someramente estos tres tipos de fideicomisos reconocidos expresamente por varias legislaciones incluyendo la nuestra, pasemos a analizar la siguiente clasificación, en la cual el criterio de diferenciación esta constituido por los fines para los cuales son creados los fideicomisos. Observemos sí, que las categorías que vamos a analizar surgen a la vida práctica en virtud de cualquiera de los medios por los que se manifiesta el fideicomiso expreso.

## SEGUNDA CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS

ATENDIENDO A LOS FINES QUE PERSI- GUEN	{	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Fideicomiso de Inversión</li> <li>2. Fideicomiso de Garantía</li> <li>3. Fideicomiso de Administración</li> <li>4. Fideicomiso de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación.</li> <li>5. Fideicomiso de seguro de vida</li> <li>6. Fideicomiso de voto</li> </ol>
	{	<ol style="list-style-type: none"> <li>7. Otros Fideicomisos { <ul style="list-style-type: none"> <li>de Beneficencia</li> <li>de Hospitalización</li> <li>de Educación</li> <li>de Planes de Pensión y - Ahorro.</li> </ul> </li> </ol>

### 1. FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

CONCEPTO. Es aquel en el cual el fideicomitente destina el patrimonio fideicomitado, en este caso sumas de dinero, para efectuar operaciones provechosas económicamente para el beneficiario.

El Doctor Barrientos considera que en virtud de este tipo de fideicomiso, el fideicomitente entrega a la institución fiduciaria sumas de dinero, para que sean invertidas en la adquisición de valores apropiados, que reúnan los requisitos de rentabilidad y seguridad. 1/

1/ Doctor Francisco José Barrientos. Obra citada. p. 16.

GENERALIDADES. Este fideicomiso es el que ha logrado hasta el momento, el mayor éxito, ya que presenta el gran atractivo de la rentabilidad casi garantizada. Se le reconoce por los autores la característica de asemejarse a las operaciones bancarias propiamente dichas ya que mediante su constitución y ejecución la institución fiduciaria capta sumas de dinero de los fideicomitentes y las destina a inversiones lucrativas. <sup>1/</sup>

Por regla general y como antes se dijo, el objeto de este fideicomiso está constituido por la entrega material de una cantidad de dinero, aunque excepcionalmente puede serlo un mueble o inmueble afectados a -- ser convertidos en efectivo e inmediatamente invertirse de conformidad con lo establecido en la escritura constitutiva.

Respecto a las instrucciones establecidas en el acto constitutivo juegan en este fideicomiso un papel muy importante, ya que la responsabilidad de la institución fiduciaria es grande puesto que están obligadas a invertir en el más corto tiempo posible a efecto de hacer productiva la inversión, recordando que responden por el dolo o negligencia - que pudiera haberles.

FORMALIDADES. En relación con las formalidades para su constitución, ésta se efectúa por medio de contrato, en el cual se designa por su nombre propio o razón social a las partes que intervienen, como son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario; la cantidad de di-nero o la descripción de los bienes o derechos objeto del fideicomiso y el fin del fideicomiso, el cual podrá ser la inversión pura en títulos valores, el otorgamiento de créditos o inversión con destino al cumpli-

<sup>1/</sup> Dr. Francisco José Barrientos. Estudio sobre los Fideicomisos. San Salvador. Octubre de 1973. Página 5.

miento de diversos fines. Asimismo, se incorporan las cláusulas usuales como son: la forma de cobrar los rendimientos y su forma de aplicación, la rendición de cuentas, las comisiones del fiduciario, lo relativo a la defensa del fondo fideicomitado, la irrevocabilidad del fideicomiso durante la vigencia de los préstamos concedidos, las prohibiciones legales, lo referente a la competencia de los tribunales que pudieran conocer en determinados casos y la forma de extinguirse.

En el fideicomiso de inversión, como se ha dicho, el objeto o materia es siempre efectivo o convertible a efectivo y los fines son variados, aceptándose fundamentalmente dos clases como son: cuando se destina la inversión a títulos valores y cuando se destina a préstamos o créditos. Eventualmente puede destinarse la inversión con fines distintos a los antes expresados.

CASO PRACTICO. Un ejemplo de fideicomiso de inversión actualmente desarrollándose es el siguiente:

I. El fideicomitente constituye en el acto un fideicomiso aportando al banco fiduciario, cantidad de colones para formar un fondo de inversiones.

II. Campos de Inversión. El Banco invertiría a su discreción el dinero que recibe en fideicomiso, colocándolo así: 1) créditos representados por letras de cambio o documentos a mútuo; 2) Títulos Valores; o 3) Depósitos que devenguen intereses.

III. Rendimientos. Se entenderían como rendimientos del fondo en fideicomiso los intereses, dividendos y demás productos después de deducir -- los impuestos que el fiduciario debe retener, los gastos que se causen y sus comisiones.

IV. Designación de Fideicomiso y fines. Con los rendimientos produci--

dos el fiduciario atendería los gastos de colegiatura relacionados con los estudios finales profesionales de un menor de edad, hijo del fideicomitente, a quien en este acto nombra como fideicomisario y al cual debe entregársele al finalizar los estudios, el remanente de dichos rendimientos. Finalizado el plazo los bienes volverán al fideicomitente; en caso de que acaeciera su muerte el patrimonio fideicomitado pasaría a favor del beneficiario."

El ejemplo anterior, que sólo representa las cláusulas principales de un fideicomiso de inversión, nos plantea el caso de que el beneficiario o fideicomisario esté constituido por una persona distinta a las dos primeras que intervienen: fideicomitente y fiduciario, sin embargo es muy común en este tipo de fideicomiso que el fideicomitente sea el mismo fideicomisario.

Otro aspecto que vale la pena destacar es lo relativo a la irrevocabilidad que como norma del fideicomiso rige durante la vigencia de las operaciones.

Podemos concluir como aspecto relevante que las ventajas que este fideicomiso presenta son innegables, ya que prácticamente ninguna operación reúne las condiciones de máxima seguridad en la inversión, alta rentabilidad y liquidez casi inmediata.

## 2. FIDEICOMISO DE GARANTÍA

CONCEPTO. "Es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero."<sup>1/</sup>

GENERALIDADES. El fideicomiso de garantía deriva su vigencia de -

<sup>1/</sup> Francisco José Barrientos. El Fideicomiso en Venezuela. Página 43.

una operación crediticia entre dos personas: un deudor que se convierte en el fideicomitente y un acreedor que será el fideicomisario.

Funciona de la siguiente forma: la persona que recibe el crédito constituye un fideicomiso sobre determinados bienes de su propiedad, los cuales transfiere a una institución fiduciaria a efecto de garantizar el préstamo que le ha concedido el designado como fideicomisario, el cual en ningún caso podrá ser el mismo fiduciario. Es así que el fiduciario recibe los bienes fideicomitados con la afectación exclusiva de ser garantía del préstamo otorgado por el fideicomisario y con la obligación de conservarlos mientras dure el plazo del crédito que siempre es el mismo del fideicomiso.

Siendo que la finalidad primordial de este fideicomiso es garantizar en forma segura e inmediata la concesión de créditos, es lógico pensar que la posición de la institución fiduciaria será siempre vigilante, atenta en especial al momento en que se cumpla el plazo del préstamo garantizado. Concluido éste, pueden darse dos situaciones: 1) El deudor-fideicomitente fue puntual en el pago de su obligación, o 2) Fue impuntual y se encuentra en mora. Ante tales alternativas, la actuación del fiduciario debe ser: en el primer caso la devolución inmediata de los bienes fideicomitados al fideicomitente, y en el segundo caso deberá hacer efectiva la garantía de conformidad con las instrucciones dadas en el acto constitutivo. En otras palabras, deberá efectuar el pago que le corresponde hacer al deudor.

FORMALIDADES. El fideicomiso de garantía surge accesoriamente al contrato de mútuo, y su constitución se efectúa por medio de escritura pública en la cual se consignan las cláusulas que la relacionan con el contrato principal de préstamo, es decir, en la escritura se incorporan

las cláusulas usuales de estos contratos tales como el plazo, intereses y otras. Asimismo debe invariablemente consignarse la estipulación de que mientras esté pendiente la obligación garantizada, la transferencia de dominio en favor del fiduciario es de carácter irrevocable. También debe expresarse detalladamente el procedimiento que seguirá la institución fiduciaria para el pago de la cantidad adeudada en el caso de mora del deudor, y el cual puede consistir en una venta con determinados requisitos, como por ejemplo, publicaciones previas, o bien cualquier otro procedimiento para el pago, como sería el arrendar los bienes fideicomitidos para con su producto efectuar los abonos necesarios.

CASO PRACTICO. Un caso de fideicomiso de garantía que se desarrolló en la vida práctica se relaciona a continuación:

I. El fideicomitente transmitiría en fideicomiso irrevocable al banco fiduciario una propiedad rural de mil manzanas, en garantía de un préstamo que le habría sido concedido por un determinado acreedor fideicomisario, persona distinta al fiduciario, por la cantidad de cien mil colones, suma que en el acto de firmar el contrato recibiría el fideicomitente. Dicha cantidad la recibiría para un plazo de veinte años, al interés del once por ciento anual, todo lo cual se relaciona en el contrato adjunto.

II. El fideicomitente quedaría obligado al saneamiento para el caso de evicción, respecto del inmueble materia del fideicomiso.

III. Se establecieron como fines del fideicomiso que el fiduciario conservara en fideicomiso la propiedad del inmueble afectado para garantizar el pago del importe total del crédito concedido por el fideicomisario, más sus intereses y accesorios legales.



IV. Se pactó que para el caso de incumplimiento del fideicomitente a las obligaciones establecidas, el fiduciario procedería a vender el inmueble fideicomitado en ejecución de los fines del fideicomiso, siguiendo cualquiera de los dos procedimientos que se detallan a continuación:

1) VENTA. Serviría como valor base del inmueble la cantidad que arrojaré el avalúo practicado por la institución fiduciaria que designara el fiduciario. Este podría vender durante el primer mes de sus gestiones en una cantidad igual o mayor a la que arrojaré el avalúo referido. Si el fiduciario no lo lograra, seguiría haciendo sus gestiones y reduciría en un 10% la cantidad anterior cada vez que transcurra un mes, --tratando en todo caso el fiduciario de obtener el mejor precio y las mejores condiciones posibles de venta.

2) REMATE. Mediante remate de los bienes dados en garantía. El remate se llevaría a cabo en el local del fiduciario dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se haría a los interesados, previa publicación de tres avisos en el Diario Oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación, debiendo transcurrir por lo menos cinco días entre la última publicación y el día señalado para el remate.

V. Una vez efectuada la venta el fiduciario sin necesidad de resolución judicial, aplicaría el producto de la venta del inmueble fideicomitado de la siguiente forma: a) al pago de los impuestos, gastos y honorarios por la venta; b) después se reembolsaría al fiduciario todos los gastos que hubiere erogado con motivo del fideicomiso, así como el importe de las comisiones pactadas a su favor; c) al pago del saldo insoluto del fideicomisario, más sus intereses; d) en caso de remanente lo devolvería al fideicomitente."

VENTAJAS. Estos son los aspectos prácticos más sobresalientes de un fideicomiso de garantía, destacándose la ventaja que tiene sobre las garantías tradicionales como son la prenda y la hipoteca, de ahorrar los trámites judiciales para el remate de los bienes dados en garantía, lo cual redundaría en beneficio del tiempo y de los costos que afectan inclusive al deudor. Otra ventaja de que goza este fideicomiso en favor de ambas partes es de que en la venta puede lograrse hasta un cien por ciento con respecto al valor de los bienes fideicomitidos. Estas ventajas han incentivado mucho los fideicomisos de garantía.

Sin embargo, es partiendo de los aspectos antes relatados que el fideicomiso de garantía ha sido adversado en especial por autores mexicanos, quienes consideran que la facultad que se pretende conceder a los bancos para ejecutar la venta del bien dado en garantía en el caso de mora del deudor es inconstitucional, puesto que - consideran - se trata de una verdadera atribución jurisdiccional que en la práctica se ha prestado a verdaderos despojos. Afirman que en caso de que el deudor no demuestre el pago, pero tiene excepciones que oponer a su acreedor, el banco no estaría capacitado para juzgar y decidir la controversia. 1/

Batiza, no obstante, considera tal opinión como inexacta, afirmando que "el fiduciario no resuelve controversia alguna limitándose a comprobar una simple situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y caso de quedar un sobrante, entregarse lo al deudor fideicomitente." 2/ De esta opinión participamos nosotros,

1/ Luis Muños. Obra citada. Pág. 21.

2/ Rodolfo Batiza. Obra citada. Pág. 146.

agregando a ello la posibilidad de que sean plenamente aplicables en el país ya que a pesar de que no están expresamente permitidos tampoco están prohibidos.

### 3. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

CONCEPTO. Se le ha definido como "aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc., todo ello en interés del beneficiario." <sup>1/</sup>

GENERALIDADES. Según pareciera deducirse del concepto anterior, nos encontramos ante un fideicomiso verdaderamente simple y con muy pocas implicaciones prácticas. Sin embargo, son dos aspectos íntimamente relacionados los que definitivamente han marcado el gran desarrollo que este fideicomiso ha tenido, y ellos son: por una parte las causas o circunstancias muy diversas que a menudo imposibilitan el simple manejo de determinado patrimonio ya no se diga la efectiva administración del mismo, como pueden ser una enfermedad o incapacidad manifiesta para los negocios, o bien la minoría de edad, y en fin, tantas circunstancias personales que a diario se presentan. Por otra parte existe un aspecto bastante importante en la vida del fideicomiso el cual imprime un sello de garantía a cualquier finalidad que se pretenda conseguir, ello es la alta capacidad técnica que caracteriza a las instituciones fiduciarias, lo que, definitivamente, les permite atender con la eficiencia debida toda clase de negocios que se les encomiende.

<sup>1/</sup> Rodolfo Batiza. Obra citada, pág. 144.

Esos dos aspectos ligados en relación necesidad-provecho, ha permitido la expansión del fideicomiso de administración, el cual a estas alturas incluye el manejo de bienes muebles, especialmente de carácter mercantil, como son las acciones.

Este fideicomiso se presenta pues en la realidad práctica abarcando una verdadera gama de situaciones que van, desde la simple administración de un inmueble, comprende el manejo de toda clase de muebles incluyendo acciones, hasta llegar a la administración de empresas completas. Si una persona decide en su testamento crear un fideicomiso en beneficio de instituciones de caridad, se plantea un fideicomiso de administración; si decide retirarse de los negocios y establecer para ello un fideicomiso, también se nos plantea uno de administración, y es que su campo es tan amplio que casi puede asegurarse que todas las diversas clases de fideicomisos participan un poco del de administración.

FORMALIDADES. Este fideicomiso, al igual que los anteriores, se constituye por medio de Escritura Pública; en el clausulado se consigna el nombre o la denominación de las partes que intervienen: fideicomitente, fiduciario, fideicomisarios, la designación de los bienes fideicomitados, los fines del fideicomiso y demás estipulaciones usuales como fijación de facultades, prohibiciones, comisiones, extinción, etc.

CASO PRACTICO. Reflejando dentro de su relativa simplicidad una complejidad muy interesante, el fideicomiso de administración plantea la característica de poder combinarse con otros tipos de fideicomisos. De ese modo, resulta bien amplio e ilustrativo un caso desarrollado en México transcrito por el autor Raúl Cervantes Ahumada, y que dice: "una viuda anciana era propietaria de dos fincas de vecindad de tipo antiguo. Tenía una hija enajenada y una hermana mayor. Las fincas no producían su-

ficientes rentas por su mala calidad. La viuda constituyó un fideicomiso y trasladó al Banco la titularidad de las fincas para los siguientes fines:

- a) Se encargaría el Banco de vender una de las fincas;
- b) Demolería la otra finca, y con el producto de la venta de la primera construiría en el terreno de la segunda un edificio moderno;
- c) Si no alcanzare el valor de la finca vendida para la construcción del edificio, se contraería un crédito hipotecario, con creación de cédulas sobre el edificio nuevo;
- d) Una vez terminado el edificio, el banco lo rentaría y los productos se destinarían:
  - I. A cubrir las exhibiciones del crédito hipotecario;
  - II. A pagar al Hospital la pensión de la enajenada;
  - III. A pagar una pensión fija a la anciana hermana de la fideicomitente;
  - IV. A pagar las primas de seguros y contratos de capitalización de la fideicomitente.
  - V. A cubrir los gastos de administración;
  - VI. El remanente se llevaría mensualmente a la fideicomitente, a su domicilio;
- e) Al morir la fideicomitente, el banco seguiría administrando los bienes y se encargaría de atender los gastos de la fideicomisaria enajenada y de la fideicomisaria hermana mayor de la fideicomitente;
- f) Al morir la última fideicomisaria, el banco entregaría la finca y -- los remanentes de productos, en propiedad, a una institución de asisten--cia designada en el acto constitutivo del fideicomiso.

Según se dice, este fideicomiso ha funcionado bien en la práctica. 1/

1/ Raúl Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A., México, D.F., 8a. Edición 1973, pág. 296.

#### 4. FIDEICOMISO DE BASE PARA LA EMISIÓN DE CERTIFICADOS FIDUCIARIOS DE PARTICIPACIÓN.

CONCEPTO. Es aquel fideicomiso en virtud del cual las instituciones fiduciarias pueden emitir y colocar certificados fiduciarios de participación sobre bienes o derechos de cualquier clase, lo mismo que sobre toda clase de empresas, consideradas como unidades económicas.

GENERALIDADES. No se tome como un dato verdaderamente seguro, pero según parece, el origen de este fideicomiso se remonta a la época de la Revolución Industrial, al momento en que el desarrollo de la industria exigía fuertemente mayores cantidades de capital que ni las más grandes sociedades anónimas de ese tiempo podían satisfacer. La necesidad llegó al extremo de que la única solución que se planteó fue la de buscar ese dinero en el mayor número posible de personas, para ello se utilizó la vieja fórmula en virtud de la cual un "trustee" o fiduciario de reconocida solvencia recibía bienes del deudor como garantía del préstamo que le hacían los distintos acreedores agrupados. Cada préstamo se documentaba con bonos certificados por el "trustee" que amparaban la cantidad adeudada. La misión del "trustee" era responder con la garantía para el caso de que la deuda no le fuera satisfecha a los acreedores. De allí en adelante este sistema se fue utilizando cada vez más a menudo, y ha constituido, hasta el momento, un excelente medio de captación y canalización de dinero.

Tal como en sus antecedentes históricos, este tipo de fideicomiso plantea una notable diferencia con respecto a los demás, y ello es, en lo relativo al sujeto fideicomisario, el cual en este caso está integrado por la colectividad de tomadores de certificados, es decir, el beneficiario es colectivo.

Actualmente las personas que intervienen como fideicomisarios se documentan con "certificados fiduciarios de participación," calificados legalmente como títulos valores y los cuales incorporan cualquiera de los siguientes derechos: a) Derecho a una parte alícuota sobre los bienes o derechos objeto del fideicomiso; b) Derecho a una parte alícuota de los rendimientos de los derechos o bienes del fideicomiso; y c) Derecho a una parte alícuota del producto neto de la venta de los bienes o derechos fideicomitados. La forma de hacer viable la intervención de la colectividad de tomadores de certificados es a través de un representante común, el cual tiene expresamente determinadas sus funciones por la ley.

En nuestro medio solo los Bancos Fiduciarios pueden emitir certificados fiduciarios de participación y lo hacen únicamente, previa autorización expresa del organismo respectivo que comprueba la existencia del fideicomiso y práctica el valúo de los bienes fideicomitados. Hasta el momento no se ha otorgado ningún fideicomiso de esta clase en El Salvador.

FORMALIDADES. En este fideicomiso se efectúan dos escrituras públicas: una constitutiva del fideicomiso, la cual es a su vez causa de la otra, que es la de emisión de los certificados de participación. En la primera escritura se consignan los datos comunes: nombre o denominación del fideicomitente y del fiduciario, no así del fideicomisario ya que como antes se dijo, éste por el hecho de estar integrado por una colectividad es indeterminado. Asimismo, se designan los bienes objeto del fideicomiso, los fines y las instrucciones que servirán de base para la constitución de la segunda escritura que es aquella en virtud de la cual se autoriza la emisión de los certificados fiduciarios de parti

cipación. En esta última escritura se hacen constar: la denominación y el domicilio del Banco emisor, una relación de la Escritura constitutiva, la descripción de los bienes o derechos objeto del fideicomiso -- así como el dictámen pericial o valúo de los mismos, el importe de la emisión, y el número y valor de los certificados que se emitirán, su naturaleza, los derechos que incorporan, y en su caso, el mínimo de rendimientos garantizado. En fin, se anotan todos los detalles que las leyes de cada país consignan expresamente como obligatorios. Para que -- surja plenamente a la vida jurídica, ambas escrituras deben inscribirse en el Registro de Comercio respectivo.

VENTAJAS. Este tipo de fideicomiso conserva desde su origen la característica que le dió vigor, y es la de atraer el dinero de muy diversas personas, lo cual lo convierte en una fórmula verdaderamente provechosa para el desarrollo de un mercado de capitales, propicio para un definitivo impulso industrial. Y es que, como en este tipo de fideicomiso previamente se garantiza un rendimiento a la inversión, al tiempo que se vuelve accesible para el mayor número posible de personas, mucho dinero que se encuentra ocioso o mal invertido, se capta y canaliza adecuadamente.

## 5. FIDEICOMISOS DE SEGURO DE VIDA

CONCEPTO. Tiene por objeto garantizar el buen manejo de la indemnización resultante de una póliza de seguro; consistiendo en que el titular de la póliza afecta en fideicomiso el importe del seguro, designando para ello como beneficiario de dicha póliza a una institución fiduciaria, la cual se encargará de administrar ese fondo de acuerdo con -- las instrucciones del fideicomitente asegurado en provecho de los fidei



comisarios designados en el acto constitutivo del fideicomiso.

GENERALIDADES. Este fideicomiso que es prácticamente una variedad del fideicomiso de administración, pretende asegurar en forma absoluta el futuro económico de los beneficiarios de las pólizas de seguro, los cuales por regla general, están constituidos por los grupos familiares de los asegurados. El fiduciario en este caso debe trabajar coordinadamente con las compañías aseguradoras ya que el fideicomiso se ejecuta materialmente en dos actos: por una parte la persona que decide tomar una póliza de seguro designa como beneficiario a una institución fiduciaria; coetáneamente se constituye un fideicomiso en el cual el asegurado pacta con la institución fiduciaria designada en el póliza como beneficiaria, que, en su oportunidad, el producto del seguro de vida se debe administrar de conformidad con las instrucciones que allí establece, disponiendo al final la forma en que se distribuirá el fondo fiduciario.

Este fideicomiso presenta la característica de ser revocable, lo que significa para el fideicomitente asegurado la oportunidad de modificar en cualquier momento sus disposiciones.

FORMALIDADES. El acto constitutivo como en todos los tipos de fideicomisos antes vistos debe constar en Escritura Pública y el clausulado prácticamente es común con los anteriores, con la salvedad en lo relativo al objeto o materia del fideicomiso que en este caso no está --- constituido por bienes muebles o inmuebles, o derechos, sino por una póliza de seguro, la cual debe relacionarse en el instrumento de constitución. Asimismo, tampoco por regla general se establece un plazo determinado para la duración del fideicomiso pues en principio ni siquiera se sabe cuándo va a comenzar a funcionar el fideicomiso ya que ésta va

a operar hasta que fallezca el asegurado; además como la finalidad principal es la de asegurar al grupo familiar, por lo general lo que se establecen son condiciones resolutorias para la terminación del contrato, como son: que el contrato terminará con la repartición de la última porción del capital al último de los beneficiarios cuando éste cumpla la mayoría de edad 1/.

VENTAJAS. Creo suficiente decir que si el seguro de vida de por sí plantea ventajas de protección familiar, éstas se ven multiplicadas cuando a los beneficiarios no solo se les está asegurando una suma de dinero sino que además se les está administrando ese patrimonio familiar con la misma capacidad con la que únicamente lo haría un buen padre de familia con toda la capacidad de un administrador. Este fideicomiso se le considera como un clásico ejemplo de "gobierno desde la tumba," puesto que el padre de familia prácticamente sigue velando por el bienestar de los beneficiarios aún estando ausente.

## 6. FIDEICOMISO DE VOTO. (También se considera una variante del fideicomiso de administración).

CONCEPTO. "Es aquel fideicomiso en virtud del cual los propietarios de acciones con derecho de voto lo disocian de la propiedad, reteniendo ésta pero transmitiendo aquel al fiduciario". 2/

GENERALIDADES. Este tipo de fideicomiso es de origen norteamericano habiéndose utilizado en sus principios en el período de la recesión - en la reorganización de compañías ferroviarias que estaban en serias dificultades económicas; por este medio se pretendía conseguir la unifica-

1/ Dr. Oswaldo Carrillo Roura. El Fideicomiso y su Aplicación en Venezuela, citado por Dr. Francisco José Barrientos. El Fideicomiso en Venezuela, p. 31.

2/ Rodolfo Batiza. Obra citada, p. 366.

ción administrativa y consiguientemente el fortalecimiento de las sociedades, pues esto es algo así como un círculo vicioso: si hay unidad administrativa se fortalece la sociedad, y con ello se obtiene financiamientos que benefician a su vez la administración. Se podría plantear la interrogante de cómo se logran los objetivos antes mencionados a través de un fideicomiso, y esto es así pues el efecto inmediato que se obtiene es el de una votación unida por parte de los diversos accionistas que han transmitido el derecho al voto, con lo que se consigue una relativa unanimidad de decisión. En nuestros países latinoamericanos este fideicomiso aún no se ha desarrollado.

## 7. OTROS FIDEICOMISOS

Bajo este sub-título pretendemos dar a conocer brevemente otras clases de fideicomisos que actualmente existen como figuras casi independientes; y decimos de tal manera, porque en verdad se trata más que todo de fideicomisos de administración o inversión en los que la diferencia específica está constituida por los fines expresos para los cuales se crean. Dentro de esta clase está el fideicomiso de Beneficencia, el de Hospitalización, el de Educación, y el de planes de pensión y ahorro.

- El primero, de amplia divulgación en nuestro medio, puede crearse por acto entre vivos o por testamento, siendo este último el más usual. En este fideicomiso, tal como su nombre lo indica es voluntad del fideicomitente beneficiar a una colectividad de personas, su fin es pues, exclusivamente caritativo, y para ello confía a una institución fiduciaria el manejo de un determinado patrimonio con la certeza absoluta de que se obtendrá el máximo provecho en beneficio de la colectividad.

- Con respecto al segundo y tercer tipo de fideicomiso, su creación, que también puede ser por testamento o por acto entre vivos, en la prácti

ca indistintamente va encaminada a ser aplicada en forma personal o colectiva. Ello significa que en la primera situación el fideicomitente destina el patrimonio fideicomitado en beneficio de determinado o determinados fideicomisarios, estableciendo como finalidad específica la cobertura de los gastos de hospitalización o de educación de los beneficiarios, los -- cuales son, por regla general, incapaces, física o legalmente.

En la segunda situación, que es prácticamente un caso de beneficencia, el fideicomitente destina el patrimonio fideicomitado en favor de -- una colectividad indeterminada de personas pero que se ajusten a determinadas condiciones o requisitos para gozar de ello. Así por ejemplo, una empresa puede establecer un fideicomiso de Hospitalización en favor de -- los trabajadores y su grupo familiar. Aquí la condición es la de ser trabajador de la compañía. Otro caso es el que tiende a la creación de un -- fondo para becas en favor de estudiantes de escasos recursos económicos -- que ingresen a la Universidad, con la condición de que obtengan un alto -- promedio de calificaciones. En esta situación analizada, a pesar de que los fideicomisarios no están determinados en el acto constitutivo, se establecen ciertas y determinadas condiciones que lo vuelven determinable -- al momento en que se goza del beneficio del fideicomiso.

- Con relación al fideicomiso en base a planes de pensión y ahorro, se trata de una modalidad muy propicia para ser utilizada en empresas, cooperativas y especialmente en Sindicatos o Asociaciones Profesionales. El -- fin que este fideicomiso persigue es el de asegurar el retiro de los trabajadores asociados y se ejecuta mediante la creación de un fondo aportado por la empresa o asociación como fideicomitentes, el cual puede ser incrementado con aportaciones exclusivas del fideicomitente o de éste con -- juntamente con los beneficiarios, y que se confía a una institución fidu-

ciaria para que lo maneje e invierta y, en su oportunidad, lo distribuya conforme las instrucciones entre los trabajadores o asociados que vayan cumpliendo los requisitos necesarios para gozar de los beneficios.

VENTAJAS. Todos estos tipos de fideicomisos últimamente analizados plantean serias ventajas comunes como son: la seguridad en el buen manejo de los fondos pues han confiado la administración del patrimonio a -- una institución verdaderamente técnica y cuidadosa de sus funciones, todo lo cual garantiza el cumplimiento de la finalidad. Por otra parte, - existe la circunstancia de la vida ilimitada de las instituciones fiduciarias que permite al fideicomitente confiar en que su voluntad se prolongará en el tiempo.

Las modalidades del fideicomiso vistas anteriormente constituyen, - por ahora gran parte del campo de aplicación de esta institución, el cual, por cierto, cada día se amplía con nuevas y muy distintas proyecciones. Esta circunstancia prometedora del fideicomiso es a su vez causa sufi---ciente de que la clasificación que hemos analizado: "atendiendo a los - fines que persiguen los fideicomisos" desmerezca un poco en el aspecto - puramente científico y quede únicamente como una buen imagen de la amplitud que el fideicomiso plantea.

A continuación analizaremos brevemente otras clasificaciones del fideicomiso, las cuales se encuentran contenidas en la mayor parte de le--gislaciones latinoamericanas partiendo del famoso proyecto de Alfaro y - en las que el criterio diferenciador predominante es de carácter puramente civilista.

## TERCERA CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS

- |    |                                      |   |  |
|----|--------------------------------------|---|--|
| 1. | Según los bienes que abarca          | { | Universal                              |
|    |                                      | { | Particular                             |
| 2. | Según estén sujetos o no a condición | { | Puro y Simple                          |
|    |                                      | { | Condicional - incierto o indeterminado |
| 3. | Según el plazo para el que se crean  | { | Temporal                               |
|    |                                      | { | Por tiempo indeterminado               |
|    |                                      | { | Vitalicio                              |

### 1. FIDEICOMISO UNIVERAL

Es el que comprende todos los bienes o derechos del constituyente o una cuota de ellos como la mitad o un tercio.

#### PARTICULAR

Comprende uno o más especies o cuerpos ciertos del constituyente como tal casa.

### 2. PURO Y SIMPLE

Es aquel fideicomiso cuya ejecución no depende de ningún hecho futuro e incierto. En esta clase están incluidos los que se constituyen para cumplirse en día cierto, determinado o indeterminado. En el primer caso el día necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como por ejemplo el fideicomiso comenzará a funcionar a partir del primero de enero del corriente año. En el segundo caso el día necesariamente ha de llegar pero no se sabe cuándo, como en el caso de los fideicomisos testamentarios o en los de seguro, los cuales comenzarán a tener vigencia a la -

muerte del testador-fideicomitente, lo que acaecerá necesariamente pero sin saberse cuando.

### CONDICIONAL

Es aquel cuya ejecución depende de una condición, ésto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del fideicomitente no tendrá vigencia el fideicomiso si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo. Un ejemplo de ello lo constituye el establecer en el acto constitutivo del fideicomiso la cláusula de que el beneficiario designado recibirá el provecho del fideicomiso siempre que se gradúe de médico en un plazo de quince años. Si tal acontecimiento se dá, el fideicomiso tendrá plena validez, si no se extinguirá por no haberse cumplido la condición. Siguiendo la inspiración civilista en esta clase de fideicomisos la condición puede ser suspensiva o resolutoria, positiva o negativa, causal, potestativa o mixta.

### 3. FIDEICOMISOS TEMPORALES

Son aquellos en los cuales se establece un plazo, es decir, se constituye por un tiempo determinado. Así por ejemplo, "constituyo este fideicomiso por un período de cinco años...".

#### FIDEICOMISOS POR TIEMPO INDETERMINADO

Son aquellos cuya duración depende de la naturaleza del negocio encargado al fiduciario. Un ejemplo es cuando el fideicomiso se constituye para llevar a cabo lotificaciones y urbanizaciones de un determinado terreno.

#### FIDEICOMISOS VITALICIOS

Son aquellos cuya duración se estipula en base a la duración de la vida del fideicomitente, el fiduciario o del fideicomisario. Existen únicamente en los Estados Unidos.

Considerando la amplitud del punto y la imposibilidad material de agotarlo ya que aún existen otras clasificaciones que parten de distintos criterios, es que pasaremos a analizar en el siguiente capítulo, el aspecto puramente legal del fideicomiso en El Salvador.



# CAPITULO V

## FUNDAMENTO LEGAL EN EL SALVADOR

### 1. ASPECTO CONSTITUCIONAL

Como se anotó en el capítulo primero de esta tesis, el problema capital que el fideicomiso planteó históricamente en su aspecto jurídico, fue su utilización en la Edad Media como "sustitución fideicomisaria", - es decir como una forma de vinculación que ataba de manera perpetua - la propiedad al dominio de alguna familia. También vimos que las referidas vinculaciones se caracterizaron por generar muchas injusticias puesto que al establecer un riguroso orden previo en la sucesión imposibilitaban la transferencia de los bienes, razón por la cual fueron tan repudiadas a partir de la Revolución Francesa.

Es por ello que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecieron como principio fundamental la prohibición de las vinculaciones, regulando únicamente a modo de excepción los fideicomisos, en su sentido positivo, enmarcados dentro de determinados límites, como son: los constituidos a favor del Estado, Municipios, entidades públicas o Instituciones de Beneficencia Pública, y de los legalmente incapaces. Así mismo, los fideicomisos constituidos por un plazo determinado y siempre que su manejo esté a cargo de Bancos o Instituciones Públicas. Es ésta la concepción actual que sigue nuestra Constitución Política.

Sin embargo, analicemos retrospectivamente y a grandes rasgos cuál ha sido la visión constitucional de los fideicomisos durante nuestra vida de Nación Independiente.

## ANÁLISIS HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

El Salvador, país incluido dentro del actual Tercer Mundo, frenado muchas veces en su desarrollo por diversos aspectos de también muy diversa índole, ha sido no obstante, pródigo en Constituciones Políticas y en reformas constitucionales, y han sido de tal modo abundantes que en ciento cincuenta y cinco años de vida independiente podemos contar prácticamente trece modificaciones Constitucionales a la primera que se dió en 1824. Veamos sintéticamente la conducta del legislador constitucional respecto de las vinculaciones, a través del tiempo:

- 1º) Constitución de 1824 - No hace ninguna referencia a las vinculaciones.
- 2º) Constitución de 1841 - No hace ninguna referencia a las vinculaciones.
- 3º) Constitución de 1864 - No hace ninguna referencia a las vinculaciones.
- 4º) Constitución de 1871 - 1era. referencia. Prohíbe toda clase de vinculaciones.
- 5º) Constitución de 1872 - Idem.
- 6º) Constitución de 1880 - Idem.
- 7º) Constitución de 1883 - Idem.
- 8º) Constitución de 1885 - Idem.
- 9º) Constitución de 1886 - Idem.
- 10º) Constitución de 1939 - Prohíbe las vinculaciones pero establece como excepciones: 1) Los Fideicomisos a favor del Estado, Instituciones de Beneficencia o Culturales, de personas inhábiles conforme la ley y de personas que estén por nacer; 2) El bien de familia.
- 11º) Constitución de 1944 - Agregó a lo anterior un nuevo Fideicomiso permitido: el Judicial.

- 12º) Constitución de 1945 - Suprime el Fideicomiso Judicial. Vuelve a ser idéntico a lo establecido en 1939.
- 13º) Constitución de 1950 - Prohíbe las vinculaciones. Conserva - las excepciones anteriores y agrega - los fideicomisos en favor de cualquier persona siempre que el plazo no sea - mayor de veinticinco años y que el ma - nejo esté a cargo de Bancos o Institu - ciones de Crédito autorizadas.
- 14º) Constitución de 1962 - Idem.

Se pueden observar pues distintas conductas respecto de las vinculaciones así: durante las tres primeras Constituciones que por cierto abarcan los primeros cincuenta años de vida independiente, el legislador Constitucional, aún incipiente, probablemente no impregnado de las corrientes libertadoras de la Revolución Francesa, o más bien todavía - influenciado por los poderosos intereses españoles, no enfoca en absolu - to el problema de las vinculaciones guardando al respecto el más comple - to silencio, con lo que obviamente las permitía.

Es hasta que se decreta la cuarta Constitución, en el año de 1871 que por primera vez se enfrenta el legislador a la injusticia que las - vinculaciones representan prohibiendo así, radicalmente, toda especie - de vinculación, conducta de la cual fundamentalmente no se habría de -- apartar hasta nuestros días. Debemos si anotar, aunque adelante lo ve - remos detenidamente, que fué durante la vigencia de la Constitución de 1886 que no obstante prohibía toda clase de vinculaciones, que se decre - tó la primera ley de fideicomisos, ello fué en el año de 1937, razón -- por la cual los Magistrados que integraron la Corte de ese año debieron efectuar previamente un cuidadoso análisis sobre las posibles implica - ciones constitucionales de la referida ley.

La prohibición absoluta de las vinculaciones se prolongó pues du --

rante sesenta y ocho años, desde 1871 hasta 1939, y a pesar de que en este lapso se decretó la primera ley de fideicomisos, fué hasta ese año de 1939 que el legislador constitucional se adaptó a las necesidades de la época y aceptó un cambio de postura respecto de las vinculaciones, estableciendo, por primera vez excepciones a la radical conducta del -- constituyente de 1886 que prohibía toda clase de vinculaciones. A partir de éste momento las cuatro últimas Constituciones que se han decretado han observado fundamentalmente la misma conducta, variando únicamente de una a otra con respecto al número de excepciones permitidas, es decir, de fideicomisos permitidos.

La actual disposición constitucional, que data de 1962, es idéntica a la que establece la Constitución de 1950 y la analizaremos a continuación:

### ANALISIS DISPOSICION CONSTITUCIONAL VIGENTE

Art. 139 Cn. "Se prohíbe toda especie de vinculación, excepto:

1º) Los fideicomisos constituidos a favor del Estado, de los Municipios, de las Entidades Públicas, de las Instituciones de Beneficencia o de Cultura, y de los legalmente incapaces;

2º) Los fideicomisos, constituidos por un plazo que no exceda de veinticinco años y cuyo manejo esté a cargo de Bancos o Instituciones de Crédito legalmente autorizados;

3º) El bien de Familia.

Fundamentalmente este artículo de la Constitución incluido en el Título IX que se refiere al "Régimen Económico", tiende a garantizar la libertad económica, es decir, pretende asegurar la libre circulación de la riqueza dentro de un marco de justicia social que permita el acceso adecuado de los habitantes del país a toda clase de bienes. Esta disposición que indudablemente redundará en beneficio de la riqueza nacional,

prohibe pues las odiosas vinculaciones tan características en la Edad Media.

La intención del legislador constitucional tal como se dijo en líneas anteriores, se trasluce claramente: pretende garantizar la libertad económica y consecuentemente impide el exclusivismo perpetuo de la propiedad de los bienes. Es por ello, pero tratando de adaptarse a las necesidades de la época, que a la par que se prohibieron las vinculaciones se establecieron las excepciones que analizaremos a continuación:

1º) Son permitidos los fideicomisos que podríamos llamar Públicos, o sea, aquellos que tienden a causar un beneficio a una colectividad de personas, ya sea por medio del Estado, de los Municipios, de las Entidades Públicas o de las Instituciones de Beneficencia. Por tratarse de que estos fideicomisos van en interés de una generalidad de personas, y siendo que el beneficio se canaliza a través de instituciones que podríamos llamar de "vida perpetua", es que no se establece un plazo para su duración, constituyéndose consecuentemente estos fideicomisos en perpetuos. La razón única de que esta vinculación sea permitida, puesto que aquí sí se está sujetando para siempre la propiedad, es el positivo interés público que se manifiesta, muy contrario al exclusivo interés egoísta de las vinculaciones de antaño.

2º) Son permitidos los fideicomisos en favor de los legalmente incapaces. Estos fideicomisos en los cuales indudablemente predomina el interés público del Estado de brindar protección a los desvalidos se conforman en los únicos fideicomisos vitalicios autorizados por nuestra legislación. Ello significa que de conformidad con esta autorización pueden establecerse fideicomisos en que el único plazo será la vida del incapaz nombrado como beneficiario.

También este fideicomiso está plenamente justificado en nuestra -- Constitución, tanto por razones de orden público como antes se dijo, como por razones de carácter humanitario.

3º) Por último, se permiten los fideicomisos en favor de cualquier persona sea natural o jurídica, siempre que el manejo esté a cargo de Bancos o Instituciones de Crédito autorizadas y que el plazo no sea mayor de los veinticinco años.

Esta excepción permitida es la última innovación que presenta la - Constitución Política y constituye en definitiva la base de todo el sistema fiduciario del país ya que precisamente en esta autorización radica toda una legislación secundaria reguladora del desarrollo del fideicomiso en El Salvador.

La importancia de este numeral estriba en la oportunidad que plantea para que toda la comunidad pueda gozar de los indudables beneficios del fideicomiso, lo cual viene a darle carácter de institución eminentemente popular.

En cuanto a las limitaciones que se establecen respecto del manejo de los fideicomisos y el plazo, lo cierto es que constituyen una garantía en favor de los sujetos que intervienen pues así se enmarca al fideicomiso en el tiempo y en la responsabilidad que caracteriza a las -- instituciones bancarias, lo cual a su vez redundará en beneficio del régimen económico de carácter liberal imperante en nuestro medio.

Debemos sí destacar en el numeral que comentamos el criterio sólidamente constitucional de confiar exclusivamente a los bancos o instituciones de crédito legalmente autorizados, el manejo de los fideicomisos, con lo cual se le da un cierto sabor latino a la institución del fideicomiso más apropiado a nuestra idiosincracia. Recordemos que, por el -

contrario, en los países anglosajones puede ser fiduciario cualquier persona, ya sea natural o jurídica.

Finalizamos el comentario de esta disposición intuyendo en ella un sentimiento popular luego constitucionalizado, de haber plasmado en esa forma un impulso definitivo a la institución del fideicomiso y al desarrollo bancario en el campo fiduciario.

Analicemos a continuación la legislación secundaria.

## 2. LEYES SECUNDARIAS

### ANTECEDENTES LEGISLADOS

Cuarenta años justamente marcan el inicio legal de la institución del fideicomiso en El Salvador, "respondiendo así a una necesidad sentida en la práctica del derecho nacional, para mejor salvaguardia de los intereses de la Sociedad" <sup>1/</sup>, Así se justificó en la exposición de motivos lo que vendría a ser la primera ley de fideicomisos en nuestro país.

### LEY DE FIDEICOMISO DE 1937

La primera ley que reguló el fideicomiso en El Salvador, surgió en virtud de dos Proyectos de ley que se presentaron en 1937 a consideración de la Asamblea Legislativa. A ellos se adjuntó un estudio efectuado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en el cual se analizó tanto la constitucionalidad de la institución a desarrollar como su necesidad social, constituyéndose prácticamente éste trabajo en una verdadera exposición de motivos.

En dicho estudio los señores Magistrados, al hacer referencia a la constitucionalidad del fideicomiso fueron de la opinión que no atacaba -

<sup>1/</sup> Estudio Jurídico sobre Proyecto de Ley de Fideicomisos, efectuado por la Corte Suprema de Justicia 1937. Revista Judicial de 1937 El Salvador, Nos. 7 al 12, p. 570.

la prohibición vigente que la Constitución de 1886 hacía en forma radical de "toda especie de vinculación", expresándose en el sentido de que cuando los constituyentes de 1886 consignaron en el Artículo 5 la prohibición de toda clase de vinculación, lo habían hecho en vista de las odiosas vinculaciones de antaño que transmitían los bienes indefinidamente de generación en generación con el consiguiente perjuicio económico y moral para la sociedad. Manifestaban que "fluía naturalmente de ese precepto la interpretación razonable de que la vinculación a que el artículo se refiere es la creada por ese conjunto histórico de instituciones que ligaban la propiedad de tal manera que ya no cumplía la misión ideológica a que por su naturaleza estaba llamada a desempeñar en el movimiento evolutivo de la raza humana, y que de ninguna manera se establecía en contra de la libre disposición de los bienes dentro de los límites responsables, que vincula fuertemente la voluntad creando derechos y obligaciones necesarios para la existencia y desarrollo del Estado y del conglomerado social" 1/. Extendiéndose aún más los Magistrados --- afirmaron que en los fideicomisos a desarrollar: entre vivos, por causa de muerte y mixtos, no había inconstitucionalidad puesto que en ningún momento podría considerarse que se estaba ante una sustitución fideicomisaria o ante un fideicomiso gradual, que eran los que prohibían la Constitución, ya que "el traspaso de los bienes que el fideicomitente efectuaría en favor del fiduciario no le daría a ésta más carácter - que el de dueño teórico, aparente, con acciones y obligaciones de tal - para la mejor eficacia de sus funciones, pero en rigor sería un administrador con remuneración señalada por la ley" 2/. En realidad, agrega--

1/ Honorable Corte Suprema de Justicia de 1937. Estudio citado p. - 568.

2/ Honorable Corte Suprema de Justicia de 1937. Estudio citado, p.569.



ban, "en el fideicomiso propuesto, el fiduciario es sólo un intermediario que cumple como mandatario la voluntad del fideicomitente; es éste el verdadero tradente, por medio indirecto, del dominio a favor de los fideicomisarios. Esta transferencia de dominio es completamente análoga, por su fondo, a la donación entre vivos" 1/. Concluían los señores Magistrados considerando la actuación del fiduciario como pura apariencia determinando que su posición jurídica descansaba en un principio reconocido por toda legislación, ésto es la liberalidad, que por sí sola es suficiente para constituir obligaciones o vínculos de derecho.

En otro aspecto, la Honorable Corte analizó el problema de constitucionalidad que el fideicomiso planteaba con respecto al "fraccionamiento de la propiedad, dejando a una persona la nuda propiedad y a otra el uso o habitación", y fueron de la opinión que no creaba ningún vínculo reprochable puesto que se enmarcaba dentro de los límites trazados por el Código Civil: ninguno de los fideicomisos sobre alguno de los expresados derechos va más allá de la vida de una persona, o de un tiempo determinado mayor de los treinta años, (salvo el caso excepcional de que el fideicomiso fuera creado para fines caritativos).

Respecto de la conveniencia social de la Ley de fideicomisos, la Honorable Corte la consideró como beneficiosa al país, en especial en muchos casos que reclamaban con ansia una institución protectora de ciertos intereses no garantizados hasta ese momento. Manifestaron "que se buscaba con ansia algo nuevo, algo que fuera un refugio seguro hasta donde sea posible para los desvalidos", y así expresaron que "ese refugio podía ser, debía ser, la institución del fideicomiso pero enmarcado en los moldes de las nuevas orientaciones". 2/

1/ Honorable Corte Suprema de Justicia de 1937. Estudio citado, p.569.

2/ Honorable Corte Suprema de Justicia de 1937. Estudio citado, p.569.

La Ley de fideicomisos fué aprobada el día trece de Noviembre de mil novecientos treinta y siete, constó de veinticuatro artículos y siguiendo una tónica casi característica en todas nuestras leyes fue una copia bastante exacta de la legislación mexicana la cual a su vez estaba inspirada en la obra del jurista panameño doctor Ricardo Alfaro.

### ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA LEY DE 1937

A modo de información general y en vista de la dificultad que representa el acceso a la legislación de 1937 por la escasez de publicaciones existentes, hemos considerado oportuno resumir el articulado de la referida legislación para que una vez, cumplida esa labor informativa, nos sirva como punto de comparación con la legislación vigente.

Artículo 1. De conformidad con esta disposición el fideicomiso -- consiste en una declaración de voluntad en virtud de la cual se transmiten determinados bienes o se constituye a favor de terceros el usufructo, uso o habitación en todos o parte de dichos bienes o una renta o -- pensión de terminada, confiando el cumplimiento de la voluntad expresada en el acto constitutivo del fideicomiso de que se trate a una o más personas jurídicas distintas del o los beneficiarios, transmitiéndose a aquella o aquellas los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disposición sobre tales bienes o derechos si no es conforme con las instrucciones precisas dadas por el constituyente. Se reconocieron tres clases de fideicomisos: entre vivos, por causa de muerte y mixtos.

En el Artículo 2, se reguló lo relativo al acto constitutivo del fideicomiso, el cual debía expresar con claridad la identidad de los sujetos intervinientes, la de los bienes fideicomitados, las instrucciones pertinentes y los fines, los cuales 'no deberían ser contrarios a la moral o a la ley, siendo prohibidos los fideicomisos secretos y aque

llos en que el fideicomisario sea persona incapaz de suceder por causa de herencia al fideicomitente". Los fideicomisos constituidos en país extranjero y con cumplimiento en El Salvador debían sujetarse a las leyes salvadoreñas. Según el Artículo 3, el fideicomiso podía constituirse sobre toda clase de bienes "en favor de personas naturales que existan o que se espera que existan por estar ya en el vientre materno", o en favor de Corporaciones y Fundaciones de utilidad pública, existentes o por crearse. Se autorizaba la ampliación del fideicomiso con posterioridad a su constitución.

De acuerdo con el Artículo 4, el fideicomiso podía ser particular o universal, puro o condicional; a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario. Si el fideicomiso estaba sujeto a condición suspensiva y ésta necesariamente no pudiera cumplirse antes de treinta años, se tendría por cumplida desde la fecha de aceptación del fiduciario. Si por el contrario, la condición pudo realizarse y no se verificó en ese lapso, no hubo fideicomiso. El plazo máximo de duración de los fideicomisos se fijó en treinta años, salvo que fuera para beneficencia. El Artículo 5, prohibió los fideicomisos en orden sucesivo, pero se admitió que si el fideicomiso fuere constituido originariamente en beneficio de dos o más personas y el fideicomitente así lo hubiere dispuesto, se podría continuar o transmitir el fideicomiso al superviviente. El Artículo 6, disponía que si el fideicomiso era por tiempo fijo para fines determinados que debían cumplirse no obstante la muerte del fideicomisario o del fideicomitente, los derechos y obligaciones se transmitían a sus respectivos herederos. Conforme el Artículo 7, el fideicomitente podía designar fiduciarios sustitutos sin limitación alguna; y de acuer-

do con el Artículo 8, podía nombrar no solo uno sino dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios. El Artículo 9, establecía que en caso de que se estuviera cumpliendo un fideicomiso testamentario, el fiduciario renunciara o se incapacitara sin haber sustituto, el Juez competente a solicitud del fideicomisario o de su representante legal o de oficio procedería a nombrar dicho sustituto. Si el fideicomiso era entre vivos y se estaba cumpliendo, tendría derecho el fideicomitente de nombrar al sustituto. De conformidad con el Artículo 10, la aceptación del fiduciario debía ser expresa y con ella daba principio la existencia del fideicomiso, que si era entre vivos, una vez aceptado, se volvía irrevocable por parte del fideicomitente salvo que se hubiera constituido con reserva de reformarlo o revocarlo. El fiduciario podía aceptar el cargo en la misma escritura o en otra separada, debiendo hacerlo en esta última forma si se tratara de un fideicomiso testamentario. El Artículo 11, reguló lo relativo al Registro, estableciendo que los fideicomisos constituidos sobre bienes inmuebles, así como las revocaciones o reformas de los mismos debían inscribirse.

Estos bienes fideicomitados se inscribirían a favor del fiduciario, más para que esa inscripción procediera se hacía necesario la comprobación de la aceptación por parte del fiduciario. El Artículo 12, disponía que "todo fideicomiso se entiende remunerado", y el Artículo 13, se encargó de limitar la facultad de ser fiduciario a los Bancos establecidos en el país, con personería jurídica y con facultad para ejercer dicho cargo. De acuerdo con el Artículo 14, una vez aceptado el cargo, el fiduciario no podría renunciarlo ni excusarse de ejercerlo sino por causa grave, a juicio del Juez competente. El Artículo 15, dispuso las facultades del fiduciario, determinando que tenía "todas las acciones y

derechos derivados del dominio, pero no podía enajenar ni gravar los -- bienes fideicomitidos a menos de tener autorización expresa o volverse imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos". El Artículo 16 reguló las facultades del fideicomitente, disponiendo que -- podía prohibir al fideicomisario la enajenación o gravamen de las rentas afectadas en el fideicomiso, "en cuyo caso dichas rentas no esta-- rían sujetas a demanda o embargo en beneficio de los acreedores del fideicomisario". De conformidad con el Artículo 17, el fiduciario era -- responsable de las pérdidas o deterioros provenientes de su culpa o negligencia en el desempeño del cargo; estableciendo el Artículo 18 las -- cuasales por las cuales podía ser separado del cargo, disponiendo que -- podía serlo por malversación o administración dolosa o culposa de los -- bienes fideicomitidos y por tener intereses antagónicos a los del fidei-- comisario. El Artículo 19, establecía lo relativo a la caución del fi-- duciario, disponiendo que no podía ser obligado a otorgarla si no es me-- diante sentencia del Juez competente que la hubiere ordenado como provi-- dencia conservatoria. De acuerdo con el Artículo 20, en caso de separa-- ción del fiduciario por cualesquiera de las causas establecidas en la -- ley, los inmuebles fideicomitidos serían inscritos por traspaso a nom-- bre del sustituto. Asimismo se le estableció la obligación de rendir -- cuentas al fideicomitente y al fideicomisario.

Respecto de la terminación del fideicomiso, el Artículo 21, consi-- deró como causales de extinción, las siguientes: 1) El cumplimiento -- de los fines del fideicomiso o por hacerse imposible tal cumplimiento; 2) Por faltar la condición necesaria para la ejecución del fideicomiso o no haberse cumplido en tiempo hábil; 3) Por la destrucción de los -- bienes fideicomitidos; 4) Por la resolución del derecho del fideicomi--

tente sobre los bienes fideicomitidos; 5) Por confundirse la calidad de único fiduciario con la de único fideicomisario; 6) Por convenio expreso de las partes; 7) Por revocatoria y 8) Por muerte o renuncia del fideicomisario si no tuviere sustituto, salvo lo dispuesto en los Artículos 5 y 6 de esta ley. El Artículo 22, dispuso que una vez extinguido el fideicomiso el fiduciario quedaba obligado a rendir cuentas de su gestión y a restituir al fideicomitente o a sus herederos, los bienes fideicomitidos.

Al finalizar la ley se establecieron como "Disposiciones Generales" los Artículos 23 y 24, en los cuales se establece la competencia del Juez para conocer en las cuestiones relativas al cumplimiento de la ley, disponiendo que sería competente el del domicilio del fideicomisario o el de la situación de los inmuebles fideicomitidos a prevención. Asimismo se dispuso mientras no estuviera determinado el organismo que tendría a su cargo el ejercicio del Ministerio Público, ejercerían esas funciones los representantes fiscales.

La Ley de Fideicomisos que hemos relacionado fue publicada en el Diario Oficial No. 258, Tomo 123, del 1º de Diciembre de 1937.

Visto someramente el cuerpo legal que rigió al fideicomiso salvadoreño durante poco más de treinta y tres años, analicemos las disposiciones vigentes a la luz del Código de Comercio decretado en 1971.

## EL FIDEICOMISO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

A fin de examinar con mayor detenimiento la institución del fideicomiso en nuestra legislación secundaria, hemos considerado como lo más conveniente el efectuar un estudio exegético del articulado, especialmente porque en esa forma creemos encontrar el método más sencillo y ordenado para el análisis correspondiente.

Art. 1233. "El fideicomiso se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación, en todo o en parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución."

Esta primera disposición plantea aspectos diversos y muy importantes, algunos de ellos aún no bien definidos en nuestra doctrina y los cuales analizaremos a continuación.

#### A. NATURALEZA JURÍDICA

De acuerdo con este artículo el fideicomiso en nuestro Código de Comercio es un acto jurídico es decir, es una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos. Pero siendo que el acto jurídico puede consistir en la manifestación de una sola voluntad o ser el resultado de un acuerdo de voluntades, es del caso establecer en cuál alternativa se encuadra el fideicomiso en nuestra legislación.

Las opiniones al respecto son diversas pues algunos juristas son del parecer que de la simple lectura de este artículo se desprende que la naturaleza del fideicomiso está en el acto libre constitutivo, en la voluntad unilateral del fideicomitente que decide crear el fideicomiso. Sin embargo, otra corriente que por cierto abarca la mayoría de las opiniones estima que la naturaleza del fideicomiso salvadoreño es puramente contractual y se apoya para ello en lo que establece el Art. 1247 Cm. que dispone que "con la aceptación del fiduciario se perfecciona la existencia del fideicomiso" 1/. En abono de esta concepción se encuen-

1/ Mauricio Ungo Bustamante. Tesis "Consideraciones sobre el fideicomiso y los certificados fiduciarios de participación" El Salvador - 1967, p. 26 y Alfredo de Jesús Najarro García, Tesis "Las vinculaciones dentro del régimen Constitucional Salvadoreño" El Salvador 1976,

tra también la aplicación a los fideicomisos de una disposición exclusiva de los contratos como es la que enmarca el Art. 1360 C. en virtud de la cual "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pudiendo en tal caso pedir el otro contratante a su arbitrio, o la resolución o el incumplimiento del contrato..."Esta situación que como antes dijimos, opera solamente en los contratos bilaterales, es semejante a la que se aplica a los fideicomisos, ya que de acuerdo con los Arts. 1262, 1257, 1252 y 1244 No. 2 Cm. que estatuyen los derechos recíprocos de las partes para el caso de incumplimiento, se determina que, si el fiduciario no rinde cuentas de su gestión al ser requerido, o si es judicialmente declarado culpable por las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso, el fideicomitente el fideicomisario o el Ministerio Público podrán pedir la remoción del fiduciario; y por su parte, éste podrá renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se negaren a pagar las compensaciones estipuladas a su favor. Como se vé, en los artículos anteriormente detallados se encuentran plasmados los derechos recíprocos de los sujetos intervinientes en los fideicomisos, y los cuales son exclusivos de los contratos bilaterales que conllevan la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Por nuestra parte creemos que al Art. 1233 Cm. debe dársele su sentido literal y exacto, el cual establece que la constitución del fideicomiso es esencialmente una "declaración de voluntad", no un acuerdo de voluntades, así se encuentre contenido el fideicomiso en un contrato. - Opinamos pues, que no radica en el acuerdo de voluntades la esencia jurídica del fideicomiso salvadoreño, sino en el acto de liberalidad del



fideicomitente que decide crear el fideicomiso. Fundamentamos aún más la opinión que exponemos, en la disposición contenida en el Art. 1244 Cm., que establece la obligatoriedad del fiduciario de aceptar el cargo, circunstancia ésta surgida del interés público que los fideicomisos provocan y que contraría completamente la naturaleza de los contratos, en los cuales por privar exclusivamente el interés privado, se establece como requisito de existencia el libre consentimiento de las -- partes contratantes. Dichas razones nos inducen a considerar que en - nuestro derecho, a pesar de que el fideicomiso puede conformarse a través de un contrato, su naturaleza jurídica descansa en la declaración unilateral de voluntad de fideicomitente. En fin, reiteramos al res--pecto las ideas expuestas en el capítulo tercero de esta tesis relati--vas a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Otro aspecto que el artículo en comento encierra es el relativo - al aspecto patrimonial y el cual analizaremos a continuación.

## B. ASPECTO PATRIMONIAL

Al referimos en capítulo anterior a los elementos del fideicomiso, tuvimos oportunidad de estudiar brevemente las distintas teorías - que se han tejido sobre el patrimonio fideicomitado. En tal ocasión, anotábamos que en la mayor parte de legislaciones latinoamericanas se acogía la teoría del patrimonio de afectación, siendo precisamente una de ellas, la nuestra, la que en el artículo en comento establece que - los bienes o derechos fideicomitados se transmiten en propiedad a la -- institución fiduciaria, la cual únicamente podrá disponer de ellos de conformidad con las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente.

De lo anterior se colige que los bienes fideicomitados estarán legalmente a nombre del fiduciario, pero éste no goza de una propiedad

plena, sino limitada a los fines del fideicomiso. El fiduciario no tiene pues la libre disposición de los bienes a pesar de que es propietario,

Cabe destacar en este artículo, la verdadera transformación que efectúa de la tradicional concepción civilista del dominio, según la cual -- propiedad significa poseer exclusivamente una cosa sin mas limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario.

Esta transformación de la idea civilista de la propiedad nos conduce a ratificar una vez más la posición adoptada en esta tesis, cual es, la originalidad del fideicomiso como base para su funcionamiento y estudio; queda demostrado nuevamente, el análisis de la institución no debe versar en adaptaciones de corte romanista sino en el reconocimiento mismo de la originalidad, en este caso específico a través de la aceptación de un nuevo concepto: la propiedad fiduciaria, concepción ésta que en realidad no se conoció ni tan siquiera en el sistema romano.

Art. 1234. "Los fideicomisos permitidos son de tres clases:

1. Fideicomiso entre vivos, cuya constitución se hará por escritura pública, con las formalidades de las donaciones entre vivos. Si se constituye para fines comerciales y a favor de un fideicomisario colectivo y futuro, sirve de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación.
2. Fideicomiso por causa de muerte, cuya constitución se hará por acto testamentario.
3. Fideicomiso mixto, que comienza a ejercerse en vida del fideicomitente y continúa después de su -- muerte, se constituirá por escritura pública, con las formalidades de los fideicomisos entre vivos, - pero deberá confirmarse en el testamento del fideicomitente, teniéndose como incorporadas en él, con valor de cláusulas testamentarias, las disposiciones fideicomisarias, ya sea consignándolas íntegramente o haciendo clara y precisa referencia a la escritura que las contenga".

Este precepto, aparte de que establece una clasificación de los fideicomisos permitidos, dispone los medios a través de los cuales éstos -

se constituyen, y que son: el acto entre vivos y el testamento. Las -- formalidades que deben observarse en ambos casos son de carácter solemne, su otorgamiento se efectúa por Escritura Pública, constituyéndose ésta - en un requisito de existencia del fideicomiso, y en el único medio legal probatorio para demostrar su vigencia.

Se nos plantea la interrogante respecto de un fideicomiso constituído en virtud de un testamento privilegiado, o sea, aquel en que se omiten algunas solemnidades por consideración o circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley, tal el caso de un testamento otorgado por militares en tiempo de guerra o el marítimo otorgado a bordo de - un buque de guerra o mercante salvadoreño en alta mar. Al respecto consideramos que debe respetarse la validez plena del testamento privilegiado en los casos excepcionales establecidos por la ley, en consecuencia, creemos que también y a modo de excepción, debe dársele vigencia a los - fideicomisos creados en esas circunstancias. Por lo demás, quede bien -- claro, los fideicomisos han de constituirse siempre en forma solemne.

Art. 1235. El fiduciario ejercerá sus facultades de acuerdo con las cláusulas del acto constitutivo, y en su defecto, con las modalidades siguientes:

1. En función del fin que se deba realizar y no en interés del fiduciario, de modo que el beneficio económico del fideicomiso recaiga sobre el fi deicomisario.
2. El fideicomisario podrá impugnar los actos -- del fiduciario que excedan los límites funcionales establecidos en el acto constitutivo del fi-- deicomiso".

Este precepto constituye básicamente la norma reguladora de conducta de las instituciones fiduciarias. Aquí se consigna la obligación específica del fiduciario de ajustarse estrictamente a las instrucciones asentadas en la escritura constitutiva, es decir, el artículo dispone los lími-

tes de funcionamiento respecto del fiduciario.

En este mismo sentido dispone la conducta que deberá observar el fi  
duciario en ausencia de las cláusulas del acto constitutivo, estableciendo  
do como prioritario la consecución del fin para el cual fue creado el fi  
deicomiso. A fin de garantizar el fiel cumplimiento del fideicomiso se  
consagra en el numeral segundo el derecho de impugnar los actos realiza-  
dos por el fiduciario en abuso de los límites funcionales establecidos.

Art. 1236. "Los bienes y derechos fideicomitidos deben volver al fideicomitente en el plazo máximo de veinticinco años, o pasar definitivamente al fideico  
misario o a otra persona determinada.

Los fideicomisos a favor del Estado, de los Munici  
pios, de las entidades públicas, de las institucio-  
nes de beneficencia o de cultura y de los legalmente  
incapaces no estarán sujetos a plazo determinado y -  
continuarán funcionando mientras los fines para los  
cuales fueron constituidos lo justifique ."

Este artículo no requiere mayores comentarios, consigna el plazo de  
duración del fideicomiso, el cual es de veinticinco años, salvo el caso  
de que el fideicomiso fuere en beneficio de las instituciones públicas -  
allí expresadas o de los incapaces. El plazo aquí establecido es de ca-  
rácter extintivo, encontrándose regulado como causal de terminación del  
fideicomiso en el Art. 1261 No. 8 Cm.

Art. 1237. "El fideicomitente puede establecer fi  
deicomiso a favor suyo, pero el fiduciario jamás po-  
drá ser fideicomisario".

Este precepto encierra una autorización y una prohibición. De con-  
formidad con la primera, se autoriza la constitución de fideicomisos en  
que el fideicomitente se designe a sí mismo como beneficiario, es decir,  
se acepta la constitución de fideicomisos integrados solamente por dos -  
personas: el fiduciario y el fideicomitente, que a su vez sería fi  
deico  
misario. De acuerdo con la segunda, se prohíben los fideicomisos inte-

grados únicamente por dos sujetos en que la personalidad del fideicomisario se confunda con la del fiduciario. La razón de esta prohibición estriba indudablemente, en la experiencia bancaria mexicana respecto de los fideicomisos de garantía, conforme la cual las instituciones financieras garantizaban los préstamos concedidos por sus Departamentos de Crédito con fideicomisos constituídos en su propio favor. Esta situación, que se prestó a numerosos abusos y despojos en perjuicio del fideicomitente es la que nuestro legislador ha querido prevenir con la referida prohibición.

Art. 1238. "Sólo podrán ser fiduciarios los bancos o instituciones de crédito autorizados para ello -- conforme a la ley especial de la materia".

De acuerdo con este artículo solamente pueden desempeñar el cargo de fiduciarios los Bancos o Instituciones de Crédito legalmente autorizados.

Esta disposición, que definitivamente impide a las demás personas jurídicas o naturales el desempeño del cargo de fiduciario, ha constituido una idea fija en nuestro legislador, el cual desde que se promulgó la Ley de fideicomisos en 1937 asentó en la exposición de motivos la inconveniencia de que se confiara el referido cargo a cualquier otra -- persona que no fuera "una institución de alta significación financiera, de notoria seriedad, elevada responsabilidad y además domiciliada en la República", condiciones éstas reunidas especialmente por los establecimientos bancarios.

Contrariamente a la disposición anterior en algunos países latinoamericanos como en Costa Rica para el caso, el cargo de fiduciario puede ser desempeñado por personas naturales a las cuales lo único que se les exige es ser capaces. Idéntica es la situación en el derecho anglo

americano: indistintamente pueden ejercer el cargo de fiduciario perso  
nas jurídicas o naturales. Por nuestra parte, consideramos atinada la  
disposición salvadoreña, en beneficio indudable de la colectividad.

Art. 1239. "Puede ser fideicomisaria toda persona  
natural o jurídica que no sea legalmente incapaz -  
o indigna de heredar al fideicomitente.

Si el fideicomiso se constituye para que sirva de  
base a la emisión de certificados fiduciarios de -  
participación, el fideicomisario será indetermina-  
do y estará constituido por la colectividad de to-  
madores de certificados a los cuales no les serán  
aplicables las incapacidades e indignidades a que  
se refiere el inciso anterior."

El presente artículo regula los requisitos para ser fideicomisario,  
estableciendo primeramente que únicamente pueden serlo las personas na-  
turales o jurídicas, siempre que no sean legalmente incapaces o indig-  
nas de suceder. Al fideicomisario por tratarse de una capacidad pasiva  
se le estatuye una regulación completamente distinta de la que el mismo  
código establece para el fideicomitente y fiduciario, reduciéndose ex-  
clusivamente a impedir la facultad de ser nombrado beneficiario a los -  
que adolecen de alguna incapacidad o indignidad para suceder. Es lógi-  
co que esto sea así puesto que precisamente una de las funciones en que  
más se utiliza al fideicomiso es en la de brindar protección a los inca-  
pacificados.

De lo antes expresado surge un detalle muy importante y que este -  
artículo encierra cual es la imposibilidad legal de que en nuestro me-  
dio se establezcan los llamados "trust honorarios", existentes en el de-  
recho anglosajón y que hacen posible la creación de fideicomisos desti-  
nados a la protección de determinados animales o cosas. De acuerdo con  
la legislación de estos países, no se requiere la calidad de persona pa  
ra ser nombrado fideicomisario, permitiendo en consecuencia, la designa

ción de animales o cosas como beneficiarios.

En relación al inciso segundo del artículo que comentamos, se hace referencia al fideicomiso de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación, estableciendo como caso único en este Código la indeterminación del fideicomisario al momento de constituirse el fideicomiso. La razón de esta situación estriba en la misma esencia de esa clase de fideicomisos y que en capítulo anterior explicamos.

Art. 1240. 'En el documento en que se constituya un fideicomiso se expresarán los nombres del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, salvo respecto de este último, en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior; los bienes sobre que recaiga; las instrucciones pertinentes y los fines para que se constituya, los cuales no podrán ser contrarios a la moral ni a la ley. La falta de uno cualquiera de los requisitos indicados, impedirá la constitución del fideicomiso.'

Este artículo establece propiamente las formalidades para la constitución de los fideicomisos, determinando los requisitos indispensables que debe contener el documento constitutivo.

La disposición en comento es bastante clara, pero no obstante requiere algunas explicaciones especialmente en lo relativo a la designación de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, los cuales deberán identificarse por medio de sus nombres, excepto en el caso del fideicomiso de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación, en el que, como antes se dijo, el fideicomisario es indeterminado, materialmente imposible, en consecuencia, de ser nominado. Esta disposición conlleva la consecuencia de que en nuestro país, a diferencia de otros de legislación más avanzada, no puedan crearse fideicomisos en favor de personas innominadas pero susceptibles de identificación -- conforme a hechos o circunstancias previstas al constituirse el fideico

miso. Así pues, no pueden crearse en El Salvador los fideicomisos denominados "para pensiones privadas", que son aquellos que se constituyen "en favor de aquellos estudiantes de escasos recursos que obtuvieren notas sobresalientes," o bien "en beneficio de las personas que cuidaron del testador durante su última enfermedad", circunstancias éstas que a menudo se plasman en fideicomisos constituidos en otros países.

Esta situación limitativa ha impedido que en nuestro medio se desarrollen fideicomisos que por lo general tienden a ocasionar un beneficio público.

Puede agregarse también que en virtud de lo establecido por el presente artículo, se hace imposible el otorgamiento de fideicomisos en favor de los concebidos y que aún no han nacido, puesto que es claro que no encontrándose identificados por su nombre resulta legalmente imposible el designarlos como beneficiarios.

Esta situación que impide la protección adecuada de los que están por nacer es bastante negativa, más aún cuando la legislación anterior lo permitía.

Otro aspecto que el artículo regula es el relativo a los fines del fideicomiso, los cuales deberán consignarse y ser lícitos.

El inciso segundo del artículo comentado otorga el carácter de formalidades de fondo a las establecidas anteriormente, determinando la inexistencia del fideicomiso por la falta de cualquiera de los requisitos enumerados.

Art. 1241. "El fideicomitente podrá designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.



Si el Banco fiduciario no existiere a la fecha en -- que entre en vigor el fideicomiso, dejare de existir posteriormente, no aceptare, renunciare o fuere removido, deberá designarse por el Juez de Comercio, otro para que lo sustituya.

El Juez competente será el del distrito judicial donde están situados los bienes fideicomitados; si estuvieren situados en varios lugares, el Juez competente será el del domicilio del fideicomisario aunque no hayan bienes en dicho lugar; si el fideicomisario residiere fuera de El Salvador, o fuere indeterminado, será competente cualquiera de los jueces de la capital de la República".

Los dos primeros incisos de este artículo se refieren a la designación del fiduciario, la cual por regla general la efectúa el fideicomitente y solo excepcionalmente en los casos allí determinados podrá efectuarla el Juez de Comercio.

En el inciso tercero se establecen las reglas de competencia las cuales por ser bastante claras no requieren mayor explicación.

Art. 1242. "No se podrá establecer fideicomiso en el que el beneficio pase a otra persona después de fallecido el primer fideicomisario. Pero si el fideicomiso se constituye originariamente en beneficio de dos o más personas, y el fideicomitente así lo dispusiere, podrá trasmitirse el fideicomiso al o a los supervivientes. Este artículo no se aplica a los certificados fiduciarios de participación."

La intención del legislador expuesta en las primeras líneas es bien clara, estatuye una radical prohibición tendiente a evitar las célebres sustituciones fideicomisarias. Pretende consiguientemente preservar al fideicomiso como una institución de carácter liberal.

En su segunda parte el artículo establece una autorización, la cual jamás debe considerarse como una sustitución permitida. Quede bien claro que la sustitución prohibida es la que se efectúa sucesivamente de un fideicomisario que muere a otro que hasta entonces comenzaría a beneficiarse con el fideicomiso, mientras que en el caso que comentamos lo que

ocurre es que dos o más fideicomisarios simultáneamente designados se suceden indistintamente al fallecimiento de uno de ellos con lo que se favorece al o a los supervivientes, esto es lo que se conoce como derecho de acrecer. Opera pues en virtud de la voluntad expresa del fideicomitente que estatuye que existiendo dos o más fideicomisarios designados, el derecho del fideicomisario que falte incrementa al de los otros. Podemos afirmar que la sustitución prohibida es la que va en línea vertical no así la que se establece en línea horizontal.

Art. 1243. "Si el fideicomiso se constituye por tiempo fijo para fines determinados que deban cumplirse - no obstante la muerte del fideicomisario o del fideicomitente, los derechos y obligaciones de uno y de otro se transmitirán a sus respectivos herederos."

En esta disposición que no requiere mayores comentarios, se expresa el único caso en que son transmisibles a los herederos los derechos y obligaciones del fideicomitente y fideicomisario que es cuando el fideicomiso se ha constituido para un fin determinado que deba cumplirse no obstante la muerte de uno u otro sujeto y además que estuviere limitado por un plazo.

Art. 1244. "El fiduciario designado por el fideicomitente o por el Juez, está obligado a aceptar el cargo y sólo puede declinar o renunciarlo por causa grave, a juicio del Juez de Comercio del lugar de su domicilio.

Únicamente se consideran como causas graves:

1. Que el fideicomisario no pueda o no quiera recibir las prestaciones en la forma indicada en el acto constitutivo.
2. Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria.
3. Que los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones."

Esta disposición establece como obligatoria para el fiduciario la aceptación del cargo para el que ha sido designado. Algunos autores la consideran inconstitucional pues "vulnera el principio de la libre contratación". Sin embargo nosotros no la vemos así constituyendo además uno de los argumentos más fuertes para contradecir la idea sustentada por algunos juristas salvadoreños que ven la naturaleza jurídica del fideicomiso como puramente contractual.

La disposición, que es de orden público, estatuye pues a las instituciones fiduciarias la obligación de aceptar el manejo de los fideicomisos que se les confían, a menos que tuvieran alguna causa grave para no hacerlo, las cuales no pueden ser otras que las que el artículo en comentario expresa como tales y siempre que así las califique el Juez competente.

Esta disposición que también se encuentra consignada en la legislación mexicana ha sido atacada de inconstitucional, pues se considera que vulnera el principio incorporado en el Art. 174 de la Constitución Política que garantiza la libertad de contratación. Se argumenta que las instituciones fiduciarias como empresas que son, lógicamente integradas por personas naturales, gozan del pleno derecho de decidir libremente si aceptan o no determinado negocio y que cualquier obligación de aceptar el manejo de negocios ajenos es una clara imposición.

Por nuestra parte, que desde ya nos identificamos como opositores a esa idea, creemos que esta disposición no es más que el reflejo fiel del interés público que el Estado imprime a la institución del fideicomiso.

so, el cual es muy superior al interés privado de carácter puramente contractual. Con el presente artículo fundamentamos aún más la negativa de apoyar la idea expuesta en otras tesis de que nuestro Código de Comercio encuentra en los contratos la naturaleza jurídica del fideicomiso; es -- evidente el enfoque del legislador secundario, quien, definitivamente, - marca al fideicomiso como una institución muy especial en la cual no ha de privar por sobre todo el interés de los contratantes, sino fundamen- - talmente el interés público. Consecuente con lo anterior se puede cole- - gir que si el legislador salvadoreño hubiera querido darle un carácter - esencialmente contractual al fideicomiso, lejos de volver obligatoria la aceptación del fideicomiso, habría garantizado la libertad de decisión.

Art. 1245. "Puede constituirse fideicomiso sobre to- - da clase de bienes, salvo aquellos derechos que con- - forme a la ley sean estrictamente personales de su - titular o que por su naturaleza excluyan el fideico- - miso.

Los bienes que se dan en fideicomiso quedan afectos al fin a que se destinan. Sólo se podrán ejercer -- respecto de ellos, los derechos y acciones que se re- - fieran a tal fin, los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él derivan del fideico- - miso mismo y los adquiridos legalmente, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fi- - deicomisario o por terceros."

La presente disposición hace referencia al objeto del fideicomiso, es decir, a los bienes sobre los cuales éste puede constituirse.

Básicamente, el artículo estatuye en el inciso primero la libre --- transmisión de "toda clase de bienes" en fideicomiso, excepto aquellos - derechos puramente personales del fideicomitente, tal el caso de los de- - rechos alimenticios.

En el inciso segundo se asienta de una manera radical y definitiva la teoría del patrimonio de afectación (la cual ya fue analizada en capí- - tulo anterior), disponiendo así la legislación salvadoreña de un nuevo -

concepto de propiedad como lo es la "propiedad fiduciaria".

Art. 1246. "El fideicomiso puede ser particular o universal, puro o condicional; a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario; todo sin perjuicio de lo establecido en el Art. 1236.

Si el fideicomiso estuviese sujeto a condición suspensiva y ésta necesariamente no pudiera cumplirse antes de veinticinco años, se tendrá por cumplida desde la fecha de la aceptación del fiduciario. Si por el contrario la condición puede realizarse antes o después de los veinticinco años, y vencido este lapso no se verificare, no habrá fideicomiso.

El presente artículo no requiere mayores comentarios ya que únicamente regula lo relativo a las modalidades que puede adoptar el fideicomiso, encontrándose el fundamento de esta disposición en el Código Civil.

Art. 1247. "Con la aceptación del fiduciario se perfecciona la existencia del fideicomiso.

El fideicomiso entre vivos es irrevocable a partir de ese momento, salvo el caso de que haya sido constituido para fines de interés particular y se haya hecho, en el acto constitutivo, reserva expresa de la facultad de reformarlo o revocarlo; si el fideicomiso tiene por objeto la emisión de certificados fiduciarios de participación, solamente podrá ser un fideicomiso irrevocable. El fideicomiso mixto se considera como entre vivos, en cuanto a los efectos que deban producirse en vida del fideicomitente."

El inciso primero estatuye como requisito para el perfeccionamiento la aceptación del fiduciario, la cual se efectuará en la misma escritura constitutiva o en otra separada de conformidad con lo que establece el siguiente capítulo a comentar. Este inciso ha servido de argumento a los sostenedores de la tesis de que conforme nuestro Código de Comercio, la naturaleza del fideicomiso es esencialmente contractual, ya que, afirman: "se necesita de la aceptación del fiduciario para que exista el fideicomiso", situación ésta de carácter auténticamente contractual.

Es obvio que en el fideicomiso testamentario por no ser materialmen

te posible la aceptación del fiduciario en Escritura Pública, ésta se conocerá a través de las respectivas diligencias de aceptación de herencia.

El inciso segundo por su parte, establece como norma característica de los fideicomisos entre vivos el volverse irrevocables a partir de la aceptación del fiduciario, salvo los casos expresamente determinados. Es obvio que el fideicomiso testamentario, por su naturaleza misma es esencialmente revocable.

Art. 1248. "El fiduciario podrá aceptar el cargo en la escritura constitutiva del fideicomiso o en escritura separada.

En todo caso, dentro de los quince días de que el fiducionario conozca su nombramiento, deberá aceptarlo o promover las diligencias para que se califique la --causal por la que declina el cargo.

El fideicomitente y el fideicomisario tienen acción para obligar al fiduciario a cumplir con lo prescrito en este artículo."

El presente artículo es sencillo y no amerita mayores comentarios. En el inciso primero se establecen las formas de aceptación del cargo --por parte del fiduciario. En el inciso segundo, y siguiendo la tónica --de brindar la mayor protección posible al cumplimiento fiel del fideicomiso, se impone al fiduciario un plazo determinado para que acepte el --cargo o proceda a exonerarse en caso de estar imposibilitado. Para ga--rantizar lo dispuesto, se otorga finalmente, derecho de acción al fidei--comitente y al fideicomisario para exigir al fiduciario el cumplimiento de lo prescrito.

Art. 1249. "Los fideicomisos constituidos sobre bienes inmuebles, así como las revocaciones o reformas de los mismos, deben inscribirse en el Registro de --la Propiedad. Sólo afectarán a terceros desde la fecha de su presentación al Registro."

Esta disposición, de gran trascendencia, señala otra diferencia entre el trust anglosajón y el fideicomiso latinoamericano, ya que ha sido

precisamente el sistema codificado del Derecho Romano el que ha venido a regular como obligatorio la inscripción de los fideicomisos sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad. La razón jurídica de este artículo estriba en el principio de publicidad que norma nuestro sistema jurídico inmobiliario, el cual tiende a garantizar el interés legítimo de los intervinientes en el fideicomiso y a brindar protección a terceros.

Art. 1250. "Todo acto de constitución, modificación o cancelación de un fideicomiso se inscribirá en el Registro de Comercio, aunque también haya de inscribirse en el de Propiedad."

Este artículo norma la obligatoriedad de inscribir en el Registro de Comercio todos los actos relativos a los fideicomisos.

La uniformidad de lo dispuesto en este precepto nos da una imagen de la tónica auténticamente mercantilista con la cual el legislador ha querido rodear todo lo relativo al fideicomiso; inclusive se ha estatuído como de obligatoria inscripción en el Registro de Comercio los fideicomisos que recaen sobre inmuebles así como todos los actos que respecto de ellos se ejecuten, los cuales también deben inscribirse en el Registro de la Propiedad como antes se asentó. Con esta disposición se estatuye legalmente la doble inscripción de los fideicomisos cuyo objeto estuviere constituído por inmuebles.

Esta situación, que sin lugar a dudas ha sido establecida por el legislador con miras de brindar la mayor protección posible al cumplimiento de los fideicomisos no deja de resultar una abundancia inoficiosa y gravosa para el fideicomiso mismo. Es claro que siendo el objetivo primordial del Registro el dar publicidad formal a los actos que según la ley lo requieren, es obvio que baste una sola inscripción en el Registro para que se dé verdadero cumplimiento a esos fines y no dos como en el -

artículo se dispone respecto de los fideicomisos sobre inmuebles.

También se plantea un problema práctico en el caso de los fideicomisos de inversión, en los cuales por regla general se acrecenta el patrimonio fideicomitado. Nos preguntamos, será necesario inscribir en el Registro de Comercio cada modificación del patrimonio invertido? Al respecto, a pesar de que nuestro legislador no consideró tal situación, creemos debe adoptarse un criterio amplio en el sentido de obviar tales inscripciones periódicas y aceptando como únicamente obligatoria la primera que se hace y lógicamente la última.

Art. 1251. "Todo fideicomiso es remunerado. Si en el acto constitutivo no se fija la remuneración del fiduciario, éste tendrá derecho a cobrar el cinco por ciento de la renta neta que produzcan los bienes fideicomitados.

El pago de la retribución podrá quedar a cargo del fideicomitente, de sus causahabientes o del fideicomisario, según se disponga en el acto constitutivo. Si nada se dispusiere, el fiduciario podrá cobrar directamente lo que le corresponde, de los productos de los bienes dados en fideicomiso."

A diferencia de Inglaterra en que el manejo de los fideicomisos es esencialmente gratuito, de conformidad con esta disposición en nuestro medio el ejercicio del cargo de fiduciario es esencialmente oneroso. Los honorarios podrán pactarse de común acuerdo entre los sujetos intervinientes en el acto constitutivo, estableciéndose que en caso de no hacerse así la remuneración legalmente obligatoria será la equivalente al cinco por ciento de la renta neta que produzcan los bienes fideicomitados.

En cuanto a la forma en que se habrá de efectuar el pago, es el inciso segundo el que se encarga de estatuírla, disponiendo como primordial el respeto al acuerdo de voluntades que constare en el acto constitutivo.



Art. 1252. "El fiduciario no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicomitidos si para ello no ha sido autorizado en el acto constitutivo. Cuando la ejecución del fideicomiso exija necesariamente enajenar o gravar los bienes, el Juez, a solicitud del fiduciario y con intervención del fideicomisario y del Ministerio Público, deberá autorizarlo. El fiduciario será responsable de las pérdidas o deterioros que provengan de no haber desempeñado el cargo con la diligencia que ordena el artículo 947."

El presente artículo dispone en su inciso primero una de las principales normas de conducta del fiduciario, cual es la de ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso especialmente en lo relativo a la enajenación o gravamen de los bienes fideicomitidos. Sólo se podrá disponer de los bienes conforme las instrucciones del acto constitutivo o las exigencias del fideicomiso mismo.

Esta es otra de las disposiciones que integran la esfera de protección del fideicomiso puesto que tiende a garantizar el fiel cumplimiento de la voluntad del fideicomitente ya que al imposibilitar al fiduciario la facultad de enajenar o gravar los bienes fideicomitidos se previene una posible defraudación de los fines del fideicomiso.

En el inciso segundo se estatuye para el fiduciario la obligación de manejar los fideicomisos "con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio". El incumplimiento de esta obligación hace al fiduciario responsable de las pérdidas o deterioro provenientes de su negligencia; consiguientemente otorga acción de conformidad con el derecho común para exigir la correspondiente indemnización.

Art. 1253. "Las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido por medio de delegados que designen especialmente, de cuyos actos responderá direc-

ta e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente.

La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras podrá vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución.

Los delegados podrán nombrar apoderados especiales, en el límite de sus propios poderes.

La presente disposición establece la existencia de los llamados en México delegados fiduciarios. Ellos son funcionarios bancarios designados por las instituciones fiduciarias para ejecutar el fideicomiso.

Debido a que en la actuación de estos delegados descansa el buen o mal ejercicio de las facultades del fiduciario, y a que son los que consecuentemente harán eficiente o negativo el manejo del fideicomiso es que su designación se efectúa en virtud de un acto de confianza muy especial encaminado a nombrar personas capaces y responsables. Y es tan delicada la función a desempeñar, que la misma ley establece que la designación de los delegados puede ser vetada por la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras.

La responsabilidad de los actos realizados por los delegados la asumen en forma directa e ilimitada las instituciones fiduciarias, sin perjuicio de la responsabilidad personal, civil o penal que pudiera haberles por los actos ejecutados individualmente.

El inciso tercero autoriza a los delegados a nombrar apoderados especiales.

Art. 1254. "Cuando las instrucciones del fideicomitente no fueren suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión de los fondos a discreción de la institución fiduciaria, se realizará en valores salvadoreños que, a juicio de la institución, ofrezcan la mayor seguridad".

Este artículo hace referencia al aspecto lucrativo del fideicomiso,

estableciendo que para el caso de duda en la inversión de los fondos fideicomitidos su realización debe efectuarse en valores salvadoreños.

Art. 1255. "El fideicomisario tendrá derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria, de impugnar la validez de los actos que ésta realice en su perjuicio y de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del fideicomiso indebidamente. Para ello, tendrá acceso a las cuentas que se relacionen con la administración respectiva.

Cuando no exista fideicomisario determinado, o éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al representante común, al representante legal o al Ministerio Público, según el caso."

El presente artículo consigna los derechos del fideicomisario que procesalmente se traducen en: 1) Derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso; 2) Derecho de atacar los actos que en su perjuicio haya cometido la institución fiduciaria y 3) Derecho de reivindicación de los bienes.

El primer derecho opera en relación directa con los fines para los que fue constituido el fideicomiso, siendo el cumplimiento o incumplimiento de ellos lo que determinará la procedencia de la acción. El segundo derecho plantea una nulidad, la cual se considera tiene un carácter muy especial asimilable a la acción revocatoria y que se define como "aquella acción que tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores." <sup>1/</sup> La acción tiende a crear una defensa al fideicomisario contra los actos fraudulentos que el fiduciario pudiera realizar en su perjuicio.

Finalmente está el tercer derecho que se traduce en la reivindicación de los bienes que hubieren salido indebidamente del fideicomiso a

<sup>1/</sup> Eduardo Pallais. Diccionario de Derecho Procesal Avil. Editorial -- Porrúa, S.A., 4a. Edición, México 1963, p. 39.

consecuencia de actos que el fiduciario cometiere en perjuicio del fideicomisario. Este derecho únicamente podrá ejercitarse cuando mediare mala fé en la acción del fiduciario y que haya provocado la salida de los bienes del fideicomiso. Es necesario que sea declarada judicialmente la nulidad para que surja la acción reivindicatoria.

El inciso segundo regula lo relativo a las acciones antes expresadas en relación con los incapaces o para el caso del fideicomiso de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación en los cuales el fideicomisario es indeterminado. En ambos casos el ejercicio de esos derechos corresponde exclusivamente a las personas allí designadas.

Las acciones anteriormente analizadas se tramitan en juicio sumario de conformidad con lo establecido en el Art. 71 de la Ley de Procedimiento Mercantiles.

Art. 1256. "El fideicomitente puede prohibir al fideicomisario la enajenación o gravamen de las rentas afectadas en el fideicomiso, en cuyo caso dichas rentas no estarán sujetas a demanda o embargo en beneficio de los acreedores del fideicomisario; salvo el caso en que, por Juez competente, se resuelva que parte de las rentas del fideicomisario pueda aplicarse a cancelar sus obligaciones a instancia de sus acreedores.

La parte de la renta que se aplique a la cancelación, no podrá llegar hasta una cuantía tal que el saldo que quedara no cubra la cóngrua alimentación del fideicomisario."

No amerita mayores comentarios, es evidente que con lo dispuesto en este artículo se tiende a brindar una mayor protección al beneficiario - mediante la autorización que otorga al fideicomitente de establecer disposiciones de carácter puramente conservativo.

Art. 1257. "El fiduciario será sustituido:

I. Cuando malversare o administrare dolosa o culpablemente los bienes fideicomitidos.

II. Cuando al ser requerido por el fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público, no rinda

las cuentas de su gestión dentro del plazo de quince días; o cuando sea declarado, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso.

El presente artículo regula lo relativo a la remoción del fiduciario, estableciendo de una manera expresa las causales para que opere la sustitución. Del artículo se deducen dos cuestiones: por una parte el interés del legislador de velar por el buen manejo del fideicomiso, y por otra, la preocupación de disciplinarlo, ya que se expresan causales serias para la remoción del fiduciario y no simples motivaciones que a la larga podrían dar lugar a serios desequilibrios.

La acción que se promueve para sustituir al fiduciario en el caso del numeral primero se ventilará en juicio sumario de conformidad con lo establecido en el Art. 71 de la Ley de Procedimientos Mercantiles.

En cuanto al numeral segundo, previa a la remoción del fiduciario el requirente deberá promover diligencias de rendición de cuentas, o bien juicio de reclamación de daños y perjuicios por las pérdidas o menoscabo que hubieren sufrido los bienes dados en fideicomiso. En el primer caso la sustitución procederá una vez transcurrido el plazo de quince días contados a partir del requerimiento que se hubiese hecho a la institución fiduciaria para la rendición de cuentas de la gestión, siempre que ésta no lo hubiere efectuado.

En el segundo caso, la remoción procederá una vez que se hubiere pronunciado la sentencia ejecutoriada que declare culpable de los daños a la institución fiduciaria.

En todo caso una vez aprobada la remoción, el Juez procederá a nombrar un nuevo fiduciario, previa audiencia por tres días a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, de conformidad con

el Art. 71 No. 3 de la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Art. 1258. "Si la separación del fiduciario debiera acordarse en los casos expresados en el artículo anterior, o si los bienes fideicomitidos sufrieren pérdidas, el fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público podrá impetrar las providencias conservativas convenientes, en juicio sumario".

De conformidad con esta disposición el fideicomisario o el Ministerio Público podrán impetrar en Juicio Sumario las providencias conservativas necesarias en dos situaciones: 1) Cuando se hubiere acordado la separación del fiduciario de conformidad con el artículo anterior y 2) Cuando los bienes fideicomitidos hubieren sufrido pérdidas. Según comprendemos, debido a que en la primera situación se abarca el caso de que por sentencia ejecutoriada la institución fiduciaria hubiera sido declarada culpable de las pérdidas o menoscabo sufrido por los bienes fideicomitidos, a lo que la segunda situación se refiere es a la creada por las pérdidas que no pudieran imputarse a dolo o culpa del fiduciario y que en consecuencia no hubieren dado lugar a la sustitución. Esto significa que la previsión del legislador en beneficio del fideicomiso ha llegado a tal extremo, que inclusive se comprende la eventualidad de que aún no habiendo culpa o mala intención del fiduciario se podrá impetrar providencias conservativas en procedimiento sumario a los bienes fideicomitidos que hubieren sufrido pérdidas.

La parte final de esta disposición es de suma importancia especialmente en las actuales circunstancias que vivimos, ya que aparte de que viene a constituirse en otra medida más de protección al fideicomiso, otorga la facultad de que aún antes de procederse a la remoción del fiduciario se puedan proveer las medidas conservatorias que se consideren necesarias. Este artículo dispone pues de un recurso mucho más práctico -

que el establecido en el artículo anterior.

Art. 1259. "Al fiduciario podrá exigírsele dar caución, por sentencia que lo ordene como providencia -- conservativa, a solicitud del Ministerio Público, del fideicomitente, del fideicomisario del representante legal de este último o de sus ascendientes cuando se encuentre en el vientre materno, o el representante común de los tenedores de certificados fiduciarios - de participación."

El presente artículo establece otra medida de protección del fideicomiso, disponiendo la facultad de exigir caución al fiduciario designado. La caución o garantía se tramitará en juicio sumario de conformidad con el Art. de la Ley de Procedimientos Mercantiles y se ordenará en la sentencia respectiva.

En sí, el artículo no plantea mayores problemas, salvo la circunstancia de que al hacer la enumeración de las personas que pueden solicitar la caución incluye "a los ascendientes del fideicomisario, cuando se encuentre en el vientre materno". Aparentemente la disposición plantea la posibilidad de que en nuestra legislación se admitan los fideicomisos en favor de los que aún se encuentren en el vientre materno. Sin embargo, ya anteriormente definimos este aspecto al comentar el Art. 1240 Cm. y quedó claro que en nuestro medio resulta legalmente imposible el otorgar un fideicomiso con tales beneficiarios. Consideramos que el artículo hace referencia al caso de que opere el Derecho de Transmisión establecido en el Art. 1243 Cm., que es 'cuando un fideicomiso se ha constituido por tiempo fijo para fines determinados que deban cumplirse no obstante la muerte del fideicomisario'. En este caso, los derechos se transmiten a los respectivos herederos, no siendo indispensable existir en el momento del fallecimiento del fideicomisario, esto de acuerdo con las reglas generales establecidas en los Arts. 948 y 963 del Código Civil.

Art. 1260. "En caso de sustitución del fiduciario, los inmuebles fideicomitidos o adquiridos en el --- ejercicio del fideicomiso que estén inscritos a su nombre en el Registro, serán inscritos por traspaso a nombre del sustituto que lo reemplace. El fidu-- ciario sustituido entregará al sustituto todos los bienes fideicomitidos o adquiridos en el ejercicio del fideicomiso con la documentación respectiva. Para que proceda la inscripción de los bienes fidei-- comitidos a favor del fiduciario sustituto, deberá acompañarse su nombramiento y el instrumento en que conste su aceptación."

El presente artículo se refiere a la situación de los bienes fidei-- comitidos en caso de sustitución del fiduciario. En tal ocasión, al mo-- mento de efectuarse la remoción el fiduciario sustituido deberá hacer -- traspaso al sustituto, tanto de los bienes fideicomitidos como de los ad-- quiridos en el ejercicio del fideicomiso, instituyéndose la obligación - de inscribir en el Registro de la Propiedad la referida transferencia de los inmuebles.

En el inciso segundo se determinan los requisitos para que proceda la inscripción en el Registro.

Art. 1261. "El fideicomiso se extingue:

I. Por cumplimiento de los fines para que fue - constituido, o por hacerse el mismo imposible.

II. Por no haberse cumplido en tiempo la condi-- ción suspensiva señalada en el instru~~mento~~ constitu tivo.

III. Por cumplimiento de la condición resolutoria estipulada.

IV. Por destrucción de los bienes fideicomitidos.

V. Por resolución del derecho del fideicomiten-- te sobre los bienes fideicomitidos.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho.

VII. Por muerte o renuncia del fideicomisario, -- salvo lo dispuesto en los artículos 1242 y 1243.

VIII. Por transcurrir el plazo legal.

A fin de efectuar el mejor análisis posible, analizaremos una a una las causales antes transcritas.

1. Este numeral encierra dos causales de extinción, siendo ambas totalu



mente consecuentes con la constitución misma del fideicomiso. La primera es obvia, una vez cumplido el fin del fideicomiso éste carece lógicamente de objetivo, estableciéndose su automática extinción. La segunda por el contrario, determina que volviéndose imposible el cumplimiento -- del fideicomiso, este carece de razón de ser y consecuentemente se extingue. Ambas causales a pesar de que son opuestas tienen un origen común: la finalidad del fideicomiso.

2. Se refiere a los fideicomisos sometidos a condición suspensiva disponiendo su extinción al no cumplirse en tiempo la condición. Sin embargo, este numeral plantea una contradicción pues si recordamos que las condiciones suspensivas son aquellas que suspenden el nacimiento del derecho, no entendemos cómo se podrá tener por extinguido algo que nunca nació a la vida jurídica. Ello implica que si por ejemplo, Pedro constituye un fideicomiso en favor de Juan a partir de su doctoramiento, el fideicomiso nacerá a la vida del Derecho en el momento en que este acontecimiento ocurra; pero si por el contrario la condición no se cumple, es decir, si Juan no se doctora nunca, entonces el fideicomiso jamás habrá tenido existencia legal, se quedó en ser una mera expectativa de derecho. De allí que critiquemos que se considere como causal de extinción el incumplimiento de la condición suspensiva.

3. Esta causal se refiere a los fideicomisos sometidos a condición resolutoria, su extinción brota de su misma esencia puesto que -ratificando conceptos- condición resolutoria es la que con su cumplimiento extingue derechos. De aquí, que estando vigente el fideicomiso sometido a -- condición resolutoria, su extinción estará pendiente de que se cumpla la condición. Ejemplificando: Pedro constituye un fideicomiso en favor de Juan hasta que se gradúe de médico. Llegado este momento el fideicomiso

automáticamente se extingue.

4. Este numeral establece la extinción del fideicomiso por la destrucción del objeto, no debiendo confundírsele con la causal estatuida en la parte final del número primero que determina la extinción del fideicomiso por hacerse imposible el cumplimiento del mismo, ya que en ese caso se hace referencia a la finalidad que se persigue, mientras que en la presente, se hace referencia al objeto material del fideicomiso.

Destruídos los bienes fideicomitidos el fideicomiso carecería de objeto, el cual constituye un elemento esencial para su conformación y en consecuencia para su existencia.

5. De conformidad con esta causal se reconoce que sobre los bienes fideicomitidos existe un derecho de un tercero que es el que en realidad tiene el dominio, como cuando el fideicomiso se ha constituido sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa y se efectúa la referida retroventa.

En este caso al desaparecer el objeto del fideicomiso este se extingue.

6. No amerita mayores comentarios: la extinción opera cuando el fideicomitente, habiéndose reservado en el acto constitutivo el derecho de revocar el fideicomiso, ejercita el referido derecho.

7. Este numeral contiene dos causales: la muerte y la renuncia del fideicomisario. Con respecto a la primera se plantean dos excepciones: 1) Cuando el fideicomiso se ha constituido en beneficio de dos o más personas y siempre que el fideicomitente así lo hubiere dispuesto, podrá transmitirse el fideicomiso al o los supervivientes; 2) Cuando los derechos del fideicomisario son transmisibles a sus herederos, esto es en el caso de que el fideicomiso sea por tiempo fijo y para fines deter

minados. Con respecto a la segunda consideramos que puede aplicarse como una excepción lo establecido en el Art. 1242 Cm., que estatuye que si el fideicomiso se ha constituido originariamente en beneficio de dos o más personas y el fideicomitente así lo hubiere dispuesto, podrá transmitirse el fideicomiso al o a los supervivientes.

8. Este numeral no necesita comentarios. Es claro que al vencimiento del plazo se extingue el fideicomiso.

Art. 1262. "A la terminación del fideicomiso, el fiduciario está obligado a rendir cuentas de su -- gestión y a restituir los bienes fideicomitados."

El presente artículo se refiere a los efectos de la terminación del fideicomiso especificando las obligaciones del fiduciario, las cuales -- fundamentalmente se reducen a dos: a la rendición de cuentas y a la res-- titución de los bienes fideicomitados.

Con respecto a la primera recordemos que uno de los principales deberes del fiduciario es el de llevar una contabilidad especial de los fi-- deicomisos que maneja, estableciendo claramente los ingresos obtenidos -- y los gastos que ha efectuado, todo ello a fin de que se precise detalla-- damente las utilidades o pérdidas del fideicomiso. La rendición final -- de cuentas pretende responsabilizar aún más al fiduciario de un buen ma-- nejo del fideicomiso ya que en base a dicha rendición se le deducirán -- las responsabilidades.

En relación a la segunda obligación, es decir a la de restituir los bienes fideicomitados, se trata de otra característica de la propiedad -- fiduciaria. Vimos que en virtud de la constitución del fideicomiso se -- efectúa una transmisión de los bienes fideicomitados en propiedad del fi -- deicomitente al fiduciario, pero sujeto a las instrucciones contenidas -- en el acto constitutivo y a lo establecido en la ley. Dentro de las li-

mitaciones legales características de este tipo de propiedad se encuentra la restitución de los bienes fideicomitidos.

Analizados someramente como han sido los artículos del Código de Comercio vigente referentes al fideicomiso, veamos el aspecto fiscal de la institución en El Salvador.

### EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO FISCAL

Existe un aspecto que realmente no se puede desechar en este pequeño estudio del fideicomiso salvadoreño, y éste es el referente al régimen impositivo, el cual es de gran interés especialmente porque en determinados momentos puede convertirse en el factor que marque el definitivo desarrollo de la institución en El Salvador.

Como no es nuestro objetivo principal el efectuar un estudio exhaustivo de este campo que es verdaderamente otro y bastante amplio, nos limitaremos a sintetizar y comentar brevemente la legislación fiscal relativa a los fideicomisos.

#### A. LEY DE IMPUESTO DE ALCABALA

De acuerdo con el artículo 1º de esta Ley se establecen de una manera expresa los casos de transferencia de dominio de bienes inmuebles susceptibles del pago de impuesto de Alcabala, no encontrándose incluido entre ellos el fideicomiso.

Es claro que aplicando el principio de legalidad que rige al aspecto fiscal en El Salvador, el fideicomiso no está gravado con el pago del uno por ciento que por regla general se aplica a los actos jurídicos en virtud de los cuales se transfiere la propiedad. La razón de su no inclusión estriba indudablemente en cuestiones de carácter histórico ya que cuando se decretó la aún vigente Ley de Alcabala todavía no se conocía en nuestro país la existencia de la institución del fideicomiso. Esta situación

hasta cierto punto eventual otorga al menos un pequeño incentivo al fideicomiso entre vivos o mixto, sobre inmuebles el cual estaría exento del pago de este impuesto hasta la cantidad de seis mil colones. De esa suma - en adelante se aplica el pago del impuesto de donaciones tal como veremos más adelante.

**B. IMPUESTO DEL MEDIO POR CIENTO SOBRE LA TRANSFERENCIA DE BIENES RAICES ENTRE VIVOS A CUALQUIER TÍTULO, DECRETO No. 60.**

De conformidad con lo estatuido en este Decreto, los fideicomisos mixtos y entre vivos que recaen sobre bienes raíces, están gravados con el pago del medio por ciento sobre el valor de los inmuebles transferidos del fideicomitente al fiduciario y posteriormente de éste al fideicomisario. - Ello es así porque esta impuesto grava indistintamente todas las transferencias de bienes inmuebles que se efectúen por acto entre vivos, de lo -- cual viene a resultar que una vez concluido el fideicomiso se habrá pagado un total equivalente al uno por ciento del valor de los bienes fideicomitidos.

A este respecto consideramos que este impuesto tiende a gravar efectivamente las transferencias plenas de propiedad es decir, aquellos actos en virtud de los cuales se transmite el dominio sin limitaciones de ninguna especie. Contrariamente a este tipo de propiedad plena nuestro Código de Comercio ha establecido en relación al fideicomiso y de conformidad con -- los Arts. 1233, 1236, 1252 y 1260 un nuevo concepto de dominio el cual es la "propiedad fiduciaria", en la cual la institución bancaria es la que -- aparece como titular del Derecho, facultada únicamente para ejercer el dominio de acuerdo al fin que se encuentre afecto; no se dá pues en el fideicomiso el concepto civilista de propiedad que es al que en verdad debe gravar el impuesto que comentamos.

En realidad, creemos que debe enmendarse la disposición comentada - en el sentido de hacer aplicable este impuesto únicamente en el caso que la transferencia de los bienes fideicomitidos sea del fiduciario al fideicomisario, es decir, una sola vez; y sólo cuando el fideicomisario sea persona distinta del fideicomitente. En esta forma se estaría aplicando un justo impuesto al fideicomiso el cual -recordemos- es una institución que por su gran contenido financiero y social merece no se diga de un trato preferencial sino de un trato adecuado y ante todo justo.

### C. LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Conforme esta ley los fideicomisos domiciliados en nuestro país están gravados por un impuesto que se aplica sobre la totalidad de las rentas obtenidas dentro o fuera del territorio nacional. Los no domiciliados únicamente pagan impuestos sobre las rentas obtenidas dentro del territorio nacional. (Art. 1). Se consideran como domiciliados en el país: los fideicomisos constituidos de conformidad con la ley salvadoreña y -- los constituidos bajo leyes extranjeras siempre que reúnan cualquiera de los requisitos siguientes: 1º) Que la mayoría de los fideicomisarios residan en El Salvador, y 2º) Que estén situados en nuestro país bienes cuyo valor excedan a la mitad del patrimonio del fideicomiso, (Art. 34). Todos los fideicomisos no incluidos anteriormente se consideran como no domiciliados en nuestro país, (Art. 35). Los fideicomisos domiciliados en el país están obligados a pagar un impuesto sobre la renta imponible de acuerdo con una tabla progresiva consignada en el Art. 37. Los no domiciliados están gravados con un impuesto fijo del 28% sobre la renta imponible (Art. 39). La renta proveniente de los bienes fideicomitidos debe declararla el fiduciario a nombre y representación del fideicomiso, - en formulario separado y con deducción de lo percibido por el propio fi-

duciario en tal concepto y de lo entregado a los fideicomisarios (Art. - 18). En caso de que el fideicomiso no estuviere domiciliado en el país el fiduciario deberá retener por concepto de impuesto el 28% de la renta imponible (Art. 80). Esta declaración que efectúa el fiduciario es una verdadera obligación legal de conformidad con lo establecido en el Art. 39 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En relación a los fideicomisos de beneficencia, para prestaciones - sociales, para becas y todos aquellos que tiendan a lograr objetivos nobles de carácter colectivo es claro que gozan del beneficio de exención - establecido en el Art. 2º de la ley que comentamos; pero siendo que en este caso no encontrándonos ante una corporación o fundación de derecho público, es obvio que debe aplicarse a esta clase de fideicomisos lo establecido en el Art. 3 de la ley, debiendo en consecuencia llenarse determinados requisitos para gozar de la exención referida. (Estos requisitos se encuentran regulados en el Art. 3 del Reglamento de la Ley de - Impuesto sobre la Renta).

COMENTARIOS. Respecto de esta ley podemos observar que al considerar a los fideicomisos como sujetos pasivos del impuesto, de hecho los trata como personas jurídicas para este único y exclusivo efecto, lo --- cual nos parece inadecuado puesto que legalmente los fideicomisos no gozan en ningún momento de tal calidad. Esta situación nos parece por lo demás contradictoria ya que en artículos posteriores y para efectos de - cómputo y pago del impuesto asimila la figura del fideicomiso a la persona natural. Creemos que este aspecto debe normarse con uniformidad.

El Doctor Barrientos aconseja que se reforme este aspecto asimilando la figura del fideicomiso a las sociedades anónimas, lo cual considerara determinaría un impuesto más justo.

Por nuestra parte creemos que la Ley de Impuesto sobre la Renta debe tender a una mayor sencillez en la calificación de los sujetos pasivos, lo cual a la larga traería mayor beneficio fiscal. Consideramos -- que mediante un estudio profundo podría llegarse al convencimiento de lo adecuado que resultaría el suprimir a los fideicomisos como sujetos pasivos del impuesto; pero por ahora como lo que se pretende no es lograr -- excenciones, resultaría tal vez más apropiado gravar en una forma técnica a los beneficiarios del fideicomiso. Este por supuesto como persona natural que el gozaría de los beneficios que como tal la ley les otorga, para el caso la deducción básica.

Respecto de los fideicomisos para beneficencia, para becas, para -- prestaciones sociales y en fin todos aquellos que persigan objetivos nobles de carácter colectivo, deben definitivamente gozar de exención total de impuestos sin que deba exigírseles los requisitos establecidos en el artículo 3 del Reglamento de la Ley, puesto que tratándose de que el fideicomiso es una institución plenamente garantizada, resulta más adecuado asimilar en alguna medida esta situación a lo estatuído para las -- corporaciones y fundaciones de derecho público las cuales como antes se dijo gozan de pleno derecho de la exención. En síntesis, los fideicomisos deben gozar de la exención sin llenar todos los requisitos y condiciones que hoy se estipulan sino simplificarlos a un mínimo necesario.

#### D. LEY DE VIALIDAD

Los fideicomisos son capitales en el territorio de la República están gravados con el impuesto de vialidad (Art. 1º Lit. d). Este impuesto al igual que el anterior se calcula en base a una tabla progresiva la cual se encuentra consignada en el Art. 5.

Sobre este impuesto el Doctor Barrientos considera que debe asimi--



liadas en el país. Por nuestra parte y siguiendo la tónica anterior de evitar asimilar el fideicomiso a las personas jurídicas para el único efecto de los impuestos, creemos que en realidad lo que debe hacerse es suprimirlos como sujetos pasivos. Opinamos que sería adecuado establecer al fiduciario no al fideicomiso, las obligaciones que tienen las sociedades para con el fisco relativas a presentar declaración a fin de determinar el monto de la participación de cada socio y así gravar a éste con el impuesto. Creemos que en verdad quien debe ser sujeto pasivo del impuesto de vialidad es el fideicomisario como persona natural que es y no el fideicomiso.

#### E. LEY DE GRAVAMEN DE LAS SUCESIONES

De acuerdo a esta ley la transmisión de bienes en virtud de fideicomisos testamentarios o por causa de muerte está gravada por el impuesto de Sucesiones (Art. 1º), convirtiéndose en consecuencia como sujeto del impuesto el fiduciario por cuenta del fideicomisario, sin importar si son éstos nacionales o extranjeros, domiciliados o no en el país (Art. 2º). En los fideicomisos testamentarios el objeto del impuesto está constituido por el valor total líquido de los bienes fideicomitados, tomando como base el parentezco entre el fideicomitente y el fideicomisario. El pago del impuesto debe hacerse conforme a la tarifa ascendente establecida en el Art. 9 de la ley, estando exentos de ese pago los fideicomisos testamentarios siempre que los bienes fideicomitados se aplicaran inmediatamente o en lo futuro a fines de asistencia social o cultural o para instituciones de beneficencia pública existentes o por crearse en el país. (Art. 12 No. 7).

En cuanto al procedimiento para el pago, corresponde al fiduciario presentar dentro de los noventa días siguientes a la apertura de la suce

sión una declaración escrita y firmada en el formulario correspondiente (Art. 17), a la cual se debe anexar un testimonio del testamento y demás documentos necesarios (Art. 18). El fiduciario podrá, en los casos que fuere necesario o cuando estuviere interesado, solicitar autorización para enajenar los bienes fideicomitidos aún antes de haber pagado el impuesto respectivo siempre que garantice suficientemente el interés fiscal. (Art. 33).

Esta ley nos parece ha efectuado una apropiada regulación impositiva por lo que no tenemos comentarios que hacer.

#### F. LEY DE IMPUESTOS SOBRE DONACIONES

La transferencia de bienes mediante la constitución de fideicomisos entre vivos o mixtos está gravada con el impuesto de donaciones. (Art. 1º); por lo demás se aplica a esta situación lo regulado en la ley de Sucesiones, con las siguientes diferencias: Respecto de las exenciones el Art. 7 No. 5 establece que no pagarán el impuesto los fideicomisos entre vivos a favor del fideicomitente, cuando los bienes fideicomitidos vuelvan a éste después del plazo; o cuando los bienes provengan de la indemnización por seguro de vida en que el fideicomitente era el asegurado y el fiduciario es el beneficiario. Con respecto al procedimiento, de acuerdo con el Art. 11 le corresponde al presunto donatario, en este caso, al fiduciario el presentar dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento del acto una declaración escrita y firmada en el formulario respectivo.

Con respecto a este impuesto el Doctor Barrientos aconseja su supresión definitiva en lo que se refiere a los fideicomisos entre vivos o mixtos sobre inmuebles ya que considera no debe confundirse ni técnica ni legalmente al fideicomiso con la donación. Según su opinión el im---

puesto debe quedar únicamente para el fideicomiso de inversión y demás - fideicomisos sobre bienes muebles al momento de su ejecución y no de su constitución.

En este aspecto nos permitimos disentir de la opinión antes expresada ya que si bien es cierto que no debe confundirse el fideicomiso con - la donación, ambos entre vivos, consideramos que para efectos impositivos aunque sea temporalmente debe reputarse como una donación el fideicomiso constituido sobre inmuebles, con la salvedad de que el pago de este impuesto debe efectuarse tal como lo propone el Doctor Barrientos, es decir, al momento que el fideicomiso se ejecute, y no cuando se constituye. Esto implica que el pago se efectuará al momento de transferirse la propiedad del fiduciario al fideicomisario.

En verdad, el anterior criterio que expusimos es limitado en base a nuestra realidad legislativa puesto que para ser sinceros consideramos - que lo que debe hacerse es una verdadera regulación fiscal del fideicomiso, es decir, una Ley de Gravamen de los Fideicomisos que abarque todos los aspectos impositivos de la institución tal como se ha hecho con las Sucesiones o las Donaciones. De hecho es cierto que muchos años habrán de pasar para que esta idea sea una realidad.

## CAPITULO VI

### CONCLUSIONES

1. Analizada como ha sido a grandes rasgos la institución del fideicomiso, creemos habrá quedado en el paladar del lector un sabor muy especial, producto exclusivo que sólo el conocimiento de determinados institutos del Derecho es capaz de engendrar.

Y es que, tal como ha quedado plasmado a través de lo escrito en esta tesis, el fideicomiso reúne en su haber el singular contraste de ser una institución moderna con toda la experiencia de un extraordinario pasado; los obstáculos que a todo lo largo de su historia ha superado nos presagian hoy un futuro brillante para esta institución.

Así vimos al principio de este trabajo los problemas que el fideicomiso salvó y los que paradójicamente al mismo tiempo creó. La institución que durante largo período estuvo legalmente condenada a morir hoy es protegida y estimulada por el Derecho, razón por la cual hemos considerado como lo más apropiado establecer en estas conclusiones algunas recomendaciones para un mayor impulso del fideicomiso en nuestro medio.

2. Después de haber analizado exegéticamente el articulado correspondiente al fideicomiso en la legislación salvadoreña, podemos decir con verdadera satisfacción que hemos encontrado en ellos un verdadero marco jurídico para el desenvolvimiento normal de la institución. Se han efectuado sí algunas críticas ante las imperfecciones naturales existentes en nuestras leyes, las cuales por igual pueden darse en cualquier parte del mundo; pero realmente creemos no radica en ello el primario desenvolvimiento del fideicomiso en El Salvador, más bien pensamos está en el po

co conocimiento que a todos los niveles existe de él.

Esta situación aparentemente superflua se vuelve crítica al enfrentarnos con los profesionales bancarios y del Derecho, los cuales por estar en mayor contacto con la institución deberían conocerla y fomentarla; es sin embargo cierto que son pocos los que dominan la materia y la estimulan, y es a esa circunstancia que se encamina la primera recomendación: a la necesidad impostergable de una mayor divulgación del fideicomiso en base a su indiscutible provecho. La capacitación del personal bancario así como la introducción de la institución a nivel gubernamental y popular son tan necesarias como unas pocas reformas a la legislación mercantil y fiscal, las cuales indudablemente vendrían a brindar el impulso adecuado al desarrollo del fideicomiso en El Salvador. En términos generales detallamos a continuación tales reformas:

A) EN EL CÓDIGO DE COMERCIO - ART. 1234 -

En este artículo se establece como formalidad general a todos los fideicomisos el que se constituyan en virtud de Escritura Pública. Al respecto consideramos deben estipularse como excepciones los fideicomisos constituídos sobre muebles o los referentes a seguros de vida, los cuales consideramos, perfectamente pueden asentarse en formularios privados autenticados por Notario.

- ART. 1238 -

En vista del impulso que han venido a dar al sistema financiero de carácter inmobiliario las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, creemos que sería muy atinado ampliar la facultad de ser designado fiduciario a tales instituciones de crédito, las cuales gozan de muchas de las cualidades a las instituciones bancarias. De esa forma consideramos se estaría ampliando la posibilidad de que se recurra al fideicomiso, y especialmen-

te, se abriría una nueva brecha para el desarrollo inmobiliario, puesto que obviamente, las referidas instituciones estarían autorizadas para el manejo de fideicomisos siempre apegadas a los fines y condiciones de la Ley de la Financiera Nacional de la Vivienda.

Otra clase de instituciones de carácter privado que reúnen las condiciones de seriedad, responsabilidad, permanencia y demás cualidades que caracterizan a los establecimientos bancarios lo constituyen las -- Compañías de Seguros, las cuales en otros países como Venezuela por ejemplo están autorizadas para desempeñar el cargo de fiduciarios. Su autorización en nuestro país enmarcada debidamente, daría un gran impulso al desarrollo de los fideicomisos.

- ART. 1240 -

Este artículo urge de una reforma en el sentido de que autorice la designación de fideicomisarios sin necesidad de expresar el nombre, bastando que se aporten los datos suficientes para identificarlo plenamente en el momento de entrar en vigencia el fideicomiso, pero, siempre -- que el fin del fideicomiso sea lícito y determinado.

- ART. 1250 -

Esta disposición también se hace indispensable reformarla, y es -- que tal como en el análisis se dijo, aquí se plantea en forma legalmente inoficiosa la doble inscripción de los fideicomisos sobre inmuebles. Creemos que debe reformarse en el sentido de que únicamente sea obligatoria la inscripción en el Registro de Comercio de los fideicomisos sobre muebles, y en el Registro de la Propiedad de los que recaen sobre -- inmuebles.

B) EN EL DECRETO No. 60 QUE ESTABLECE EL PAGO DEL IMPUESTO DEL MEDIO POR CIENTO SOBRE LA TRANSFERENCIA DE BIENES RAÍCES ENTRE VIVOS A CUALQUIER TÍTULO.

Ante la crítica que efectuamos anteriormente creemos que este Decreto debe modificarse en lo pertinente a la transferencia de bienes en virtud de fideicomisos, estableciendo únicamente su pago para el caso de -- que el traspaso que el fideicomiso implique sea de carácter definitivo y pleno. Es decir únicamente del fiduciario al fideicomisario.

#### C) LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Consideramos que en este campo se vuelve apropiado el efectuar una seria revisión de la ley en el sentido de simplificarla respecto del pago del impuesto sobre las rentas obtenidas por las Sucesiones y fideicomisos. Opinamos que a fin de proveer de un mayor provecho a la institución sería conveniente el gravar exclusivamente y de una vez al fideicomisario sobre los ingresos obtenidos, y lógicamente al fiduciario en base a las deducciones que en concepto de honorarios efectúa del fideicomiso.

Asimismo a fin de incrementar los fideicomisos de beneficencia debe buscarse la mejor simplicidad posible con respecto a los requisitos y -- condiciones que actualmente han de llenarse para gozar de la exención.

#### D) LEY DE VIALIDAD

Con relación a esta ley se puede hacer el mismo comentario de la anterior, específicamente en el sentido de que el pago del impuesto se efectúe por los fideicomisarios tal como hacen los accionistas de las Sociedades Anónimas. A los fiduciarios debe establecérseles las obligaciones de declarar y en su caso de recaudar el impuesto, suprimiéndose en esta forma, definitivamente a los fideicomisos como sujetos pasivos del impuesto ya que de acuerdo con esta apreciación se está otorgando carácter de personas jurídicas a instituciones que en realidad no la tienen.

#### E) LEY DE IMPUESTO SOBRE DONACIONES

A este respecto ya expusimos anteriormente la idea de que la reforma a la presente ley debe ser en el sentido de que el pago del impuesto se efectúe hasta que se ejecute el fideicomiso, es decir al momento de la transferencia del fiduciario al fideicomisario.

Con estas reformas propuestas consideramos se podrá impulsar en alguna medida el uso de los fideicomisos.

3. De lo expuesto en estas conclusiones las cuales abarcan los dos aspectos prácticos que son necesarios incrementar y reformar para otorgar al fideicomiso el impulso necesario para su desarrollo en El Salvador, - creemos adecuado el ratificar la idea central sostenida a través de esta tesis, cual es la consideración del fideicomiso como una verdadera institución original, aún en período de conformación en nuestro Derecho. Y es que, tal como sucesivamente se ha ido examinando en este trabajo, la mayor parte de los aspectos de fondo que se relacionan con el fideicomiso aún están en el período doctrinario de la discusión.

El concepto, el elemento patrimonial que significa una propiedad fiduciaria, la naturaleza jurídica, su vigencia y sus aplicaciones prácticas han sido algunos de esos aspectos que se cuestionan del fideicomiso, en todos los cuales hemos sostenido la idea básica de la originalidad -- del fideicomiso como base para su estudio y desarrollo. Con ello creemos otorgar a la institución objeto de este estudio, el valor que en el campo jurídico realmente le corresponde, puesto que es claro que desde sus albores y a pesar de sus incidencias el fideicomiso destacó siempre como instituto surgido de una necesidad popular y de una gran idea.

CONSIDERACION FINAL. Tal como la experiencia nos lo demuestra, en El Salvador la práctica del fideicomiso es aún incipiente, los pocos casos que a nivel popular se conocen son los instituidos por personas acau



daladas en favor de instituciones de beneficencia pública y más aún en circunstancias controvertibles. Estos eventos son los que han permitido una imagen errónea del fideicomiso; al menos para una gran cantidad de personas que consideran esa institución únicamente al alcance de la clase pudiente, o bien como otro medio de explotación capitalista.

Lo falso de esa apreciación queda en real evidencia al profundizar tanto en sus realizaciones actuales, como en el verdadero sentido social que han tenido todos los fideicomisos testamentarios de beneficencia que se han desarrollado en nuestro medio. Por otra parte, confiamos ha quedado probado, con lo escrito en este trabajo, la verdadera diversidad de aplicaciones del fideicomiso que lo convierten en una institución de verdadero alcance social. Una reciente muestra de ello nos lo ha dado la última utilización del fideicomiso en beneficio de los trabajadores venezolanos, denominado "Fideicomiso de prestaciones sociales de los trabajadores venezolanos", lo cual dió lugar a que se le expusiera en la Conferencia efectuada en Atlanta, Georgia en abril de esta año como el medio más adecuado e idóneo encontrado por patronos y trabajadores para solucionar los problemas básicos de estos, tales como vivienda propia, equipamiento del hogar, educación de la familia, etc. La aplicación de toda la gama de fideicomisos en nuestro país sin lugar a dudas que resolvería muchos problemas de imperiosa solución. Una ley de pensiones y jubilaciones solicitada por los maestros, mayor financiamiento para la pequeña industria, canalización de fondos para cooperativas agrícolas, fondos para viviendas y en fin una serie de exigencias actuales podrían resolverse con increíble satisfacción para las partes comprometidas a través de la utilización del fideicomiso adecuado; a tal grado puede llegar su aplicación que tal como en otros

países, aquí bien podría utilizarse como instrumento judicial para la - protección de la familia. En Venezuela el Juez de familia está autorizado para actuar como fideicomitente y así constituir fideicomiso sobre bienes del obligado a suministrar alimentos en favor de quien debe recibirlos.

Sin embargo, todas esas ventajas que sólo el fideicomiso reúne en su haber, necesitan de un aporte jurídico para su pronto aprovechamiento, y ello puede lograrse en virtud de una ampliación o liberalización del criterio jurídico. Scott opina que cuando una persona está en duda con respecto a sus obligaciones, no tiene otra manera de saber si un acto determinado constituye incumplimiento de los mismos que ejecutarlo y atenerse a la resolución judicial sobre la demanda que llegara a promoverse en su contra 1/. En nuestro país casi todo está por hacerse, el observar un criterio "legalista", casuístico determina siempre un estancamiento, creemos que sólo ampliando el criterio, abriendo nuestras mentes a las ideas nuevas y aceptando con respeto las ajenas podremos lograr lo que el fideicomiso como institución nueva y grande necesita: su oportunidad.

---

1/ Citado por Batiza. Obra Citada. Página 288.

## ANEXO

De conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que es la legislación técnica que norma la vida de las instituciones financieras en El Salvador, la aceptación y manejo de fideicomisos se encuentra calificada en el Art. 36 No. 7 como operación pasiva de Banca, es decir como una forma de recepción de recursos económicos.

Doctrinariamente, sabemos que los Bancos como empresas que son se encuentran ubicadas en medio de dos corrientes opuestas, una que tiende a ingresar capitales ociosos a la institución y otra que tiende a expulsarlos, a distribuirlos entre los clientes. Estas dos fuerzas -- contrarias son las que han determinado la clasificación tradicional de operaciones bancarias en activas y pasivas, lo que determina que de -- acuerdo con las primeras, las instituciones bancarias utilizan los capitales que tienen en su poder canalizándolos como préstamos; y conforme las segundas los Bancos se constituyen en deudores de sus clientes aceptando los depósitos de capitales que sus clientes efectúan. Esta clasificación de operaciones en activas y pasivas, que puede considerarse como clásica tiene, aparte de un valor eminentemente práctico, -- un sentido jurídico, en cuanto expresa que las instituciones de crédito tienen deudores o acreedores a virtud de las operaciones comprendidas en uno u otro grupo. 1/. Las dos operaciones anteriores denomina-

1/ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Obra Citada. p. 36

das de intermediación son las más usuales en el sistema bancario, sin embargo, doctrinariamente, y en México legalmente, se reconocen otras operaciones bancarias llamadas complementarias, neutras o accesorias, incluyéndose en ellas precisamente las operaciones de fideicomisos y la emisión de certificados fiduciarios de participación. La razón de esta diferenciación la encuentran los doctrinarios en el hecho de que estas operaciones no pueden ser consideradas ni pasivas ni activas -- porque no implican concesión de crédito por ninguna de las partes contratantes 1/.

No obstante la anterior posición doctrinaria y tal como al principio de este anexo establecimos, nuestra ley bancaria clasifica el manejo de fideicomisos como operación pasiva, debiendo ser autorizadas expresamente las instituciones de crédito para operar cada una de las ocho ramas especializadas que el Art. 36 consigna, o bien una combinación de dos o más ramas de operaciones.

En el cuadro que se presenta a continuación se plantea la situación actual de las instituciones financieras en relación con las ramas de operaciones establecidas en el Art. 36 de LICOA. Es del caso observar que de las trece instituciones privadas que operan actualmente en El Salvador, un total de nueve están autorizadas para el manejo de fideicomisos. El Banco Hipotecario no se ha incluido en el cuadro en referencia por la razón de que funciona en base a su ley especial de creación.

1/ Garrigues. Citado por Mario Bauche Garciadiego. Obra Citada. -- P. 35.

OPERACIONES PASIVAS Y AUTORIZADAS A CADA UNA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

No.	Ramas Operaciones Pasivas-Art.36 Licoa	B A N C O											Financiera de Desarrollo e Inversión	Financiera Salvadoreña	
		Agrícola Comercial	de Comercio	Salvadoreño	Cuscatlán	de Crédito Popular	de Londres y del Sud	Firts. National	de América	Financiero	Capitalizador	Internacional			
1	Recepción de Depósitos a la Vista y a Plazo	5 Enero 10/72	70 Dic.20/71	83 Nov.24/71	9 Feb.17/72	58 Nov.9/71	64 Nov.26/71	58 Nov.9/71			13 Enero 31/77	4 Enero 5/72	56 Junio 28/77		
2	Recepción de Depósitos de Ahorro	5 Enero 10/72	70 Dic.20/71	83 Nov.24/71	9 Feb.17/72	58 Nov.9/71	64 Nov.26/71				13 Enero 31/77	4 Enero 5/72	56 Junio 28/77		
3	Recepción de Fondos mediante emisión de Títulos de Capitalización de Ahorro											4 Enero 5/72			
4	Recepción de Fondos mediante emisión y colocación de Títulos de Ahorro y Préstamo		70 Dic.20/71												
5	Recepción de Fondos mediante emisión y colocación de Cédulas Hipotecarias		70 Dic.20/71												
6	Recepción de Fondos mediante emisión, suscripción y negociación de bonos para financiar empresas		70 Dic.20/71								13 Enero 31/77		56 Junio 28/77	15 Marzo 16/72	64 Sept. 29/75
7	Aceptación y manejo de Fideicomisos	85 Nov.27/75	70 Dic.20/71	83 Nov.24/71	9 Feb.17/72	30 Feb.16/76				74 Nov.30/75		4 Enero 5/72	56 Junio 28/77	19 Feb.28/77	
8	Otros negocios financieros no especificados anteriormente, que de acuerdo con el Art.2 sean propios de las Instituciones de Crédito				Resolución 504 Feb.14/77 M. de E.					74 Nov.30/75	13 Enero 31/77		56 Junio 28/77		

## BIBLIOGRAFIA

- BATIZA, RODOLFO El Fideicomiso Teoría y Práctica. 3a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1976.
- BAUCHE GARCIADIEGO Operaciones Bancarias. 2a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1974.
- CERVANTES AHUMADA, RAUL Títulos y Operaciones de Crédito. 8a. edición. Editorial Herrero, S.A., México. 1973.
- COSTA, JOAQUIN Fideicomisos y Albaceazgos - de Confianza. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1905.
- DAVID, RENE Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Trad. de 2a. edición francesa. Edición Española. 1968.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 2a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1975.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO Nuevos Estudios de Derecho -- Comparado. Volumen XXVII. -- Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1962.
- LEPAULLE, PIERRE Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. 1a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1975.
- LARA VELADO, ROBERTO Introducción al Estudio del Derecho Mercantil. 1a. edición Editorial Universitaria de El Salvador. San Salvador. 1969.
- MUÑOZ, LUIS El Fideicomiso mexicano. 1a. edición. Cárdenas, Editor y -

- Distribuidor. México. 1973.
- MEZA BARROS, RAMON  
Manual de Derecho Civil. 5a. edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1976.
- PETIT, EUGENE  
Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de 9a. edición francesa. Editora Nacional, S.A., México. 1953.
- PUENTE, ARTURO  
Derecho Mercantil. 21a. edición. Editorial Banca y Comercio, S.A., México. 1976.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN  
Curso de Derecho Mercantil. 2 tomos, 3a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1975.
- RODRIGUEZ RUIZ, RAUL  
El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. 3a. edición. Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México. 1975.
- OLARRA JIMENEZ, RAFAEL  
Manual del Crédito Documentario. 1a. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN  
Derecho de la Empresa. 1a. edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1971.
- DICCIONARIOS, TESIS Y ARTÍCULOS
- BATIZA, RODOLFO  
El Trust Angloamericano y el Fideicomiso Latinoamericano. Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado. Nos. 3-4. Tegucigalpa, Honduras. 1964.
- BARRIENTOS, FRANCISCO JOSE  
Estudio sobre los Fideicomisos de Productividad Inmediata. San Salvador. Octubre de 1973.
- BARRIENTOS, FRANCISCO JOSE  
El Fideicomiso en Venezuela. Febrero. 1975.
- BARRIENTOS, FRANCISCO JOSE  
Estudio sobre la convenien--

- cia de desarrollar el fideicomiso en El Salvador. San Salvador. 1976.
- BARRIENTOS, FRANCISCO JOSE      Estudio sobre la Estructura Legal y Fiscal de los Fideicomisos en El Salvador y los cambios necesarios para su difusión y desarrollo. San Salvador. 1977.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO      Tomo V. Unión Tipográfica -- U.T.E.H.A.      Editorial Hispanoamericana. México. 1951.
- ESTUDIO JURIDICO SOBRE PROYECTO DE LEY DE FIDEICOMISOS      Corte Suprema de Justicia de 1937. El Salvador. Nos. 7 al 12.
- NEWMAN, RALPH      El Fideicomiso. Los Conceptos de los Sistemas de Tradición Romana y Realismo Jurídico. Revista Interamerican Law Review. Tulane Institute of Comparative Law. Vol. III. No. 2. Julio-Diciembre de -- 1961.
- NAJARRO, ALFREDO DE JESUS      Las Vinculaciones dentro del Régimen Constitucional Salvadoreño. Tesis Doctoral. El Salvador. 1976.
- UNGO BUSTAMANTE, MAURICIO      Consideraciones sobre el Fideicomiso y los Certificados fiduciarios de participación. Tesis Doctoral. El Salvador. 1967.
- VILLALOBOS, HORACIO      Fideicomiso de prestaciones sociales de los trabajadores venezolanos. XX Conferencia, Atlanta-Georgia. Abril-Mayo. 1977.
- LEYES Y REGLAMENTOS
- Constitución de El Salvador 1962.  
 Código de Comercio de El Salvador.      Decretado en 1970.  
 Ley de Procedimientos Mercantiles.      Decretada en 1974.  
 Ley de Fideicomisos de 1932.  
 Ley de Impuesto de Alcabala.



Ley de Impuesto sobre la Renta.  
Ley de Vialidad.  
Ley de Gravamen de las Sucesiones.  
Ley de Impuesto sobre Donaciones.  
Decreto No. 60.  
Código de Comercio de Costa Rica.